

TE Bvwg Erkenntnis 2014/4/8 W139 2001924-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.04.2014

Entscheidungsdatum

08.04.2014

Norm

ABGB §1168

BVergG 2006 §12 Abs1

BVergG 2006 §138 Abs1

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §312 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §318

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §325 Abs1

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §78 Abs3

B-VG Art.133 Abs4

1. ABGB § 1168 heute
2. ABGB § 1168 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916
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 § 138 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 292 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 292 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 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
 6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 78 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 78 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. B-VG Art. 133 heute
 2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018

5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

Spruch

W139 2000175-1/44E; W139 2001924-1/24E

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesverwaltungsgericht hat gemäß § 6 BVwGG iVm 292 Abs 1 BVergG durch die Richterin Mag. Kristina Hofer als Vorsitzende sowie MR Dr. Walter Fuchs als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Ing. Wilhelm Weinmeier als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Reinigungsdienstleistungen Wien I 2013" über die Anträge der XXXX, vertreten durch Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH, Jasomirgottstraße 6/3, 1010 Wien, vom 10. Dezember 2013 sowie vom 26. Februar 2014 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Beschlussfassung am 14. März 2014 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat gemäß Paragraph 6, BVwGG in Verbindung mit 292 Absatz eins, BVergG durch die Richterin Mag. Kristina Hofer als Vorsitzende sowie MR Dr. Walter Fuchs als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Ing. Wilhelm Weinmeier als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Reinigungsdienstleistungen Wien römisch eins 2013" über die Anträge der römisch 40, vertreten durch Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH, Jasomirgottstraße 6/3, 1010 Wien, vom 10. Dezember 2013 sowie vom 26. Februar 2014 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Beschlussfassung am 14. März 2014 zu Recht erkannt:

SPRUCH

A

I. römisch eins.

Dem Antrag vom 26. Februar 2014, "das Bundesverwaltungsgericht möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die in der 4. Berichtigung zur Ausschreibung GZ 26.01.02003 Reinigungsdienstleistungen Wien I 2013 enthaltenen neuen Festlegungen in den Berichtigungspunkten 1., 2., 3., und 4. für nichtig erklären", wird stattgegeben. Dem Antrag vom 26. Februar 2014, "das Bundesverwaltungsgericht möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die in der 4. Berichtigung zur Ausschreibung GZ 26.01.02003 Reinigungsdienstleistungen Wien römisch eins 2013 enthaltenen neuen Festlegungen in den Berichtigungspunkten 1., 2., 3., und 4. für nichtig erklären", wird stattgegeben.

Die 4. Berichtigung der Auftraggeber im Vergabeverfahren "Reinigungsdienstleistungen Wien I 2013" wird für nichtig erklärt. Die 4. Berichtigung der Auftraggeber im Vergabeverfahren "Reinigungsdienstleistungen Wien römisch eins 2013" wird für nichtig erklärt.

II. römisch zwei.

Dem Antrag vom 10. Dezember 2014, "das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die gesamte Ausschreibung für nichtig erklären", wird stattgegeben.

Die Ausschreibung "Reinigungsdienstleistungen Wien I 2013" wird für nichtig erklärt. Die Ausschreibung "Reinigungsdienstleistungen Wien römisch eins 2013" wird für nichtig erklärt.

III. römisch drei.

Den Anträgen auf Ersatz der jeweils entrichteten Pauschalgebühren wird stattgegeben.

Die Republik Österreich (Bund), die Bundesimmobiliengesellschaft mbH und die Bundesbeschaffung GmbH, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, sind verpflichtet, der Antragstellerin, XXXX die für die Nachprüfungsanträge entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von EUR 1.200,-- und EUR 985,-- sowie die für den Antrag auf Erlassung

einer einstweiligen Verfügung entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von EUR 600,-- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses bei sonstiger Exekution zu Handen ihrer bevollmächtigten Rechtsvertreter, Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH, Jasomirgottstraße 6/3, 1010 Wien, zu ersetzen. Die Republik Österreich (Bund), die Bundesimmobiliengesellschaft mbH und die Bundesbeschaffung GmbH, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, sind verpflichtet, der Antragstellerin, römisch 40 die für die Nachprüfungsanträge entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von EUR 1.200,-- und EUR 985,-- sowie die für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von EUR 600,-- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses bei sonstiger Exekution zu Handen ihrer bevollmächtigten Rechtsvertreter, Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH, Jasomirgottstraße 6/3, 1010 Wien, zu ersetzen.

B

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

BEGRÜNDUNG

Verfahrensgang / Vorbringen der Parteien

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 10. Dezember 2013 den im Spruch, Spruchpunkt A.II. wörtlich wiedergegebenen Antrag verbunden mit Eventualanträgen auf Nichtigerklärung der Ausschreibung einzelner Lose bzw einzelner Ausschreibungsbestimmungen, mit Anträgen auf Gebührenersatz, auf Akteneinsicht und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus:

Die Auftraggeber, die Republik Österreich, die Bundesimmobiliengesellschaft sowie die Bundesbeschaffung GmbH führen ein Vergabeverfahren zum Abschluss eines "Rahmenvertrages für Reinigungsdienstleistungen Wien I 2013" durch. Erfasst sei die Erbringung von Unterhalts-, Grund- Fenster- und Sonderreinigungen mit einer Vertragsdauer bis zum 31. März 2019 und mit einer einseitigen Verlängerungsoption um weitere 2 Jahre. Es handle sich um ein offenes Verfahren. Die Auftraggeber, die Republik Österreich, die Bundesimmobiliengesellschaft sowie die Bundesbeschaffung GmbH führen ein Vergabeverfahren zum Abschluss eines "Rahmenvertrages für Reinigungsdienstleistungen Wien römisch eins 2013" durch. Erfasst sei die Erbringung von Unterhalts-, Grund- Fenster- und Sonderreinigungen mit einer Vertragsdauer bis zum 31. März 2019 und mit einer einseitigen Verlängerungsoption um weitere 2 Jahre. Es handle sich um ein offenes Verfahren.

Die gegenständliche Ausschreibung sei rechtswidrig, da der Auftraggeber den konkreten Beschaffungsbedarf nicht ausreichend ermittelt habe, den Bietern ein unkalkulierbares Risiko übertragen werde, weil unklar sei, wann der Auftragnehmer ein Recht auf die Anpassung der vereinbarten Pauschale habe und unter welchen Voraussetzungen die Preise veränderlich seien und zudem im Objektdatenblatt kalkulationsrelevante Faktoren fehlen würden. Weiters werde durch eine zwingende Objektbesichtigung die Ermittlung der Kalkulationsgrundlagen auf die Bieter übertragen und werde in diskriminierender Weise eine zu kurze Zeit für die Objektbesichtigung festgelegt. Zudem werde in der gegenständlichen Ausschreibung in rechtswidriger Weise eine Bezugnahme auf die einschlägige ÖNORM A 2060 unterlassen. Darüber hinaus würden durch die Festlegungen in der Ausschreibung arbeits- und sozialrechtliche Bestimmungen verletzt. Weiter versuche der Auftraggeber den vergaberechtlich vorgesehen Prüfumfang in unzulässiger Weise einzuschränken und würden zudem Eignungskriterien als Zuschlagskriterien zur Bestbieterermittlung herangezogen.

Konkret führte die Antragstellerin aus, dass die vom Auftraggeber erstellten Ausschreibungsunterlagen jedenfalls in folgenden Punkten vergaberechtswidrig seien:

Hinsichtlich der Erhebung des konkreten Beschaffungsbedarfs: Der Auftraggeber habe das Mengengerüst, das auch für einen Rahmenvertrag zu ermitteln sei, nicht sachkundig und im Einklang mit den Bestimmungen des BVergG ermittelt. In den kommerziellen Ausschreibungsbedingungen (in der Folge KAB) werde in Punkt 4.3. festgelegt, dass der Auftragnehmer die Pflicht habe, Mehr- oder Minderleistungen innerhalb einer Mengentoleranz +100% bzw. -40% (bezogen auf die ausgeschriebenen m²) zu erbringen. Von einer vergaberechtskonformen Mengenermittlung könne nicht die Rede sein, wenn eine Mengentoleranz von insgesamt 140% gefordert werde und in der Bekanntmachung ein

geschätzter Gesamtauftragswert auf der Berechnungsbasis von 48 Monaten zwischen EUR 50.000.000 und EUR 90.000.000 angegeben und für die Erhebung kalkulationsrelevanter Faktoren den Bieter eine Objektbesichtigung zwingend vorgeschrieben werde, aber die Irrtumsanfechtung bei unzureichender Objektbesichtigung ausgeschlossen werde. Auch werde durch die 1. Rückfragenbeantwortung und 2. Berichtigung die mangelhafte Mengenermittlung durch den Auftraggeber deutlich. Dieses Dokument enthalte 53 Berichtigungen, bei dem auch einzelne Gebäude hinzugekommen und umfangreiche Änderungen in Bezug auf die ausgeschriebenen Flächen, den Leistungsumfang und den Leistungsinhalt vorgenommen worden seien. Auch sei keine bestimmte Abnahmemenge vorgesehen. Der Auftragnehmer könne keine Änderung der angebotenen Preise vornehmen und es würden die angebotenen Preise als Grundlage für die Berechnung des Entgeltes für hinzukommende oder wegfallende Leistungen dienen. Weiters sei in Pkt 5.2.1. der KAB festgelegt, dass die abrufende Stelle in enger Abstimmung mit dem Auftragnehmer vor Beginn der Leistungserbringung sowie während der Leistungserbringung bei Änderung der Flächenstruktur allfällige Konkretisierungen der auftrags- bzw. objektspezifischen Reinigungsdienstleistungen im Objektdatenblatt und in den Organisationsunterlagen vorzunehmen habe und diese nach vorheriger Freigabe durch die abrufenden Stelle durch den Auftragnehmer jedenfalls vor Leistungsbeginn mittels Übermittlung des aktualisierten Objektdatenblatt bekannt zu geben seien. Das ausgepreiste und aktualisierte Objektdatenblatt werde vom Auftraggeber schriftlich freigegeben, widrigenfalls dem Auftragnehmer kein wie immer geartetes Entgelt oder Aufwandsersatz zustehe. Das Fehlen eines zur Kalkulation geeigneten, nachvollziehbaren Mengengerüsts und einer eindeutigen Leistungsbeschreibung würden dazu führen, dass die Vergleichbarkeit der Angebote nicht gewährleistet und eine Bestbieterermittlung nicht möglich sei und stelle einen Verstoß gegen Grundsätze des Vergaberechts dar.

Hinsichtlich des unkalkulierbaren Risikos durch unklare Formulierungen: Aus den Punkten 5.1., 8 "Grundlagen für Preisarten" und 9 "Entgelt" der KAB zeige sich, dass den Bietern gleichzeitig entgegen § 78 Abs 3 BVergG ein unkalkulierbares Risiko übertragen werde. Im Übrigen treffe die Ausschreibung im Gegensatz zur Zeitbasis überhaupt keine Regelungen für die Anpassung von Einheitspreisen. Die Ausschreibung übertrage damit den Bietern ein unkalkulierbares Risiko, das die Vergleichbarkeit der Angebote und die Bestbieterermittlung unmöglich machen würde sowie gegen die vergaberechtlichen Grundsätze verstoße. Hinsichtlich des unkalkulierbaren Risikos durch unklare Formulierungen: Aus den Punkten 5.1., 8 "Grundlagen für Preisarten" und 9 "Entgelt" der KAB zeige sich, dass den Bietern gleichzeitig entgegen Paragraph 78, Absatz 3, BVergG ein unkalkulierbares Risiko übertragen werde. Im Übrigen treffe die Ausschreibung im Gegensatz zur Zeitbasis überhaupt keine Regelungen für die Anpassung von Einheitspreisen. Die Ausschreibung übertrage damit den Bietern ein unkalkulierbares Risiko, das die Vergleichbarkeit der Angebote und die Bestbieterermittlung unmöglich machen würde sowie gegen die vergaberechtlichen Grundsätze verstoße.

Hinsichtlich des unkalkulierbaren Risikos durch fehlende Angaben in der Ausschreibung: Im Objektdatenblatt würden in vergaberechtswidriger Weise kalkulationsrelevante Faktoren, insbesondere bei der Fensterreinigung, fehlen. Damit würden die Auftraggeber sowohl gegen § 78 Abs 3 BVergG als auch gegen § 96 Abs 6 BVergG verstoßen. Es handle sich um eine Verpflichtung der Auftraggeber, Umstände die ihrer Sphäre zuzurechnen seien, in der Leistungsbeschreibung sachlich in ausreichendem Maß Rechnung zu tragen. Darüber hinaus würden dem Auftragnehmer in der Leistungsbeschreibung / Pflichtenheft durch gröblich benachteiligende Bestimmungen - v.a. in Punkt A.2.1.3 (Reinigung nach Sichtkontrolle (Sichtreinigung)), in Punkt A.6.9.9 (Verhalten bei nicht besetzten/nicht zugänglichen Dienststellen) - unkalkulierbare Risiken übertragen. Hinsichtlich des unkalkulierbaren Risikos durch fehlende Angaben in der Ausschreibung: Im Objektdatenblatt würden in vergaberechtswidriger Weise kalkulationsrelevante Faktoren, insbesondere bei der Fensterreinigung, fehlen. Damit würden die Auftraggeber sowohl gegen Paragraph 78, Absatz 3, BVergG als auch gegen Paragraph 96, Absatz 6, BVergG verstoßen. Es handle sich um eine Verpflichtung der Auftraggeber, Umstände die ihrer Sphäre zuzurechnen seien, in der Leistungsbeschreibung sachlich in ausreichendem Maß Rechnung zu tragen. Darüber hinaus würden dem Auftragnehmer in der Leistungsbeschreibung / Pflichtenheft durch gröblich benachteiligende Bestimmungen - v.a. in Punkt A.2.1.3 (Reinigung nach Sichtkontrolle (Sichtreinigung)), in Punkt A.6.9.9 (Verhalten bei nicht besetzten/nicht zugänglichen Dienststellen) - unkalkulierbare Risiken übertragen.

Hinsichtlich der zwingende Objektbesichtigung: Um die fehlenden Angaben in der Ausschreibung zu kaschieren und die Ermittlung der Kalkulationsgrundlagen auf die Bieter zu übertragen, würden in Punkt

7.4.5 "Besichtigung von Objekten" der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen (in der Folge AAB) auch noch vorsehen, dass die Objekte zwingend vor Angebotslegung zu besichtigen seien. Bei Bewerbung für alle

ausgeschriebenen Lose würden insgesamt längstens 23 Werktage zur Verfügung stehen, um 211 Objekte zu besichtigen. Diese kurze Frist stelle eine unzulässige Lokalpräferenz und Diskriminierung dar, bei der nicht nur ausländische Bieter, sondern auch nicht in Wien ansässige Bieter benachteiligt würden. Mit der Regelung in Punkt 4.2.1.3. der ÖNORM A 2060, wonach der Bieter die örtlichen Gegebenheiten freiwillig zu besichtigen habe, sofern die Art der Leistung es erforderlich mache, wäre das Auslangen zu finden.

Hinsichtlich der Nichtanwendung der ÖNORM A 2060: In der gegenständlichen Ausschreibung werde nicht auf die einschlägige und branchenübliche ÖNORM A 2060 Bezug genommen. Das völlige Ausbleiben einer Bezugnahme auf die ÖNORM A 2060 und vielmehr sogar der explizite Ausschluss branchenüblicher Geschäftsbedingungen belaste die Ausschreibung mit einer weiteren Rechtswidrigkeit. Aus dem Anwendungsbereich der ÖNORM A 2060 ergebe sich, dass diese in den Abschnitten 5 bis 10 die allgemeinen Ausschreibungsbedingungen für Leistungen, wie für Lieferleistungen inkl allenfalls erforderliche Montagearbeiten und für objektbezogene Dienstleistungen enthalte. Die Bestimmungen der Abschnitte 5 bis 10 würden dann Vertragsinhalt, wenn sie von den Vertragspartnern zu Vertragsbestandteilen erklärt würden. Dies sei in Punkt 3 der Kommerziellen Ausschreibungsbedingungen unterblieben. Eine solche weitgehende Abweichung widerspreche den gesetzlichen Vorgaben (§ 99 Abs 2 BVergG). Die Auftraggeber würden vielmehr eigene - zT sittenwidrige Bestimmungen - festlegen, die die Grenze des Missbrauchsverbots überschreiten würden.

Hinsichtlich der Nichtanwendung der ÖNORM A 2060: In der gegenständlichen Ausschreibung werde nicht auf die einschlägige und branchenübliche ÖNORM A 2060 Bezug genommen. Das völlige Ausbleiben einer Bezugnahme auf die ÖNORM A 2060 und vielmehr sogar der explizite Ausschluss branchenüblicher Geschäftsbedingungen belaste die Ausschreibung mit einer weiteren Rechtswidrigkeit. Aus dem Anwendungsbereich der ÖNORM A 2060 ergebe sich, dass diese in den Abschnitten 5 bis 10 die allgemeinen Ausschreibungsbedingungen für Leistungen, wie für Lieferleistungen inkl allenfalls erforderliche Montagearbeiten und für objektbezogene Dienstleistungen enthalte. Die Bestimmungen der Abschnitte 5 bis 10 würden dann Vertragsinhalt, wenn sie von den Vertragspartnern zu Vertragsbestandteilen erklärt würden. Dies sei in Punkt 3 der Kommerziellen Ausschreibungsbedingungen unterblieben. Eine solche weitgehende Abweichung widerspreche den gesetzlichen Vorgaben (Paragraph 99, Absatz 2, BVergG). Die Auftraggeber würden vielmehr eigene - zT sittenwidrige Bestimmungen - festlegen, die die Grenze des Missbrauchsverbots überschreiten würden.

Hinsichtlich der Einhaltung des österreichischen Arbeits- und Sozialrechts und einer willkürlichen Verfahrensführung: Die Auftraggeber würden in Punkt 8.1. der AAB festlegen, dass, da das verwendete Leistungsverzeichnis eine Mischform von definierten regelmäßigen Reinigungsrhythmen (Intervallreinigung) und der ergebnisorientierten Reinigung und Bedarfsreinigung darstelle, "mangels einer Festlegung eines hinter den kollektivvertraglich festgelegten Leistungsgrenzen liegenden Leistungsverzeichnisses (Leistungsbildes) die Einhaltung der Bestimmung der Lohnvereinbarungen des Kollektivvertrages der Denkmal- Fassaden-Gebäudereiniger von der BBG nicht geprüft" werde. Die Frage, ob ein Angebot der in der Ausschreibung enthaltenen Verpflichtung der Einhaltung der in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen entspreche, könne aber nur dann beurteilt werden, wenn deren Einhaltung auch geprüft werden. Der Auftraggeber weiche aber mit seiner Festlegung hinsichtlich der Prüfung in vergaberechtswidriger Weise von den vergaberechtlichen Vorschriften ab und ermögliche so eine willkürliche Bestbieterermittlung. Der Auftraggeber versuche, durch die Festlegung in der Ausschreibung in Bezug auf die Angebotsprüfung, seinen vergaberechtlich vorgesehenen Prüfungsumfang zu reduzieren, verstoße jedoch damit gegen die vergaberechtlichen Grundsätze des § 19 BVergG. Mit dieser Festlegung verhindere der Auftraggeber einen fairen und lauten Wettbewerb unter den Bietern. Bieter, die den sich aus dem Kollektivvertrag ergebenden Arbeitnehmerschutz ernst nehmen und ausschreibungskonform kalkulieren, würden gegenüber anderen Bietern, die sich nicht daran halten, diskriminiert. Sie könnten kein konkurrenzfähiges Angebot abgeben.

Hinsichtlich der Einhaltung des österreichischen Arbeits- und Sozialrechts und einer willkürlichen Verfahrensführung: Die Auftraggeber würden in Punkt 8.1. der AAB festlegen, dass, da das verwendete Leistungsverzeichnis eine Mischform von definierten regelmäßigen Reinigungsrhythmen (Intervallreinigung) und der ergebnisorientierten Reinigung und Bedarfsreinigung darstelle, "mangels einer Festlegung eines hinter den kollektivvertraglich festgelegten Leistungsgrenzen liegenden Leistungsverzeichnisses (Leistungsbildes) die Einhaltung der Bestimmung der Lohnvereinbarungen des Kollektivvertrages der Denkmal- Fassaden-Gebäudereiniger von der BBG nicht geprüft" werde. Die Frage, ob ein Angebot der in der Ausschreibung enthaltenen Verpflichtung der Einhaltung der in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen entspreche, könne aber nur dann beurteilt werden, wenn deren Einhaltung auch geprüft werden. Der Auftraggeber weiche aber mit seiner Festlegung hinsichtlich der Prüfung in vergaberechtswidriger

Weise von den vergaberechtlichen Vorschriften ab und ermögliche so eine willkürliche Bestbieterermittlung. Der Auftraggeber versuche, durch die Festlegung in der Ausschreibung in Bezug auf die Angebotsprüfung, seinen vergaberechtlich vorgesehenen Prüfungsumfang zu reduzieren, verstoße jedoch damit gegen die vergaberechtlichen Grundsätze des Paragraph 19, BVergG. Mit dieser Festlegung verhindere der Auftraggeber einen fairen und lauten Wettbewerb unter den Bietern. Bieter, die den sich aus dem Kollektivvertrag ergebenden Arbeitnehmerschutz ernst nehmen und ausschreibungskonform kalkulieren, würden gegenüber anderen Bietern, die sich nicht daran halten, diskriminiert. Sie könnten kein konkurrenzfähiges Angebot abgeben.

Hinsichtlich der Zuschlagskriterien: Im Übrigen würden in den Ausschreibungsunterlagen in vergaberechtswidriger Weise Eignungskriterien als Zuschlagskriterien zur Bestbieterermittlung herangezogen. Die Ausschreibung würde in Punkt 9.3.5 und 9.3.6. der AAB zwei unzulässige Zuschlagskriterien vorsehen, weil hier Eignungsnachweise verlangt würden. Daran würden auch die konkreten Formulierungen nichts ändern, wonach sich der Bieter verpflichte, erst bei bzw nach Leitungsbeginn, über die geforderten Zertifikate zu verfügen. Sowohl das Arbeits- und Gesundheitsmanagementsystem als auch das Unternehmensmanagementsystem seien unternehmens- und nicht auftragsbezogen.

Aus den angeführten Gründen sei die Ausschreibung vergaberechtswidrig. Bei der Ausschreibung handle es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG. Aus den angeführten Gründen sei die Ausschreibung vergaberechtswidrig. Bei der Ausschreibung handle es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG.

Zum Interesse am Vertragsabschluss wies die Antragstellerin, ein auf Reinigungsdienstleistungen spezialisiertes Unternehmen, auf die Tatsache der Beteiligung am gegenständlichen Vergabeverfahren, auf die Anforderung der Ausschreibungsunterlagen, auf die Erarbeitung einer Angebotsstellung und Besichtigung diverser Objekte hin. Durch die in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Rechtswidrigkeiten würden der Antragstellerin die Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren sowie die Ausarbeitung eines bestmöglichen Angebots mit optimalen Erfolgsaussichten für die Zuschlagserteilung unmöglich gemacht.

Zum drohenden Schaden brachte die Antragstellerin vor, dass es sich um einen besonders bedeutenden Referenzauftrag handle und die Antragstellerin beabsichtige, sich auch in Zukunft an öffentlichen Vergabeverfahren zu beteiligen. Darüber hinaus drohe auch ein finanzieller Schaden zumindest in Höhe des aus dem gegenständlichen Auftrag zu lukrierenden Gewinnes, der bisher angelaufenen Kosten der Vorbereitung eines Angebotes sowie der bisherigen rechtsfreundlichen Vertretung.

Zu den verletzten Rechten führte die Antragstellerin aus, sie erachte sich im Recht auf Festlegung einer vergaberechtskonformen Ausschreibung verletzt, insbesondere im Recht auf vergaberechtskonforme und nicht diskriminierenden/intransparente Ausschreibungsbedingungen, sachverständige und konkrete Bedarfsermittlung, Festlegung kalkulierbarer Angebotsbestimmungen, Ermittlung der Preise ohne Übernahme unkalkulierbarer Risiken und ohne umfangreiche Vorarbeiten, auf Einhaltung von geeigneten Leitlinien, auf Festlegung nicht sittenwidriger und missbräuchlicher Ausschreibungsbestimmungen, auf Einhaltung der in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen, auf Festlegung vergaberechtskonformer Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, auf Abgabe eines vergaberechtskonformen Angebots und im Recht auf Abschluss eines Rahmenvertrags mit dem tatsächlichen Bestbieter.

Mit Stellungnahme vom 20. Jänner 2014 nahm die Antragstellerin ergänzend zur Frage der Anwendung der ÖNORM A 2060 Stellung. Diese ÖNORM, welche generell die "Allgemeinen Vertragsbestimmungen für Leistungen" enthalte, wäre hinsichtlich der allgemeinen Vertragsbestimmungen heranzuziehen. Bei der ÖNORM D 2200 handle es sich um die ÖNORM für "Reinigungsleistungen - Allgemeine Bestimmung zur Reinigung von Bodenbelägen". Nicht nur, dass diese ÖNORM ausschließlich für die Reinigung von Bodenbelägen zur Anwendung gelange, regle sie inhaltlich nur Themen der Leistungsbeschreibung, der Aufmaßfeststellung und der Umrechnung von Mengenänderungen bei Pauschalen. Die ÖNORM A 2060 sei - unter Verweis auf einige vorgelegte Auszüge aus anderen Ausschreibungen - nicht branchenunüblich. Selbst die Auftraggeberin habe bereits Reinigungsdienstleistungen unter Anwendung der ÖNORM A 2060 ausgeschrieben. Der Normzweck im Regelungsbereich des § 99 BVergG liege im Interessenausgleich zur Schaffung eines "ausgewogenen Vertragsverhältnisses", weil hier typischerweise einander häufig gegenläufige

Interessen gegenüberstehen und die Bieter - wie auch hier - einem "übermächtigen Auftraggeber" gegenüberstehen würden. Schon der Gesetzgeber weise darauf hin, dass der Auftraggeber somit "nicht pauschal" von diesen Leitlinien abweichende Festlegungen treffen dürfe. Auch in der Literatur bestehe Einigkeit, dass ein gänzliches Abgehen von den vertraglichen ÖNORMEN nicht zulässig sei. Die Abweichungen dürften nicht dazu führen, dass abweichende Festlegungen den Regelfall darstellen, weil damit der Normzweck des § 99 Abs 2 BVergG völlig unberücksichtigt bleiben würde. Durch Verwendung ihrer eigenen Kommerziellen Bestimmungen verstoße die Auftraggeberin nicht nur gegen § 99 Abs 2 BVergG, sondern auch gegen die Grundsätze des Vergaberechts gemäß § 19 BVergG, die ua den fairen Wettbewerb zwischen Auftraggeber und Bieter sichern wollen. Sie schaffe dadurch einerseits eine insgesamt für sie günstigere Vertragsposition und übertrage andererseits den Bieter zT auch unkalkulierbare Risiken. Es bestehe keine sachliche Rechtfertigung für das Abgehen von der ÖNORM A 2060. Mit Stellungnahme vom 20. Jänner 2014 nahm die Antragstellerin ergänzend zur Frage der Anwendung der ÖNORM A 2060 Stellung. Diese ÖNORM, welche generell die "Allgemeinen Vertragsbestimmungen für Leistungen" enthalte, wäre hinsichtlich der allgemeinen Vertragsbestimmungen heranzuziehen. Bei der ÖNORM D 2200 handle es sich um die ÖNORM für "Reinigungsleistungen - Allgemeine Bestimmung zur Reinigung von Bodenbelägen". Nicht nur, dass diese ÖNORM ausschließlich für die Reinigung von Bodenbelägen zur Anwendung gelange, regle sie inhaltlich nur Themen der Leistungsbeschreibung, der Aufmaßfeststellung und der Umrechnung von Mengenänderungen bei Pauschalen. Die ÖNORM A 2060 sei - unter Verweis auf einige vorgelegte Auszüge aus anderen Ausschreibungen - nicht branchenunüblich. Selbst die Auftraggeberin habe bereits Reinigungsdienstleistungen unter Anwendung der ÖNORM A 2060 ausgeschrieben. Der Normzweck im Regelungsbereich des Paragraph 99, BVergG liege im Interessenausgleich zur Schaffung eines "ausgewogenen Vertragsverhältnisses", weil hier typischerweise einander häufig gegenläufige Interessen gegenüberstehen und die Bieter - wie auch hier - einem "übermächtigen Auftraggeber" gegenüberstehen würden. Schon der Gesetzgeber weise darauf hin, dass der Auftraggeber somit "nicht pauschal" von diesen Leitlinien abweichende Festlegungen treffen dürfe. Auch in der Literatur bestehe Einigkeit, dass ein gänzliches Abgehen von den vertraglichen ÖNORMEN nicht zulässig sei. Die Abweichungen dürften nicht dazu führen, dass abweichende Festlegungen den Regelfall darstellen, weil damit der Normzweck des Paragraph 99, Absatz 2, BVergG völlig unberücksichtigt bleiben würde. Durch Verwendung ihrer eigenen Kommerziellen Bestimmungen verstoße die Auftraggeberin nicht nur gegen Paragraph 99, Absatz 2, BVergG, sondern auch gegen die Grundsätze des Vergaberechts gemäß Paragraph 19, BVergG, die ua den fairen Wettbewerb zwischen Auftraggeber und Bieter sichern wollen. Sie schaffe dadurch einerseits eine insgesamt für sie günstigere Vertragsposition und übertrage andererseits den Bieter zT auch unkalkulierbare Risiken. Es bestehe keine sachliche Rechtfertigung für das Abgehen von der ÖNORM A 2060.

Das Mengengerüst in einer Ausschreibung sei die wesentliche Basis für die Preisermittlung, weil der Bieter bei seiner Preiskalkulation seine Fixkosten (Gemeinkosten) und seine variablen Kosten (eingesetztes Personal und Material sowie Geräte) auf die zu erbringende, also ausgeschriebene, Menge umlege. Eine Mengenänderungsklausel von +100/-40 % könne jedoch keine taugliche Grundlage für eine seriöse Kalkulation und damit für einen Vertrag sein, weil damit jede Bestimmungsmöglichkeit für die Bieter hinsichtlich der für die Leistungserbringung erforderlichen Kapazitäten (Personal, Material und Geräte) außer Kraft gesetzt sei. Als sorgfältiger Unternehmer müsse dieses Risiko kalkulatorisch entsprechend hoch berücksichtigt werden. Gleichzeitig könne eine solche Mengenänderungsklausel zum Kalkulationsirrtum führen, die Irrtumsanfechtung sei jedoch gemäß Punkt 7.4.5.3 der AAB ausgeschlossen. Diese Mengenänderungsklausel provoziere jedenfalls unvergleichbare Angebote. Im Konnex mit den Bestimmungen über den Abruf (Punkt 4.2. KAB) und der Kündigungsbestimmung (Punkt 14.3. KAB) zeige sich die Unausgewogenheit des Vertragsverhältnisses. Einerseits werde die Auftraggeberin durch die unterschiedliche Dauer der Kündigungsverzichte besser gestellt, andererseits könne die Auftraggeberin - ohne jegliche Begründung - bereits nach dem ersten Vertragsjahr einzelne Objekte oder Lose kündigen und Vertragsteile oder einen ganzen Vertrag zwischen ihren Vertragspartnern im Rahmenvertrag nach Belieben verschieben, ohne dass der gekündigte Auftragnehmer Anspruch auf eine Nachteilsabgeltung habe (Ausschluss des § 1168 ABGB) bzw ohne dass eine Möglichkeit zur Änderung der Einheitspreise bestehe. Dagegen sehe die ÖNORM A 2060 einen fairen Ausgleich vor. Der Rücktritt vom Vertrag sei an wichtige Gründe gebunden (Punkt 5.7. ÖNORM A 2060) und für jede Leistungsabweichung sei eine für beide Vertragsparteien faire Lösung vorgesehen (Punkt 7 ÖNORM A 2060). Im Übrigen finde sich eine Deckelung der Vertragsstrafe in den gegenständlichen Ausschreibungsbestimmungen erst bei 10% der Gesamtauftragssumme und fehle beispielsweise auch jede betragsliche Begrenzung des Schadenersatzes. Mit diesen Vertragsbestimmungen werde

nicht nur die quantitative sondern auch die qualitative Grenze von zulässigen Abänderungen der ÖNORM A 2060 überschritten. Die dargestellten Rechtswidrigkeiten würden der Antragstellerin nicht nur die Ausarbeitung eines bestmöglichen Angebots mit optimalen Erfolgsaussichten verwehren, sondern es würden im Fall der Auftragserteilung durch solche Vertragsbedingungen auch zukünftige Schäden drohen. Das Mengengerüst in einer Ausschreibung sei die wesentliche Basis für die Preisermittlung, weil der Bieter bei seiner Preiskalkulation seine Fixkosten (Gemeinkosten) und seine variablen Kosten (eingesetztes Personal und Material sowie Geräte) auf die zu erbringende, also ausgeschriebene, Menge umlege. Eine Mengenänderungsklausel von +100/-40 % könne jedoch keine taugliche Grundlage für eine seriöse Kalkulation und damit für einen Vertrag sein, weil damit jede Bestimmungsmöglichkeit für die Bieter hinsichtlich der für die Leistungserbringung erforderlichen Kapazitäten (Personal, Material und Geräte) außer Kraft gesetzt sei. Als sorgfältiger Unternehmer müsse dieses Risiko kalkulatorisch entsprechend hoch berücksichtigt werden. Gleichzeitig könne eine solche Mengenänderungsklausel zum Kalkulationsirrtum führen, die Irrtumsanfechtung sei jedoch gemäß Punkt 7.4.5.3 der AAB ausgeschlossen. Diese Mengenänderungsklausel provoziere jedenfalls unvergleichbare Angebote. Im Konnex mit den Bestimmungen über den Abruf (Punkt 4.2. KAB) und der Kündigungsbestimmung (Punkt 14.3. KAB) zeige sich die Unausgewogenheit des Vertragsverhältnisses. Einerseits werde die Auftraggeberin durch die unterschiedliche Dauer der Kündigungsverzichte besser gestellt, andererseits könne die Auftraggeberin - ohne jegliche Begründung - bereits nach dem ersten Vertragsjahr einzelne Objekte oder Lose kündigen und Vertragsteile oder einen ganzen Vertrag zwischen ihren Vertragspartnern im Rahmenvertrag nach Belieben verschieben, ohne dass der gekündigte Auftragnehmer Anspruch auf eine Nachteilsabgeltung habe (Ausschluss des Paragraph 1168, ABGB) bzw ohne dass eine Möglichkeit zur Änderung der Einheitspreise bestehe. Dagegen sehe die ÖNORM A 2060 einen fairen Ausgleich vor. Der Rücktritt vom Vertrag sei an wichtige Gründe gebunden (Punkt 5.7. ÖNORM A 2060) und für jede Leistungsabweichung sei eine für beide Vertragsparteien faire Lösung vorgesehen (Punkt 7 ÖNORM A 2060). Im Übrigen finde sich eine Deckelung der Vertragsstrafe in den gegenständlichen Ausschreibungsbestimmungen erst bei 10% der Gesamtauftragssumme und fehle beispielsweise auch jede betragsliche Begrenzung des Schadenersatzes. Mit diesen Vertragsbestimmungen werde nicht nur die quantitative sondern auch die qualitative Grenze von zulässigen Abänderungen der ÖNORM A 2060 überschritten. Die dargestellten Rechtswidrigkeiten würden der Antragstellerin nicht nur die Ausarbeitung eines bestmöglichen Angebots mit optimalen Erfolgsaussichten verwehren, sondern es würden im Fall der Auftragserteilung durch solche Vertragsbedingungen auch zukünftige Schäden drohen.

Zu den Zuschlagskriterien führte sie ergänzend aus, dass nicht bezweifelt werde, dass ein Unternehmer, der ein Arbeitssicherheitssystem und Gesundheitsmanagementsystem sowie ein Umweltmanagementsystem implementiert habe, grundsätzlich einen "Mehrwert" bringe. Dennoch seien diese unternehmensbezogenen Aspekte vergaberechtlich ausschließlich auf der Ebene der Eignung von Unternehmen zu berücksichtigen. Schon nach dem Wortlaut des § 75 Abs 7 Z 2 und 6 BVergG und der Systematik des Gesetzes bestehe kein Zweifel, dass die genannten Kriterien den Eignungs- und nicht den Zuschlagskriterien zugeordnet werden. Auch wenn der VwGH die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Lianakis dahingehend interpretiere, dass in engen Grenzen die Beurteilung von unternehmensbezogenen Aspekten zulässig sei, dürfe die Ausnahme nur restriktiv angewendet werden. Weiters sei die Verwendung von Eignungs- als Zuschlagskriterien nur dann zulässig, wenn sie im Wesentlichen auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots ausgerichtet seien. Dies sei gegenständlich nicht der Fall, da soziale Kriterien und Umweltkriterien im Wesentlichen gerade nicht auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots ausgerichtet seien. Zu den Zuschlagskriterien führte sie ergänzend aus, dass nicht bezweifelt werde, dass ein Unternehmer, der ein Arbeitssicherheitssystem und Gesundheitsmanagementsystem sowie ein Umweltmanagementsystem implementiert habe, grundsätzlich einen "Mehrwert" bringe. Dennoch seien diese unternehmensbezogenen Aspekte vergaberechtlich ausschließlich auf der Ebene der Eignung von Unternehmen zu berücksichtigen. Schon nach dem Wortlaut des Paragraph 75, Absatz 7, Ziffer 2 und 6 BVergG und der Systematik des Gesetzes bestehe kein Zweifel, dass die genannten Kriterien den Eignungs- und nicht den Zuschlagskriterien zugeordnet werden. Auch wenn der VwGH die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Lianakis dahingehend interpretiere, dass in engen Grenzen die Beurteilung von unternehmensbezogenen Aspekten zulässig sei, dürfe die Ausnahme nur restriktiv angewendet werden. Weiters sei die Verwendung von Eignungs- als Zuschlagskriterien nur dann zulässig, wenn sie im Wesentlichen auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots ausgerichtet seien. Dies sei gegenständlich nicht der Fall, da soziale Kriterien und Umweltkriterien im Wesentlichen gerade nicht auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots ausgerichtet seien.

Zur Frage der Überprüfung der Einhaltung des österreichischen Arbeits- und Sozialrechts nahm die Antragstellerin ausführlich mit Schriftsatz vom 23. Jänner 2014 Stellung. § 84 BVergG bestimme ausdrücklich, dass Auftraggeber in der Ausschreibung vorzusehen haben, dass die Erstellung von Angeboten unter Berücksichtigung der in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften, und damit auch der einschlägigen Kollektivverträge, zu erfolgen habe. Dies dürfe nicht durch eine "konterkariierende" Festlegung hinsichtlich der Angebotsprüfung umgangen werden. Die Bestimmung in § 17 des gegenständlichen Kollektivvertrages sei entgegen der unrichtigen Meinung der Auftraggeberin gültig und daher auch im gegenständlichen Ausschreibungsverfahren anzuwenden. Die dargestellten Rechtswidrigkeiten würden der Antragstellerin die Ausarbeitung eines bestmöglichen wettbewerbsfähigen Angebots mit optimalen Erfolgsaussichten verwehren, wenn sie die geltenden kollektivvertraglichen Verpflichtungen gegenüber ihren Mitarbeitern einhalte. Zur Frage der Überprüfung der Einhaltung des österreichischen Arbeits- und Sozialrechts nahm die Antragstellerin ausführlich mit Schriftsatz vom 23. Jänner 2014 Stellung. Paragraph 84, BVergG bestimme ausdrücklich, dass Auftraggeber in der Ausschreibung vorzusehen haben, dass die Erstellung von Angeboten unter Berücksichtigung der in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften, und damit auch der einschlägigen Kollektivverträge, zu erfolgen habe. Dies dürfe nicht durch eine "konterkariierende" Festlegung hinsichtlich der Angebotsprüfung umgangen werden. Die Bestimmung in Paragraph 17, des gegenständlichen Kollektivvertrages sei entgegen der unrichtigen Meinung der Auftraggeberin gültig und daher auch im gegenständlichen Ausschreibungsverfahren anzuwenden. Die dargestellten Rechtswidrigkeiten würden der Antragstellerin die Ausarbeitung eines bestmöglichen wettbewerbsfähigen Angebots mit optimalen Erfolgsaussichten verwehren, wenn sie die geltenden kollektivvertraglichen Verpflichtungen gegenüber ihren Mitarbeitern einhalte.

Mit einer weiteren Stellungnahme vom 5. Februar 2014 führte die Antragstellerin aus, dass entgegen der Ansicht der Auftraggeberin die gegenständlichen Vertragsbestimmungen aufgrund der Tatsache der bisherigen Nichtanfechtung nicht branchenüblich werden würden und dass geeignete Leitlinien nur von objektiver dritter Seite und nicht vom Auftraggeber selbst geschaffen werden könnten. Weiters sei es unrichtig, dass die Ausführungen im Schriftsatz vom 20. Jänner 2014 zur Kündigungsbestimmung verfristet seien, zumal dieses Vorbringen einen weiteren Beschwerdegrund darstelle, welcher sich im Rahmen der im Nachprüfungsverfahren geltend gemachten Beschwerdepunkte bewege. Darüber hinaus versuche die Auftraggeberin durch die Bezeichnung der gegenständlichen Kommerziellen Ausschreibungsbedingungen als "Rahmenvertrag" sowohl die Unverbindlichkeit der Vereinbarung zu kaschieren, als auch die gesetzliche Maximallaufzeit einer Rahmenvereinbarung zu umgehen.

Am 26. Februar 2014 brachte die Antragstellerin einen weiteren im Spruch, Spruchpunkt A.I. wörtlich wiedergegebenen Antrag auf Nichtigerklärung von Festlegungen während der Angebotsfrist, verbunden mit Anträgen auf Gebührenersatz und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung ein. Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus:

Angefochten werde die 4. Berichtigung vom 17. Februar 2014. Diese betreffe, die Streichung der Nichtprüfung der Einhaltung der arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen im Rahmen der Angebotsprüfung (Rz 172 Ader AAB), die Änderung der Mengentoleranz von +100 bzw -40% (bezogen auf die ausgeschriebenen m²) auf eine Mengentoleranz von +20 bzw -40% (bezogen auf die ausgeschriebenen m²) (Rz 15 des Rahmenvertrages), die Änderung der Begrenzung der Vertragsstrafe von 10% des Gesamtauftragswerts auf 5% des Gesamtauftragswerts je Los (Rz 150 des Rahmenvertrages) sowie die Änderung des Kündigungsverzichts zur ordentlichen Kündigung bzw Teilkündigung von gleichlautend 2 Jahren für beide Vertragsparteien (Rz 164 des Rahmenvertrages).

Damit würden die Auftraggeber versuchen, den zwingend gebotenen Widerruf der Ausschreibung zu umgehen. Aber auch die Berichtigung der Ausschreibung mache diese noch nicht zu einer rechtskonformen Ausschreibung. Die Sanierung einer - wie im vorliegenden Fall derart vergaberechtswidrigen Ausschreibung - sei nicht durch Berichtigung möglich. Im Falle des Vorliegens eines zwingenden Widerrufsgrundes liege ein Widerruf nicht im Ermessen der Auftraggeber.

Darüber hinaus werde allein durch die Berichtigungen in den vier genannten Punkten die Grenze der zulässigen formalen Berichtigung überschritten. Nach der ständigen Judikatur des VwGH sei eine Berichtigung der Ausschreibung nur insoweit zulässig, als es dadurch nicht zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung komme. Eine Berichtigung, die wie die gegenständliche geeignet sei, den Kreis der Bewerber oder Bieter zu beeinflussen, sei jedenfalls als wesentliche Verletzung des Vergaberechts anzusehen. Die Antragstellerin sei in ihrem subjektiven Recht verletzt, dass eine Berichtigung dann nicht durchgeführt werde, wenn ein zwingender Widerrufsgrund vorliege, und

dass der Bewerber und alle anderen Interessenten eines Vergabeverfahrens darauf vertrauen dürfen, dass der Auftraggeber sämtliche Bestimmungen des BVergG einhalte.

Zur Mengenänderungsklausel brachte die Antragstellerin vor, dass eine Änderung der Mengenänderungsklausel um 80% die Grenze einer Berichtigung überschreite, da eine wesentlich andere Ausschreibung vorliege. Das BVA habe bereits mehrfach die Unzulässigkeit einer solchen Veränderung des Leistungsumfangs bejaht, weil Mengenänderungen Einfluss auf die Kalkulation haben würden. Unabhängig davon sei trotz Änderung der ursprünglichen Mengenänderungsklausel von einer möglichen Schwankungsbreite von insgesamt 140% (+100% bzw. -40%) auf nunmehr 60% (+20% bzw. -40%) bezogen auf die ausgeschriebenen m² immer noch die Unbestimmtheit des Leistungsumfangs in wesentlichen Teilen gegeben, weil eine seriöse Kalkulation dadurch immer noch unmöglich sei. Auch eine Schwankungsbreite von bis zu 60% stelle immer noch ein an sich unkalkulierbares Risiko dar und provoziere damit unvergleichbare Angebote. Die jeweiligen möglichen Änderungen müssten im kalkulatorischen Risiko berücksichtigt werden. Das Mengengerüst und die Leistungsbeschreibung in einer Ausschreibung seien die wesentliche Basis für die Preisermittlung, weil der Bieter bei seiner Preiskalkulation seine Fixkosten (Gemeinkosten) und seine variablen Kosten (eingesetztes Personal und Material sowie Geräte) auf die zu erbringende, ausgeschriebene Menge umlege. Je nach zu berücksichtigender Mengenänderung würden sich auch die Kalkulationsgrundlagen verändern. Derart unbestimmte Mengen, wo den Bietern jegliche für den Werkvertrag kalkulationsrelevante Angaben fehlen, würden keine taugliche Kalkulationsgrundlage darstellen. Es sei nicht möglich, Einheitspreise unter Berücksichtigung der im Kollektivvertrag festgelegten Leistungsmaße zu kalkulieren, bei denen nicht abgeschätzt werden könne, welche Objekte möglicherweise hinzukommen oder wegfallen und von denen keine Angaben zur möglichen Flächenstruktur und der Ausstattung vorliegen, wo keine Objektspezifika bekannt seien und keine Vorgabe hinsichtlich der konkret zu erbringenden Leistungen und Leistungszeiten bestehe. Jede Mengenänderung habe immer auch Auswirkungen auf die Geschäftsgemeinkosten, weil sich dadurch der Bedarf an Geräten, der Overhead, der Schulungsbedarf, die Kosten der Objektevaluierung, der Kontrollaufwand, Einsatz von Vorarbeitern, die Reinigungsorganisation und die vorzuhaltenden Kapazitäten etc. ändern würden. Wenn die Auftraggeber davon ausgehen, dass der Einheitspreis immer fix sei und es völlig unerheblich sei, für wieviele m² Fläche welche Reinigungsleistungen zu erbringen seien, lassen sie alle für einen Werkvertrag kalkulationsrelevanten Parameter und den Kollektivvertrag außer Betracht. Mit einer derart weitgefassten Mengenänderungsklausel trete zu Tage, dass die Auftraggeber die Ausschreibung nicht mit der nötigen Sorgfalt erstellt haben und sich offenkundig zum Ausschreibungszeitpunkt noch nicht im Klaren gewesen seien, welche Leistungen sie überhaupt benötigen würden. Nach der bisherigen Rechtsprechung sei bei Unbestimmtheit des Leistungsumfangs von wesentlichen Teilen der Ausschreibung oder wenn ein zur Kalkulation geeignetes nachvollziehbares Mengengerüst fehle und die daraus folgende Unvergleichbarkeit der Angebote zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten, das Vergabeverfahren zwingend zu widerrufen.

Pönalen würden im kalkulatorischen Risiko mit ihrer Eintrittswahrscheinlichkeit bewertet werden, sodass auch die Berichtigung in Rz 150 des Rahmenvertrags unter diesem Aspekt wesentliche Auswirkungen auf die Kalkulation habe.

Darüber hinaus sei eine Sanierung der Ausschreibung durch Streichung der Nichtprüfung der arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen nicht mehr möglich. Mit der ursprünglichen Festlegung (RZ 172 AAB) habe die Auftraggeberin einen fairen und lauterer Wettbewerb unter den Bietern verhindert und jene Bieter diskriminiert, die sich an den Kollektivvertrag halten. Aufgrund der Verletzung der Grundsätze des Vergaberechts sei die Ausschreibung nach der Judikatur jedenfalls zu widerrufen.

Nicht nur, dass die Ausschreibung durch die Berichtigung einen wesentlich anderen Inhalt erhalten habe, komme eine Berichtigung der Ausschreibung gegenständlich auch deshalb nicht in Betracht, weil in Anbetracht des Umfangs und der schwerwiegenden Tragweite der Berichtigungen es "zumindest denkmöglich" sei, dass sich nunmehr auch andere Unternehmer für die gegenständliche Ausschreibung interessieren. Nach der ständigen Rechtsprechung des VWGH komme eine Streichung einzelner Bestimmungen dann nicht mehr in Betracht, wenn die Auftraggeberentscheidungen geeignet seien, den Kreis der Bewerber oder Bieter zu beeinflussen. Es genüge potentielle Relevanz für den Ausgang des Vergabeverfahrens. Vorliegend hätten andere Unternehmer, die ursprünglich von einer Angebotslegung abgesehen haben, aufgrund der zwingend von 31.10.2013 bis 5.12.2013 erfolgten Objektbesichtigung (7.4.5. AAB) nicht einmal mehr eine Chance, ein Angebot zu legen.

Mit den Änderungen betreffend die Pönalregelung sowie beim Kündigungsverzicht eürden die Auftraggeber bloß

versuchen, vom insgesamt unausgewogenen Vertragsverhältnis aufgrund des völligen Abgehens von der ÖNORM A 2060 abzulenken. Der nunmehr gleichlautende Kündigungsverzicht bei der ordentlichen Kündigung von 2 Jahren für beide Vertragsparteien ändere immer noch nichts daran, dass die AG aufgrund dieser Bestimmung iVm mit einer auch 60%igen Mengenänderungsklausel - die nicht auf ein bestimmtes Los, sondern nur "bezogen auf die ausgeschriebenen m²" ist - immer noch einzelne Objekte oder Lose kündigen und Vertragsteile oder einen ganzen Vertrag für ein Los zwischen ihren Vertragspartnern im Rahmenvertrag nach Belieben verschieben könne. Mit den Änderungen betreffend die Pönaleregulierung sowie beim Kündigungsverzicht würden die Auftraggeber bloß versuchen, vom insgesamt unausgewogenen Vertragsverhältnis aufgrund des völligen Abgehens von der ÖNORM A 2060 abzulenken. Der nunmehr gleichlautende Kündigungsverzicht bei der ordentlichen Kündigung von 2 Jahren für beide Vertragsparteien ändere immer noch nichts daran, dass die AG aufgrund dieser Bestimmung in Verbindung mit mit einer auch 60%igen Mengenänderungsklausel - die nicht auf ein bestimmtes Los, sondern nur "bezogen auf die ausgeschriebenen m²" ist - immer noch einzelne Objekte oder Lose kündigen und Vertragsteile oder einen ganzen Vertrag für ein Los zwischen ihren Vertragspartnern im Rahmenvertrag nach Belieben verschieben könne.

Sämtliche Mechanismen eines ausgewogenen Vertragsverhältnisses - wie es die ÖNORM A 2060 vorsehe - seien trotz der Berichtigung immer noch außer Kraft gesetzt, wie folgende Beispiele zeigen würden:

Rücktritt des Vertrags nur aus wichtigem Grund; Veränderung des Entgelts bei Leistungsabweichung; Begrenzung des Schadenersatzes; Nachteilsabgeltung gem § 1168 ABGB; Irrtumsanfechtung. Rücktritt des Vertrags nur aus wichtigem Grund; Veränderung des Entgelts bei Leistungsabweichung; Begrenzung des Schadenersatzes; Nachteilsabgeltung gem Paragraph 1168, ABGB; Irrtumsanfechtung.

Auch in diesem Fall sei mit Widerruf der gesamten Ausschreibung vorzugehen. Die Auftraggeber würden damit nicht nur gegen § 99 BVergG, sondern auch gegen die Grundsätze des Vergabeverfahrens gemäß § 19 BVergG verstoßen. Auch in diesem Fall sei mit Widerruf der gesamten Ausschreibung vorzugehen. Die Auftraggeber würden damit nicht nur gegen Paragraph 99, BVergG, sondern auch gegen die Grundsätze des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 19, BVergG verstoßen.

Das Objektdatenblatt übertrage den Bietern weiterhin unkalkulierbare Risiken, weil noch immer nicht alle kalkulationsrelevanten Faktoren insbesondere betreffend die Fensterreinigung bekannt seien. Nach der bisherigen Rechtsprechung liege hier jedenfalls ein zwingender Widerrufsgrund vor, weil mit Widerruf immer dann vorzugehen sei, wenn eine Änderung bzw Ergänzung des Leistungsverzeichnisses notwendig werde, welche die Kalkulation nicht unwesentlich beeinflussen könne.

Der Antragstellerin würden durch die vergaberechtswidrige Ausschreibung und durch die rechtswidrige 4. Berichtigung die Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren sowie die Ausarbeitung eines bestmöglichen Angebots mit optimalen Erfolgsaussichten für die Zuschlagserteilung unmöglich gemacht.

Neben den bereits im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens W139 200171-1 geltend gemachten subjektiven Rechten machte die Antragstellerin überdies die Verletzung im Recht auf Unterlassung einer Berichtigung, wenn ein zwingender Widerrufsgrund einer vergaberechtswidrigen Ausschreibung vorliege, im Recht auf Widerruf einer Ausschreibung vor Ablauf der Angebotsfrist, wenn eine rechtswidrige Ausschreibung vorliege sowie im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens unter Einhaltung sämtlicher Bestimmungen des BVergG geltend.

Mit einem weiteren Schriftsatz vom 11. März 2014 führte die Antragstellerin aus, dass sie sowohl die Ausschreibung als auch die

4. Berichtigung angefochten habe, weswegen die Rechtsansicht der Auftraggeber, dass das auf die Rechtswidrigkeit der Ausschreibungsunterlagen gerichtete Vorbringen bereits der Präklusion unterliege, soweit die angefochtenen Bestimmungen nicht von der Berichtigung betroffen seien, unrichtig sei. Die Präklusion trete nur hinsichtlich einer nicht rechtzeitig angefochtenen Ausschreibung ein. Die von der Berichtigung nicht erfassten Bestimmungen würden immer noch dem bereits mit der Ausschreibung rechtzeitig "angefochtenen Rechtsbestand" angehören. Die Antragstellerin sei einerseits durch die angefochtene Berichtigung der Ausschreibung und andererseits durch die von der Berichtigung unberücksichtigt gebliebenen - aber bereits zuvor angefochtenen - Ausschreibungsbestimmungen in ihren geltend gemachten subjektiven Rechten verletzt und es drohe ihr der genannte Schaden.

Der Antragstellerin sei zunächst aufgrund der vergaberechtswidrigen Ausschreibung die Abgabe eines Angebots verwehrt gewesen. Auch nach der Berichtigung sei der Antragstellerin - aufgrund der geänderten noch immer unkalkulierbaren Mengenänderungsklausel - eine Angebotslegung nicht möglich, weswegen der Antragstellerin entgegen der Ansicht der Auftraggeber der geltend gemachte Schaden entstehe und diese auch in den geltend gemachten Rechten verletzt sei. Die Mengenänderungsklausel provoziere weiterhin unvergleichbare Angebote, da die Bieter hinsichtlich der zu erbringenden Mehrleistungen überhaupt keine kalkulationsrelevanten, objektbezogenen Informationen hätten und hinsichtlich der Minderleistungen keine Mechanismen der Preisanpassung vorgesehen seien.

Die Kalkulation von Reinigungsleistungen erfolge- wovon auch die Auftraggeberin unverkennbar ausgehe - für jedes Objekt/Gebäude und für jede Reinigungsart (Unterhaltsreinigung, Grundreinigung und Fensterreinigung) gesondert. Ohne konkrete Informationen über das zu reinigende Gebäude, die Objektgegebenheiten, die konkret zu erbringenden Leistungen, die konkreten Umstände der Leistungserbringung etc würden sich Reinigungsleistungen jedoch nicht kalkulieren lassen. So habe der Bieter keinerlei Informationen über allfällige Mehrleistungen im Umfang von 20% bezogen auf die ausgeschriebenen m² im Hinblick auf die konkret zu erbringenden Leistungen, die Standorte und Gebäude von hinzukommenden Flächen und deren Erreichbarkeit, die baulichen Gegebenheiten, die zu reinigenden Raumgruppen und deren Größe, die Ausstattung, das Inventar und Überstelllichte, Art und Qualität der Bodenbelagsarten, Reinigungsbedarf und Pflegebedürftigkeit, die Strom- und Wasseranschlüsse, die Abflüsse für die Schmutzflotten, Aufzugsanlagen, Abstellräumlichkeiten für die Reinigungshilfsmittel, die Betreibzeiten. Allein die m²-Fläche stelle keine taugliche Kalkulationsgrundlage für Reinigungsdienstleistungen dar. Jeder Kalkulation würden spezifisch objektbezogen die zu erbringenden Reinigungsleistungen, die Organisation der Leistung, die Personalkapazitäten, die einzusetzenden Geräte und das Material zu Grunde gelegt und die Gemeinkosten würden auf die zu erbringende Leistung umgelegt. Mit jeder vom Auftraggeber beabsichtigten (Mengen)änderung ändere sich daher auch die Kostenstruktur. Die Kostenänderung sei jedoch nicht zwingend linear, weil beispielsweise durch die Erhöhung des Leistungsumfangs neue Investitionen (zB Reinigungsgeräte, Fahrzeuge) getätigt und/oder neue Kapazitäten (Objektleiter, Vorarbeiter, Reinigungskräfte) aufgebaut werden müssten.

De facto handle es sich bei den Mehrleistungen nicht um eine "Mengenänderung", sondern um neue, wenn auch gleichartige Leistungen. Von einer bloßen Mengenänderung werde in der Literatur nämlich nur dann gesprochen, wenn sich die Umstände der Leistungserbringung nicht ändern, sondern nur ausschließlich die zu erbringende Menge. Das sei gegenständlich nicht der Fall, weil es sich bei jeder "scheinbaren" Mengenerhöhung der m²-Leistung in concreto tatsächlich um eine neue, wenn auch gleichartige Leistung handle. Solche objektspezifischen Mehrleistungen seien nicht über eine bloße Mengenänderungsklausel abzuhandeln. Für diesen möglichen Fall stelle das BVerGG dem Auftraggeber in § 30 Abs 1 Z 5 BVerGG - bei Einhaltung der dort genannten Voraussetzungen - das Verhandlungsverfahren mit dem bisherigen Auftragnehmer zur Verfügung. De facto handle es sich bei den Mehrleistungen nicht um eine "Mengenänderung", sondern um neue, wenn auch gleichartige Leistungen. Von einer bloßen Mengenänderung werde in der Literatur nämlich nur dann gesprochen, wenn sich die Umstände der Leistungserbringung nicht ändern, sondern nur ausschließlich die zu erbringende Menge. Das sei gegenständlich nicht der Fall, weil es sich bei jeder "scheinbaren" Mengenerhöhung der m²-Leistung in concreto tatsächlich um eine neue, wenn auch gleichartige Leistung handle. Solche objektspezifischen Mehrleistungen seien nicht über eine bloße Mengenänderungsklausel abzuhandeln. Für diesen möglichen Fall stelle das BVerGG dem Auftraggeber in Paragraph 30, Absatz eins, Ziffer 5, BVerGG - bei Einhaltung der dort genannten Voraussetzungen - das Verhandlungsverfahren mit dem bisherigen Auftragnehmer zur Verfügung.

Auch eine Mengenänderung von minus 40% sei unkalkulierbar. Mit der Verminderung der Leistung würden auch die Kosten sinken, jedoch wiederum nicht zwingend linear. Beispielsweise würden für die Leistungserbringung getätigte Investitionen (zB Reinigungsgeräte, Fahrzeuge) nicht mehr entsprechend zum Einsatz gelangen und könnten nicht entsprechend abgeschrieben werden. Ebenso würde es sich mit abzubauenen Personalkapazitäten verhalten, was mit Kosten verbunden sei. Ähnliches gelte auch für die Gemeinkosten (zB Objektleiter, Administration, General Management). Jede bloße Mengenreduzierung führe schließlich auch zu einer Unterdeckung der Gemeinkosten über die Zurechnung.

Da die Beauftragung von zusätzlichen Mengen nicht in irgendeiner Weise - insbesondere auch nicht auf bestimmte Standorte/Gebäude - beschränkt sei, ermögliche dies den Auftraggebern sehr wohl das Verschieben einzelner Gebäude zu unterschiedlichen Losen.

Ausgehend von der Ansicht, dass das BVwG die Ansicht der Antragstellerin zur 4. Berichtigung teile, sei daher die ursprüngliche Ausschreibung zu prüfen.

Mit Schriftsatz vom 12. Dezember 2013 erteilten die Auftraggeber, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, diese vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, dem Bundesvergabebeamten die erbetenen allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren und übermittelten die Unterlagen des gegenständlichen Vergabeverfahrens. Ziel des Vergabeverfahrens sei der Abschluss eines Rahmenvertrags über die Erbringung von Unterhalts-, Grund- und Sonderreinigungen für Dienststellen der öffentlichen Auftraggeber in 30 Losen bis 31. März 2019, wobei die Auftraggeber das Recht haben würden, durch Ziehung einer Option den Rahmenvertrag je Los einmal um zwei Jahre zu verlängern. Es handle sich um einen im Oberschwellenbereich anzusiedelnden Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG, welcher in einem offenen Verfahren vergeben werden soll (CPV-Code 90911000). Das geschätzte Auftragsvolumen aller Lose betrage EUR 51.587.473,-- (berechnet auf die gesamte Laufzeit inklusive Optionen) bzw. EUR 29.478.556,-- (berechnet auf das 48-fache Monatsentgelt). Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Mit Schriftsatz vom 12. Dezember 2013 erteilten die Auftraggeber, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, diese vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, dem Bundesvergabebeamten die erbetenen allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren und übermittelten die Unterlagen des gegenständlichen Vergabeverfahrens. Ziel des Vergabeverfahrens sei der Abschluss eines Rahmenvertrags über die Erbringung von Unterhalts-, Grund- und Sonderreinigungen für Dienststellen der öffentlichen Auftraggeber in 30 Losen bis 31. März 2019, wobei die Auftraggeber das Recht haben würden, durch Ziehung einer Option den Rahmenvertrag je Los einmal um zwei Jahre zu verlängern. Es handle sich um einen im Oberschwellenbereich anzusiedelnden Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG, welcher in einem offenen Verfahren vergeben werden soll (CPV-Code 90911000). Das geschätzte Auftragsvolumen aller Lose betrage EUR 51.587.473,-- (berechnet auf die gesamte Laufzeit inklusive Optionen) bzw. EUR 29.478.556,-- (berechnet auf das 48-fache Monatsentgelt). Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen.

Mit Stellungnahme vom 20. Dezember 2013 nahmen die Auftraggeber zum gesamten Vorbringen zusammengefasst wie folgt Stellung: Es unzutreffend, dass die Auftraggeber den Beschaffungsbedarf nicht sachkundig und im Einklang mit dem BVergG geschätzt hätten. Die Auftraggeber hätten insgesamt zwei Berichtigungen veröffentlicht und nicht etwa 53. Im Rahmen dieser beiden Berichtigungen seien insgesamt 53 Details modifiziert worden, welche zum überwiegenden Teil einerseits Raumkategoriezuordnungen und andererseits Änderungen der Quadratmeterzahlen betroffen hätten. Keinesfalls könne davon gesprochen werden, dass diese sachlich durchwegs gerechtfertigten, für den Bieter bloß erhellenden Modifikationen als Indiz einer mangelhaften Mengengerüsts-Berechnung durch die Auftraggeber zu werten sei. Es sei auch nicht nachvollziehbar, dass die Reduzierung der Gesamtfläche um bloße 0,79% die Kalkulierbarkeit des Angebotes beeinflussen habe können. Der im Rahmen der EU-weiten Bekanntmachung genannte geschätzte Wert von EUR 50.000.000,-- bis EUR 90.000.000,-- sei von der BBG allein über die Vertragslaufzeit von 7 Jahren errechnet worden und habe dieser Schätzwert nichts mit einer Berechnungsbasis von 48 Monaten zu tun.

Zur Regelung der Mengentoleranz sei festzuhalten, dass der für jede Raumkategorie für jedes abgefragte Reinigungsintervall anzubietende Einheitspreis jedenfalls über die gesamte Vertragslaufzeit fix bleiben soll. Diese Regelung sei in die Ausschreibungsunterlage eingefügt worden, um eine gewisse Flexibilität der Auftraggeber zu gewährleisten. Die ausgeschriebenen, zu reinigenden Flächen würden knapp 620.000 m² betragen. Es liege auf der Hand, dass sich bei einer derartig hohen Anzahl an Gebäuden und Räumen Änderungen für die Auftraggeber ergeben können, die durchaus völlig außerhalb ihrer Ingerenz seien. So sei beispielsweise die Dauer der Konstitution der österreichischen Bundesregierung zum Zeitpunkt der Ausschreibungsbekanntmachung unvorhersehbarer gewesen, sodass es jedenfalls sachlich gerechtfertigt sei, als Auftraggeber von der Prämisse sich örtlich und größenmäßig verändernder Bundesgebäude auszugehen. Aufgrund der schieren Größenordnung der ausgeschriebenen zu reinigenden Objekte und deren ständigem Wandel unterworfenen Verwendungszwecken sei daher eine Mengentoleranz wie die konkret angegebene jedenfalls als sachlich gerechtfertigt zu qualifizieren - zumal für den Bieter noch dazu eine Mindestabnahmemenge, nämlich 60% der ausgeschriebenen Menge durch die Auftraggeber garantiert werde, was aus der Formulierung einer Mengentoleranz von +100% bzw -40% eindeutig hervorgehe.

Für die Kalkulierbarkeit für den Bieter sei eine erweiterte Mengentoleranz jedenfalls nicht von Bedeutung, da die Kalkulation einer fixen Berechnungsmethode folge. Die erste Variable stelle der Einheitspreis dar, der je nach Raumkategoriezuordnung ein anderer sei (beispielsweise divergiere der Einheitspreis einer Bürofläche von jenem einer Sanitärfläche). Die zweite Variable stelle die zu reinigende Fläche (in m²) dar. Diese simple Formel bilde die Basis für die Monatspauschale. Der jeweilige Einheitspreis bleibe jedenfalls während der gesamten Vertragslaufzeit unverändert. Änderungen könnten sich nach dieser Formel lediglich ergeben, wenn Raumkategoriezuordnungen für bestimmte Räumlichkeiten geändert werden würden, oder wenn sich die Quadratmeteranzahl ändere. Ansonsten seien Preisänderungen nur im Zuge der in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Preisanpassungsklausel (Punkt 9.1. KAB) sowie im Falle der Änderung in der Anzahl der Arbeitstage entsprechend der Regelung von Punkt 8.1.2. KAB möglich. Bei den von der Antragstellerin zitierten Regelungen in Punkt 5.2.1. KAB handle es sich um auftragnehmerfreundliche Bestimmungen, da die Konkretisierungen, vom Auftragnehmer im Objektdatenblatt (ODB) vorzunehmen seien, und dieser jedenfalls immer in enger Abstimmung mit der abrufenden Stelle an diesem Verfahren beteiligt sei. Die Änderungen würden selbstverständlich nur im Rahmen der Mengentoleranz des Punktes 4.3. KAB erfolgen. Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass wenn im Rahmen der von der Antragstellerin zitierten Bestimmungen von "Preisen" die Rede sei, damit stets die Einheitspreise gemeint seien, was sich bereits aus dem objektiven Erklärungswert ergebe.

Zum Vorwurf unkalkulierbarer Risiken durch fehlende Angaben in der Ausschreibung führten die Auftraggeber aus, dass dort wo keine Daten zur Fensterreinigung festgelegt wurden, eine solche gemäß Punkt

7.5.3. AAB auch nicht anzubieten sei.

Zur Regelung in Punkt 2.1.3. LB sei auszuführen, dass es um eine branchenübliche und sachlich gerechtfertigte Regelung handle. Es sei für jeden fachkundigen Bieter mithilfe der Objektbesichtigung möglich, ein eindeutig kalkuliertes Angebot zu legen. Abgesehen davon sei jedem fachkundigen Bieter zuzutrauen, die Regen- und Schneehäufigkeit in Österreich im Durchschnitt zu kennen. Die Antragstellerin erkenne zudem, dass es ist nicht Aufgabe des (damals) BVA sei, vorab eine fiktive Prüfung von zivilrechtlichen Vertragsbestimmungen vorzunehmen. Zu Punkt A.6.9 LB sei festzuhalten, dass aus dieser Regelung eindeutig hervorgehe, dass egal, ob ein entsprechende Verständigung an den Auftragnehmer erfolge oder nicht, dieser den betreffenden Tag jedenfalls verrechnen dürfe. Insgesamt handle es sich um eine höchst auftragnehmerfreundliche Regelung.

Zum Vorwurf der zwingenden Objektbesichtigung werde ausgeführt, dass diese marktüblich und notwendig für die Kalkulation der Bieter sei, weil nur dadurch die Erreichbarkeit des Objekts, Betriebszeiten, die exakte Möbelanzahl je Raum und zahlreiche andere relevante Faktoren für den Bieter überprüfbar werden würden. Dies werde auch von der Innungsgruppe Gebäudereinigung-Holz-Kunst (Sparte Gewerbe und Handwerk) entsprechend bestätigt. Wenn die Antragstellerin behaupte, sie hätte nur 23 Werktage Zeit gehabt, um 211 Objekte zu besichtigen, so verschweige sie dabei, dass diese 211 Objekte sich an nur 95 unterschiedlichen Liegenschaftsadressen befinden würden. Darüber hinaus habe die Antragstellerin zu keiner Zeit um eine Verlängerung der Besichtigungsfrist ersucht, welche die BBG sicherlich bieterfreundlich gewährt hätte.

Zur Nichtanwendung der ÖNORM A 2060 werde festgehalten, dass - wie von der Innungsgruppe Gebäudereinigung-Holz-Kunst (Sparte Gewerbe und Handwerk) bestätigt - es sich bei der ÖNORM A 2060 um eine ÖNORM, die grundsätzlich im Bauwesen angewendet werde, handle. In der Gebäudereinigung gebe es eigene Werkvertragsnormen, wie etwa die ÖNORM D 2200, die speziell für die Gebäudereinigung geschaffen worden seien. Diese ÖNORM D 2200 gelte aufgrund der eindeutigen Festlegung im Rahmen der Ausschreibungsunterlage ohnedies nach Maßgabe der Bestimmungen im Pflichtenheft und hinsichtlich der vertragsrechtlichen Bestimmungen subsidiär.

Es sei grundsätzlich Sache des Auftraggebers, die Mindestanforderungen der zu beschaffenden Leistung festzulegen. Wesentlich sei im Hinblick auf die Gleichbehandlung der Bieter, dass die vom Auftraggeber ausgeschriebenen Leistungen eindeutig, vollständig und neutral beschrieben bzw. nicht so umschrieben würden, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen. Diese teleologisch den Bestimmungen der §§ 97, 99 BVergG 2006 zugrunde liegende Stoßrichtung sei von der gegenständlichen Ausschreibung jedenfalls abgedeckt. Die vom Bieter zu erbringenden Leistungen seien klar und eindeutig definiert, sodass jedem sachkundigen Bieter die zu erbringende Leistung aus den Unterlagen ohne Zweifel erhelle. Es sei grundsätzlich Sache des Auftraggebers, die Mindestanforderungen der zu beschaffenden Leistung festzulegen. Wesentlich sei im Hinblick auf die

Gleichbehandlung der Bieter, dass die vom Auftraggeber ausgeschriebenen Leistungen eindeutig, vollständig und neutral beschrieben bzw. nicht so umschrieben würden, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen. Diese teleologisch den Bestimmungen der Paragraphen 97, 99, BVergG 2006 zugrunde liegende Stoßrichtung sei von der gegenständlichen Ausschreibung jedenfalls abgedeckt. Die vom Bieter zu erbringenden Leistungen seien klar und eindeutig definiert, sodass jedem sachkundigen Bieter die zu erbringende Leistung aus den Unterlagen ohne Zweifel erhellte.

Zum Vorwurf der willkürlichen Bestbieterermittlung durch Nichtprüfung der Einhaltung des für die ausgeschriebenen Dienstleistungen geltenden Kollektivvertrages werde festgehalten, dass § 17 des betreffenden Kollektivvertrages bei einer reinen Bedarfsreinigung (=Sichtreinigung) oder einer Mischform von Bedarfsreinigung und Vollreinigung nicht zur Anwendung komme, und damit die Regelung in Punkt 8.2.1 Rz 172 AAB weder gegen Vorschriften des österreichischen Sozial- und Arbeitsrechtes noch gegen Bestimmungen des BVergG verstoße. Diese Ausschreibungsbestimmung stelle bieterfreundlich klar, dass diese Bestimmung des Kollektivvertrages auf die dargestellten Reinigungsarten nicht zur Anwendung komme. In allen übrigen Fällen werde die Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen des einschlägigen Kollektivvertrags mangels gegensätzlicher Anordnung in der Ausschreibungsunterlage sehr wohl kontrolliert. Zum Vorwurf der willkürlichen Bestbieterermittlung durch Nichtprüfung der Einhaltung des für die ausgeschriebenen Dienstleistungen geltenden Kollektivvertrages werde festgehalten, dass Paragraph 17, des betreffenden Kollektivvertrages bei einer reinen Bedarfsreinigung (=Sichtreinigung) oder einer Mischform von Bedarfsreinigung und Vollreinigung nicht zur Anwendung komme, und damit die Regelung in Punkt 8.2.1 Rz 172 AAB weder gegen Vorschriften des österreichischen Sozial- und Arbeitsrechtes noch gegen Bestimmungen des BVergG verstoße. Diese Ausschreibungsbestimmung stelle bieterfreundlich klar, dass diese Bestimmung des Kollektivvertrages auf die dargestellten Reinigungsarten nicht zur Anwendung komme. In allen übrigen Fällen werde die Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen des einschlägigen Kollektivvertrags mangels gegensätzlicher Anordnung in der Ausschreibungsunterlage sehr wohl kontrolliert.

Zum behaupteten Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot führten die Auftraggeber aus, dass es sich entgegen der Auffassung der Antragstellerin um klassische Zuschlagskriterien handle, welche nicht auch als Eignungskriterien verwendet würden. Das Erfordernis der Auftragsbezogenheit von Zuschlagskriterien bedeute nämlich zum einen, dass die Kriterien objektiv für eine fachgerechte Angebotsbewertung geeignet sein müssen, zum anderen müssen die Kriterien einen objektiven und nachvollziehbaren Maßstab für den Vergleich der Angebote bieten. Bewertet werde der jeweilige Prozess, der hinter den entsprechenden Zertifizierungen stehe. Damit sei klar, dass ein auftragsbezogener Mehrwert für den Auftraggeber generiert werde, wenn eine Leistung umweltfreundlicher oder im Einklang mit Arbeitssicherheits- oder Gesundheitsmanagementanforderungen erbracht werde. Insbesondere Arbeitssicherheits- und Gesundheitsmanagementsysteme würden insofern einen wirtschaftlichen Mehrwert generieren, als durch diese Systeme die Krankenstandstage sinken und damit eine Preissenkung einhergehe. Die genannten Zuschlagskriterien würden jedenfalls dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen und seien als sachlich gerechtfertigt zu qualifizieren. Zudem laute gemäß § 19 Abs 6 BVergG ein Grundsatz des Vergaberechts, dass in Vergabeverfahren auf Maßnahmen zur Umsetzung sonstiger sozialpolitischer Belange Bedacht genommen werden könne, wobei dies insbesondere durch die Berücksichtigung derartiger Aspekte auch durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien erfolgen könne. Arbeitnehmerschutz und insbesondere Maßnahmen wie Sicherheits- und Gesundheitsmanagement seien definitiv als Maßnahme zur Umsetzung von sozialpolitischen Belangen zu werten. Zum behaupteten Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot führten die Auftraggeber aus, dass es sich entgegen der Auffassung der Antragstellerin um klassische Zuschlagskriterien handle, welche nicht auch als Eignungskriterien verwendet würden. Das Erfordernis der Auftragsbezogenheit von Zuschlagskriterien bedeute nämlich zum einen, dass die Kriterien objektiv für eine fachgerechte Angebotsbewertung geeignet sein müssen, zum anderen müssen die Kriterien einen objektiven und nachvollziehbaren Maßstab für den Vergleich der Angebote bieten. Bewertet werde der jeweilige Prozess, der hinter den entsprechenden Zertifizierungen stehe. Damit sei klar, dass ein auftragsbezogener Mehrwert für den Auftraggeber generiert werde, wenn eine Leistung umweltfreundlicher oder im Einklang mit Arbeitssicherheits- oder Gesundheitsmanagementanforderungen erbracht werde. Insbesondere Arbeitssicherheits- und Gesundheitsmanagementsysteme würden insofern einen wirtschaftlichen Mehrwert generieren, als durch diese Systeme die Krankenstandstage sinken und damit eine Preissenkung einhergehe. Die genannten Zuschlagskriterien würden jedenfalls dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen und seien als sachlich gerechtfertigt zu

qualifizieren. Zudem laute gemäß Paragraph 19, Absatz 6, BVergG ein Grundsatz des Vergaberechts, dass in Vergabeverfahren auf Maßnahmen zur Umsetzung sonstiger sozialpolitischer Belange Bedacht genommen werden könne, wobei dies insbesondere durch die Berücksichtigung derartiger Aspekte auch durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien erfolgen könne. Arbeitnehmerschutz und insbesondere Maßnahmen wie Sicherheits- und Gesundheitsmanagement seien definitiv als Maßnahme zur Umsetzung von sozialpolitischen Belangen zu werten.

Mit einer weiteren Stellungnahme vom 16. Jänner 2014 äußerten sich die Auftraggeber ergänzend zum Vorwurf der willkürlichen Bestbieterermittlung aufgrund der fehlenden Überprüfung der Einhaltung des § 17 des einschlägigen Kollektivvertrages. Nach Auffassung der Auftraggeber sei § 17 des Kollektivvertrages als nichtig zu qualifizieren und komme folgedessen gar nicht zur Anwendung. Die Bestimmung des § 17 des Kollektivvertrages liege nicht innerhalb der Kollektivvertragsautonomie und verstoße daher gegen § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG, und sei in diesem Sinne gemäß § 879 ABGB als nichtig zu beurteilen. Darüber hinaus verstoße die fragliche Bestimmung auch gegen das Kartellverbot und sei gemäß § 1 Abs 1 3 KartG absolut nichtig. Denn durch die Festlegung allgemeiner Leistungsausmaße im Kollektivvertrag werde der unternehmerische Gestaltungsspielraum derart eingeschränkt, dass de facto kein echter Leistungswettbewerb stattfinden könne. Mit einer weiteren Stellungnahme vom 16. Jänner 2014 äußerten sich die Auftraggeber ergänzend zum Vorwurf der willkürlichen Bestbieterermittlung aufgrund der fehlenden Überprüfung der Einhaltung des Paragraph 17, des einschlägigen Kollektivvertrages. Nach Auffassung der Auftraggeber sei Paragraph 17, des Kollektivvertrages als nichtig zu qualifizieren und komme folgedessen gar nicht zur Anwendung. Die Bestimmung des Paragraph 17, des Kollektivvertrages liege nicht innerhalb der Kollektivvertragsautonomie und verstoße daher gegen Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer 2, ArbVG, und sei in diesem Sinne gemäß Paragraph 879, ABGB als nichtig zu beurteilen. Darüber hinaus verstoße die fragliche Bestimmung auch gegen das Kartellverbot und sei gemäß Paragraph eins, Absatz eins, 3 KartG absolut nichtig. Denn durch die Festlegung allgemeiner Leistungsausmaße im Kollektivvertrag werde der unternehmerische Gestaltungsspielraum derart eingeschränkt, dass de facto kein echter Leistungswettbewerb stattfinden könne.

Mit Schriftsatz vom 29. Jänner 2014 führten die Auftraggeber in Replik auf die Stellungnahmen der Antragstellerin vom 20. und 23. Jänner 2014 weiters aus, dass der Normzweck von § 99 BVergG entsprechend der einschlägigen Judikatur jedenfalls in der Sicherstellung eines eindeutigen Leistungsvertrages, der die Mindestinhalte des BVergG enthalte, sowie in der Vereinheitlichung von Ausschreibungen zu erblicken sei. Dabei handle es sich zweifelsfrei um genuin vergabe- und wettbewerbsrechtliche Gesichtspunkte, was die Antragstellerin übersehe, wenn sie vorbringe, dass § 99 BVergG ausschließlich zivilrechtlichen Charakter aufweise. Das Vergaberecht solle und dürfe keineswegs zivilrechtliche Instrumente der Vertragskontrolle wie § 879 ABGB ersetzen. Aus diesem Grund sei es auch nicht Aufgabe der Vergabekontrollbehörde, vorab eine fiktive Prüfung von zivilrechtlichen Vertragsbestimmungen vorzunehmen. Im Übrigen eröffne das Gesetz dem öffentlichen Auftraggeber eine weite, nur durch das Missbrauchsverbot beschränkte Möglichkeit, die Ausschreibung abweichend von Leitlinien an die Besonderheiten des einzelnen Auftrages anzupassen. Eine sachliche Rechtfertigung sei nicht gefordert. Die inhaltliche Grenze bilde das Missbrauchsverbot bzw die Sittenwidrigkeit, welche vorliegend nicht überschritten sei. Der konkrete Rahmenvertrag sei bereits in 171 Vergabeverfahren zur Anwendung gebracht worden. Somit habe dieser für die Branche der Reinigungsdienstleistungen Branchenüblichkeit erlangt und sei eine geeignete Leitlinie. Auch einseitig erstellte Vertragswerke könnten als Leitlinien qualifiziert werden, sofern diese standardisiert seien, was bei Verwendung bei mehreren Ausschreibungen anzunehmen sei. Die von den ÖNORMen abweichenden Regelungen seien jedenfalls gerechtfertigt und gegenständlich auch zulässig, da "lediglich" ein Rahmenvertrag ausgeschrieben werde. Aufgrund der Tatsache, dass diverse Regelungen in der ÖNORM A 2060 für einen Rahmenvertrag nicht geeignet seien, sei es notwendig geworden, in bestimmten Teilen davon abzuweichen bzw deren Anwendbarkeit hintanzuhalten. Eine Anpassung an die Besonderheiten des einzelnen Auftrages sei nach der Judikatur des VfGH zulässig. Mit Schriftsatz vom 29. Jänner 2014 führten die Auftraggeber in Replik auf die Stellungnahmen der Antragstellerin vom 20. und 23. Jänner 2014 weiters aus, dass der Normzweck von Paragraph 99, BVergG entsprechend der einschlägigen Judikatur jedenfalls in der Sicherstellung eines eindeutigen Leistungsvertrages, der die Mindestinhalte des BVergG enthalte, sowie in der Vereinheitlichung von Ausschreibungen zu erblicken sei. Dabei handle es sich zweifelsfrei um genuin vergabe- und wettbewerbsrechtliche Gesichtspunkte, was die Antragstellerin übersehe, wenn sie vorbringe, dass Paragraph 99, BVergG ausschließlich zivilrechtlichen Charakter aufweise. Das Vergaberecht solle und dürfe keineswegs zivilrechtliche Instrumente der Vertragskontrolle wie Paragraph 879, ABGB ersetzen. Aus diesem Grund sei es auch nicht Aufgabe der Vergabekontrollbehörde, vorab eine fiktive Prüfung von zivilrechtlichen Vertragsbestimmungen

vorzunehmen. Im Übrigen eröffne das Gesetz dem öffentlichen Auftraggeber eine weite, nur durch das Missbrauchsverbot beschränkte Möglichkeit, die Ausschreibung abweichend von Leitlinien an die Besonderheiten des einzelnen Auftrages anzupassen. Eine sachliche Rechtfertigung sei nicht gefordert. Die inhaltliche Grenze bilde das Missbrauchsverbot bzw die Sittenwidrigkeit, welche vorliegend nicht überschritten sei. Der konkrete Rahmenvertrag sei bereits in 171 Vergabeverfahren zur Anwendung gebracht worden. Somit habe dieser für die Branche der Reinigungsdienstleistungen Branchenüblichkeit erlangt und sei eine geeignete Leitlinie. Auch einseitig erstellte Vertragswerke könnten als Leitlinien qualifiziert werden, sofern diese standardisiert seien, was bei Verwendung bei mehreren Ausschreibungen anzunehmen sei. Die von den ÖNORMen abweichenden Regelungen seien jedenfalls gerechtfertigt und gegenständlich auch zulässig sind, da "lediglich" ein Rahmenvertrag ausgeschrieben werde. Aufgrund der Tatsache, dass diverse Regelungen in der ÖNORM A 2060 für einen Rahmenvertrag nicht geeignet seien, sei es notwendig geworden, in bestimmten Teilen davon abzuweichen bzw deren Anwendbarkeit hintanzuhalten. Eine Anpassung an die Besonderheiten des einzelnen Auftrages sei nach der Judikatur des VfGH zulässig.

Zur behaupteten Unkalkulierbarkeit werde darauf hingewiesen, dass jeder Bieter nach den Ausschreibungsfestlegungen sein Angebot dergestalt zu kalkulieren habe, dass sowohl bei einer möglichen Mengenreduktion um 40% als auch bei einem denkbaren Mengenzuschlag von 100% der jeweilige Auftragnehmer ökonomisch nachvollziehbar die auftragsgegenständliche Leistung erbringen könne. Dies gelte für jeden Bieter gleichermaßen, sodass keinesfalls das Problem unvergleichbarer Angebote entstehe. Die Kündigungsregelung sei im Rahmen eines beiderseitigen unternehmensbezogenen Geschäfts auftraggeberseitig völlig zulässig und auch branchenüblich. Abgesehen davon sei der erstmals mit Stellungnahme vom 20. Jänner 2014 erhobene Vorwurf verfristet. Auch sei der Vorhalt hinsichtlich der Regelung der Vertragsstrafe völlig unsubstantiiert. Im Übrigen begründe die Antragstellerin nicht, aus welchen Gründen ein Rahmenvertrag im konkreten Fall unzulässig sein soll.

Zum Vorwurf vergaberechtswidriger Zuschlagskriterien führten die Auftraggeber ergänzend aus, dass es nach der Judikatur des VfGH Kriterien geben könne, die zunächst auf das Unternehmen der Bieter abstellen, dennoch aber zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes dienen können, indem sie die unterschiedliche Qualität der zu erbringenden Dienstleistungen überhaupt nachprüfbar machen, was durch Vergleich der verschiedenen Nachweise miteinander erfolge. Hierzu werde auf den ersten Erwägungsgrund der Vergabe-Richtlinie verwiesen.

Mit Schriftsatz vom 18. Februar 2018 informierten die Auftraggeber das BVwG über die 4. Berichtigung der gegenständlichen Ausschreibung, wodurch die Antragstellerin im gegenständlichen Vergabekontrollverfahren klaglos gestellt worden sei. Die Berichtigung habe zur Beseitigung der angefochtenen Bestimmungen aus dem Rechtsbestand und zur Anpassung der Regelungen im Sinne der Ausführungen der Antragstellerin geführt. Rechtlich geschützte Interessen der Antragstellerin oder ein ihr aus diesen Bestimmungen drohender Schaden könnten demnach nicht mehr identifiziert werden. Der insoweit ex ante zulässige Nachprüfungsantrag gehe daher in den genannten Punkten ins Leere (vgl. Punkte 5.1., 5.2. und 5.5. des Nachprüfungsantrags vom 10. Dezember 2013 sowie Punkt 1.3.2. der Stellungnahme vom 20. Jänner 2014) und sei zurückzuweisen. Mit Schriftsatz vom 18. Februar 2018 informierten die Auftraggeber das BVwG über die 4. Berichtigung der gegenständlichen Ausschreibung, wodurch die Antragstellerin im gegenständlichen Vergabekontrollverfahren klaglos gestellt worden sei. Die Berichtigung habe zur Beseitigung der angefochtenen Bestimmungen aus dem Rechtsbestand und zur Anpassung der Regelungen im Sinne der Ausführungen der Antragstellerin geführt. Rechtlich geschützte Interessen der Antragstellerin oder ein ihr aus diesen Bestimmungen drohender Schaden könnten demnach nicht mehr identifiziert werden. Der insoweit ex ante zulässige Nachprüfungsantrag gehe daher in den genannten Punkten ins Leere (vergleiche Punkte 5.1., 5.2. und 5.5. des Nachprüfungsantrags vom 10. Dezember 2013 sowie Punkt 1.3.2. der Stellungnahme vom 20. Jänner 2014) und sei zurückzuweisen.

Im Hinblick auf den am 26. Februar 2014 eingebrachten Nachprüfungsantrag erteilten die Auftraggeber am 3. März 2014 die erbetenen allgemeinen Auskünfte. Das geschätzte Auftragsvolumen aller Lose betrage EUR 69.849.094,24 (berechnet auf die gesamte Laufzeit inklusive Optionen) bzw EUR 37.553.887,72 (berechnet auf das 48fache Monatsentgelt). Zum gesamten Vorbringen nahmen die Auftraggeber mit Schriftsatz vom 5. März 2014 Stellung: Zur Zulässigkeit des Antrages wurde festgehalten, dass antragslegitimiert nur ein Antragsteller sei, dem durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohe. In einem Nachprüfungsverfahren könne nur die Durchsetzung subjektiver Rechte der Nachprüfungswerber gegenüber dem Auftraggeber geltend gemacht werden. Gegenständlich werde jedoch durch das Vorbringen der Antragstellerin keine Verletzung von

subjektiven Rechten behauptet, sondern nur eine vermeintliche objektive Rechtswidrigkeit gerügt. Halte man sich die gegenständlichen Änderungen der Berichtigung im Detail vor Augen, so werde deutlich, dass die Antragstellerin dadurch keinesfalls beschwert sein könne. Gerade die nunmehr beseitigte Bestimmung betreffend die Überprüfung des Kollektivvertrages bildete einen zentralen Anknüpfungspunkt der Anfechtung durch die Antragstellerin. Durch die ersatzlose Streichung könne die Antragstellerin sohin nicht beschwert sein. Dasselbe gelte für die Mengentoleranzklausel. Die Antragstellerin habe die für kalkulatorische Zwecke zu weitgehende Mengentoleranz von insgesamt 140% moniert. Es liege auf der Hand, dass die Antragstellerin durch eine nunmehrige Bandbreite der Mengentoleranz von 60% keinesfalls beschwert sein könne. Schließlich sei auch die Bestimmung betreffend die Höhe der Vertragsstrafe im Sinne der Ausführungen der Antragstellerin berichtigt worden sowie die Kündigungsregelung im Hinblick auf den Verzicht auf das Kündigungsrecht bieterfreundlich zugunsten der Vertragspartner adaptiert und damit gleichlautend für Auftraggeber und Auftragnehmer geregelt worden. Die Nichtigkeitserklärung einer strittigen Festlegung in der Ausschreibung setze voraus, dass ein allfälliger Verstoß der Auftraggeber für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss sei. Durch eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen durch welche alle Bieter besser gestellt werden als davor, könne ein solcher Einfluss wohl kaum ins Treffen geführt werden. Rechtlich geschützte Interessen der Antragstellerin oder ein ihr aus diesen Bestimmungen drohender Schaden könnten demnach nicht identifiziert werden. Da durch die Besserstellung keine subjektive Rechtsverletzung stattgefunden habe, seien die Anträge zurückzuweisen.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin sei gemäß § 90 BVergG eine Berichtigung der Ausschreibung während der Angebotsfrist jederzeit möglich. Im Hinblick auf den Grundsatz der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit sei der Berichtigung gegenüber dem Widerruf jedenfalls der Vorzug zu gewähren, solange dem Grundsatz der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs Genüge getan werde. Eine Berichtigung der Ausschreibung sei soweit zulässig, als es dadurch nicht zu einer wesentlichen Änderung der gesamten Vergabe komme. Die Berichtigungsmöglichkeit sei weit auszulegen. Dafür spreche auch die Tatsache, dass es in den Entscheidungsspielraum des Auftraggebers falle, die Verfahrensbedingungen und den Auftragsgegenstand zu determinieren. Insofern sei die Berichtigung auch als sonstige Festlegung während der Angebotsfrist gesondert anfechtbar (§ 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG), welche Bestimmung (ebenso wie § 90 BVergG) unter der von der Antragstellerin vertretenen Ansicht, eine Berichtigung sei unzulässig, ins Leere laufen würde. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin sei gemäß Paragraph 90, BVergG eine Berichtigung der Ausschreibung während der Angebotsfrist jederzeit möglich. Im Hinblick auf den Grundsatz der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit sei der Berichtigung gegenüber dem Widerruf jedenfalls der Vorzug zu gewähren, solange dem Grundsatz der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs Genüge getan werde. Eine Berichtigung der Ausschreibung sei soweit zulässig, als es dadurch nicht zu einer wesentlichen Änderung der gesamten Vergabe komme. Die Berichtigungsmöglichkeit sei weit auszulegen. Dafür spreche auch die Tatsache, dass es in den Entscheidungsspielraum des Auftraggebers falle, die Verfahrensbedingungen und den Auftragsgegenstand zu determinieren. Insofern sei die Berichtigung auch als sonstige Festlegung während der Angebotsfrist gesondert anfechtbar (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG), welche Bestimmung (ebenso wie Paragraph 90, BVergG) unter der von der Antragstellerin vertretenen Ansicht, eine Berichtigung sei unzulässig, ins Leere laufen würde.

Im Übrigen liege kein zwingender Widerrufsgrund vor. Die zitierte Entscheidung des OGH habe eine wesentliche Ergänzung des Leistungsverzeichnisses nach Ablauf der Angebotsfrist betroffen. Der einschlägigen Literatur sei aber zu entnehmen, dass die Aufnahme zusätzlicher Leistungen in das Leistungsverzeichnis sowie die Vergrößerung oder Verkleinerung der Menge der ausgeschriebenen Leistung jedenfalls vor Ablauf der Angebotsfrist zulässig sei. Dies müsse umso mehr bei einer alle Bieter besser stellenden, keine neuen Bedingungen aufstellenden Berichtigung der Fall sein.

Auch sei die Grenze einer zulässigen Berichtigung nicht überschritten. Eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen sei jedenfalls zulässig, wenn der Bieterkreis durch die vorgenommene Änderungen in den Ausschreibungsunterlagen in keinsten Weise erweitert oder eingeschränkt und somit verändert werde. Dies sei hier der Fall, was auch daran deutlich werde, als eine Änderung der Eignungskriterien nicht erfolgt sei und sich der Bieterkreis sohin denklogisch

nicht verändert habe. Die Berichtigung habe den Bieterkreis nicht verändert, es handle sich bloß um die Berichtigung von der Kategorie "Vertragsmodalitäten" zuzuordnenden Bestandteilen. Die Antragstellerin verabsäume es, die vermeintlich konkrete Änderung des Bieterkreises darzulegen.

Die Antragstellerin verkenne das System einer losweisen Vergabe, wenn sie meine, dass die festgelegte Mengentoleranz nicht auf ein bestimmtes Los, sondern nur auf die ausgeschriebene Menge bezogen sei. Die Antragstellerin übersehe diesbezüglich, dass bei einer Vergabe in Losen je Los getrennte Verträge abgeschlossen werden. Somit gelte die festgelegte Mengentoleranz selbstverständlich auf die je Los ausgeschriebene Menge. Somit seien die von der Antragstellerin in Punkt 5.3.2 des Nachprüfungsantrages dargestellten Szenarien denkbar nicht möglich.

Wenn die Antragstellerin behaupte, dass eine Kalkulation bei der nunmehr festgelegten Mengentoleranz weiterhin nicht möglich sei, übersehe sie, dass gegenständlich ein Rahmenvertrag ausgeschrieben werde und diesbezüglich betreffend die Festlegung von Mengen ein nicht so strenger Maßstab wie bei sonstigen Auftragsverhältnissen anzusetzen sei. Nach der herrschenden Lehre sei es bei Rahmenverträgen nicht unüblich, dass das tatsächliche Volumen der Gesamtleistung bei Vertragsschluss und die einzelnen Zeitpunkte der Abrufe aus dem Rahmenvertrag nicht endgültig feststehen müssen. Demgegenüber hätten die Auftraggeber gegenständlich sogar ein konkretes Mindest- und Maximalauftragsvolumen festgelegt, weshalb die Mengen konkreter festgelegt worden seien, als es die herrschende Lehre verlange. Die festgelegte Mengentoleranz sei vergaberechtskonform und branchenüblich. Die Kalkulation sei durch einen fachkundigen Bieter ohne die Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken jedenfalls möglich. Dies zeige sich insbesondere dadurch, dass es branchenüblich sei, dass sich durch Veränderungen in der Auftragslage die Gemeinkosten eines Unternehmens (ab einer Größe gemäß der von den Auftraggebern geforderten Eignungskriterien) nicht signifikant ändern würden.

Zur Frage der Gesamtnichtigkeit der Ausschreibung wurde ausgeführt, dass selbst durch die Nichtigerklärung der gegenständlichen Berichtigung, es der Antragstellerin ohne weiteres möglich wäre, ein Angebot im Hinblick auf die gegenständliche Ausschreibung zu legen. Im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren könnten nur die Normen im Hinblick auf die vorliegende Berichtigung von Relevanz, da selbst die Nichtigerklärung der Berichtigung nicht die Gesamtnichtigkeit der gänzlichen Ausschreibung zur Folge haben könne.

Dem Vorbringen der Antragstellerin im Hinblick auf die notwendigen Ergänzungen des Leistungsverzeichnisses sei entgegen zu halten, dass die Berichtigung eine gesondert anfechtbare Entscheidung iSd § 2 Z 16 lit a BVergG darstelle, weshalb auch nur diese Berichtigung mit Nichtigerklärungsantrag, nicht aber die von der Berichtigung unberührt gebliebenen Teile der Ausschreibungsunterlage angefochten werden könnten. Das Objektdatenblatt sei Gegenstand der verfahrensgegenständlichen Berichtigung gewesen. Hinsichtlich dieser von der Berichtigung nicht betroffenen Teile könne festgehalten werden, dass ein dahingehendes Anfechtungsrecht jedenfalls erloschen sei und nicht wieder aufleben könne. Dies gelte auch für die in Bezug auf die ÖNORM A 2060 geltend gemachten Rechtswidrigkeiten. Dem Vorbringen der Antragstellerin im Hinblick auf die notwendigen Ergänzungen des Leistungsverzeichnisses sei entgegen zu halten, dass die Berichtigung eine gesondert anfechtbare Entscheidung iSd Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, BVergG darstelle, weshalb auch nur diese Berichtigung mit Nichtigerklärungsantrag, nicht aber die von der Berichtigung unberührt gebliebenen Teile der Ausschreibungsunterlage angefochten werden könnten. Das Objektdatenblatt sei Gegenstand der verfahrensgegenständlichen Berichtigung gewesen. Hinsichtlich dieser von der Berichtigung nicht betroffenen Teile könne festgehalten werden, dass ein dahingehendes Anfechtungsrecht jedenfalls erloschen sei und nicht wieder aufleben könne. Dies gelte auch für die in Bezug auf die ÖNORM A 2060 geltend gemachten Rechtswidrigkeiten.

Am 14. März 2014 fand eine mündliche Verhandlung vor dem BVwG statt.

Die Auftraggeber führten in Replik auf die Stellungnahme der Antragstellerin vom 11. März 2014 aus, dass es sich um zwei getrennte Nachprüfungsverfahren handle und die Antragstellerin daher im Rahmen der Anfechtung einer Berichtigung nicht nachträglich Festlegungen anfechten könne, welche nicht bereits ursprünglich im Zuge der Anfechtung der Ausschreibung Gegenstand der Nachprüfung gewesen seien.

Die Antragstellerin entgegnete, dass sie bereits die gesamte Ausschreibung ursprünglich angefochten habe und diese daher nicht in ihrer ursprünglichen Form präkludiert sein könne. Es könnten weitere Rechtswidrigkeitsgründe geltend gemacht werden, sofern sich diese im Rahmen der Beschwerdepunkte bewegen.

Zur Frage der Kalkulierbarkeit hinsichtlich der nunmehr berichtigten Mengentoleranzklausel (+20%/-40%) brachten die Auftraggeber vor, dass fraglich sei, ob die Antragstellerin überhaupt an einer Rahmenvereinbarung teilnehmen könne, bei der ein gänzlicher Entfall des Abrufs möglich sei. Ein Rahmenvertrag sei ein vergaberechtlich eigens geregeltes Instrument. Das tatsächliche Volumen der Gesamtleistung bei Vertragsabschluss und die einzelnen Zeitpunkte der Abrufe müssten nicht feststehen. Es sei lediglich empfehlenswert, Mindestabnahmemengen vorzusehen, was im konkreten Fall unbestritten passiert sei. Weiters werde darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin im Rahmen jenes Vergabeverfahrens, das im Herbst 2010 zu ihrer Beauftragung hinsichtlich der Reinigung von drei Schulen in Wien mit einer Mengentoleranz von +40/-40% geführt habe, offenbar eine derartige Mengentoleranz kalkulieren habe können. Eine Risikoübernahme bilde aus betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten einen notwendigen Bestandteil einer Kalkulation. Auch andere Bieter hätten sich an dem Vergabeverfahren durch Legung eines Angebotes unter entsprechender Kalkulation mit dieser Mengentoleranz beteiligt. Vergleichswerte im internationalen Markt, wie von der Antragstellerin genannt, seien im konkreten Fall nicht einschlägig, da es sich um einen rein innerösterreichischen Auftrag handle, der ausschließlich mit in Wien gelegenen Objekten durchzuführen sei. Die Antragstellerin lege weiterhin keinen Grund dafür dar, dass nunmehr ein anderer Bieterkreis angesprochen wäre. Die Kalkulationsgrundlagen wären für alle Bieter gleich. Die Landesinnung Wien für Denkmal-, Fassaden-, und Gebäudereiniger habe mit Schreiben vom 6. März 2014 die Kalkulierbarkeit und Zulässigkeit der ursprünglichen Mengentoleranz bestätigt. In jedem Los gebe es abrufberechtigte Dienststellen und nur diese dürften Mengenveränderungen vornehmen. Rz 16 des Rahmenvertrages sei insofern im Zusammenhang mit dem Leistungsverzeichnis zu lesen. Losverschiebungen seien daher nicht denkmöglich. Bei den potentiellen Flächenänderungen handle es sich um die Änderung und Auflassung von Dienststellen, geringfügige Umbauten eines Objektes, sowie um Pensionierungen der Eigenreinigungskräfte und Auslagerung der Reinigungsdienstleistungen. Durch die genannten Fälle würden über 80% der Vertragsänderungen abgedeckt. Darüber hinaus sei im Titel der Ausschreibung festgehalten, dass es sich um Reinigungsdienstleistungen handle, welche ausschließlich in Wien liegende Objekte betreffen. Dies ergebe sich auch aus den angegebenen Dienststellen im Leistungsverzeichnis und im Angebotsblatt. Es sei daher denkunmöglich, dass es sich auch um Objekte beispielsweise in Tirol handeln könne. Die weitaus überwiegende Anzahl an Flächenänderungen betreffe solche im selben Objekt. Auf nochmaliges Befragen durch die vorsitzende Richterin gaben die Auftraggeber zu Protokoll, dass die Flächenmehrleistungen hingegen ausschließlich die in einem Los konkretisierten Objekte betreffen würden. Mengenänderungen seien, abgesehen vom Fall einer Kündigung, jederzeit möglich. Die Änderung der Mengentoleranz sei darin begründet, dass ursprünglich von einer höheren Bandbreite ausgegangen worden sei, dies insbesondere aufgrund der Möglichkeit großflächiger Änderung von Regierungsgebäuden aufgrund des damaligen Zeitpunktes der Ausschreibung in enger zeitlicher Nähe zur Nationalratswahl 2013.

Darüber hinaus führten die Auftraggeber aus, dass im Pflichtenheft (Punkt A.2.4) die Flächenarten erläutert würden. Die Intervalle der Reinigungsdienstleistungen seien im Leistungsverzeichnis festgelegt. Dieses enthalte eine eindeutige Leistungsbeschreibung. Nach der Fachmeinung der Landesinnung Wien der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger sowie der Erfahrung der Auftraggeber, sei es branchenüblich hinsichtlich der Mengentoleranz hochzurechnen und, sofern man den Status Quo der Büroarchitektur eines Objekts kenne, abzuschätzen, wie groß die Büroräumlichkeiten in den nächsten Jahren sein und welche Bodenbeläge in diesem Objekt verbaut würden. Die Besichtigung eines Objektes decke auch die möglicherweise hinzukommenden Flächen ab, da dabei die Struktur des Objektes im Allgemeinen und das Verhältnis der Raumzuordnungskategorien zueinander erfasst werde und es bei hinzukommenden Flächen zu keinen wesentlichen Strukturänderungen des Objektes komme. Das Nutzungsverhalten werde voraussichtlich bei gleichbleibender Dienststelle gleich bleiben. Die darüber hinaus gehenden Detailinformationen (Inventar, Strom- und Wasseranschlüsse, Laufwege, Aufzüge etc) seien in den Ausschreibungsunterlagen nicht zur Verfügung gestellt worden. Dies sei nicht branchenüblich und hätte den Aufwand vervielfacht. Daher sei die Besichtigung der Objekte zwingend vorgesehen, was, wie die Landesinnung Wien bestätigt habe, den zentralen Teil einer Kalkulation betreffend Reinigungsdienstleistungen darstelle. Im Übrigen habe die Antragstellerin von der Möglichkeit der Fragestellung anlässlich der Besichtigung nicht Gebrauch gemacht. Die Stundensätze könnten hinsichtlich der einzelnen Objekte von einander abweichen. Die Leistung sei jeweils objektspezifisch zu kalkulieren, sodass sich auch hinsichtlich der Grundreinigung von Objekt zu Objekt die angebotenen Preise von einander unterscheiden können.

Die Antragstellerin führte aus, dass auch Rahmenvereinbarungen den Anforderungen an die Kalkulierbarkeit der

Leistung unterliegen würden, was durch Preisanpassungsklauseln hergestellt werden könne. Im Übrigen handle es sich gegenständlich um einen Rahmenvertrag, der nach den allgemeinen Regeln des BVergG zu behandeln sei. Die von der Auftraggeberin verwiesene Preisanpassungsklausel sei im Übrigen die bloße Indexierung. Hinsichtlich des die drei Schulen betreffenden Auftrages sei auszuführen, dass sie gerade nicht ohne ein pauschales Risiko einzugehen, kalkulieren habe können. Man sei dieses Risiko bewusst eingegangen, habe aber die BBG darauf hingewiesen, dass man derartige Klauseln in Zukunft anfechten werde. Nach der langjährigen Erfahrung bei der Vergabe von Reinigungsdienstleistungen sei es gerade nicht branchenüblich, derartige Mengenänderungsklauseln festzulegen. Erfahrungsgemäß würden sich diese auf fünf Prozent und darunter beschränken. Üblicherweise werde bei einem Überschreiten dieser fünf Prozent-Grenze eine Anpassung der Einheitspreise vorgesehen. Diesbezüglich werde auch auf die ÖNORM A2060 verwiesen, die auch eine fünf Prozent Klausel vorsehe. Darüber hinaus würde der Vorwurf der Auftraggeberin, die Antragstellerin hätte sich an einer früheren Ausschreibung beteiligt, und diese nicht angefochten, dazu führen, dass Ausschreibungen, wenn sie in ähnlicher Form mehrfach verwendet werden, präkludieren und nicht mehr angefochten werden könnten.

Zur Veränderung des Bieterkreises, werde auf den Schriftsatz vom 11. März 2014 verwiesen. Der Verwaltungsgerichtshof lasse es diesbezüglich ausreichen, wenn ein anderer Bieterkreis, nämlich zumindest die antragsstellende Beschwerdeführerin, angesprochen werde. Es werde bestritten, dass die Landesinnung Wien die Zulässigkeit einer Mengenänderungsklausel von +100%/-40% bestätigt habe. Dies gehe aus dem zitierten Schreiben in keinsten Weise hervor, dieses sei fachlich nicht vollständig. Um das Leistungsmaß konkret festlegen zu können, sei neben den Flächen und Raumgruppen überdies die Festlegung der Intervalle sowie die Leistungsbeschreibung unbedingt erforderlich. Dies sei gegenständlich hinsichtlich der Mehrleistung nicht erfolgt. Neben diesen vier essentiellen Faktoren, seien darüber hinaus weitere Faktoren, wie beispielsweise Laufwege, Zugänglichkeit der zu reinigenden Flächen (Aufzüge, etc.) und der Materialien maßgeblich. Auch hierüber bestehe keine Kenntnis. Zum Vorbringen, betreffend mögliche Losverschiebungen, werde auf RZ16 der kommerziellen Ausschreibungsbedingungen verwiesen, wonach auch die Auftraggeber Mengenänderungen vornehmen können. Insofern sei das dargestellte Beispiel sehr wohl denkbar. Auch seien beispielsweise die Landespolizeidirektionen in unterschiedlichen Losen aufgeteilt, sodass auch insofern Losverschiebungen möglich seien. Wenn die Auftraggeber vorbringe, dass sich aus dem Titel der Ausschreibung Wien I ergebe, dass es sich nur um Gebäude in Wien handeln kann, so werde auf Punkt 6 der Kommerziellen Ausschreibungsbedingungen verwiesen, wonach der Erfüllungsort in ganz Österreich liegen könne. Nach dem objektiven Erklärungswert einer Ausschreibungsunterlage dürfe einem Vertragspunkt mehr Bedeutung beigemessen werden als dem Ausschreibungstitel. Zu den Ausführungen der Auftraggeberin, dass sich die Flächenänderungen im Wesentlichen aus Pensionierungen, geringfügigen Umbauten, etc. in der Regel in den bestehenden Objekten ergeben, so sei darauf hinzuweisen, dass sich das so aus der Ausschreibung nirgendwo ergebe. Die Ausschreibung spreche ausschließlich von einer Mengenänderungsklausel bezogen auf die ausgeschriebenen Quadratmeter ohne jegliche nähere Detailierung, Beschreibung oder Einschränkung. Im Übrigen würde das, selbst wenn man diese Auskunft hätte, die Kalkulation dennoch nicht ermöglichen, weil aus der Auskunft möglicher Pensionierungen kein Rückschluss auf die zu erbringenden Leistungen gemacht werden könne. Die Auskunft der Landesinnung Wien der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger sei überdies widersprüchlich, da zum einen die Objektbesichtigung für zwingend angesehen werde, zum anderen eine Hochrechnung in Unkenntnis irgendwelcher Angaben zum Objekt möglich sein soll. Zur Veränderung des Bieterkreises, werde auf den Schriftsatz vom 11. März 2014 verwiesen. Der Verwaltungsgerichtshof lasse es diesbezüglich ausreichen, wenn ein anderer Bieterkreis, nämlich zumindest die antragsstellende Beschwerdeführerin, angesprochen werde. Es werde bestritten, dass die Landesinnung Wien die Zulässigkeit einer Mengenänderungsklausel von +100%/-40% bestätigt habe. Dies gehe aus dem zitierten Schreiben in keinsten Weise hervor, dieses sei fachlich nicht vollständig. Um das Leistungsmaß konkret festlegen zu können, sei neben den Flächen und Raumgruppen überdies die Festlegung der Intervalle sowie die Leistungsbeschreibung unbedingt erforderlich. Dies sei gegenständlich hinsichtlich der Mehrleistung nicht erfolgt. Neben diesen vier essentiellen Faktoren, seien darüber hinaus weitere Faktoren, wie beispielsweise Laufwege, Zugänglichkeit der zu reinigenden Flächen (Aufzüge, etc.) und der Materialien maßgeblich. Auch hierüber bestehe keine Kenntnis. Zum Vorbringen, betreffend mögliche Losverschiebungen, werde auf RZ16 der kommerziellen Ausschreibungsbedingungen verwiesen, wonach auch die Auftraggeber Mengenänderungen vornehmen können. Insofern sei das dargestellte Beispiel sehr wohl denkbar. Auch seien beispielsweise die Landespolizeidirektionen in unterschiedlichen Losen aufgeteilt, sodass auch insofern Losverschiebungen möglich seien. Wenn die Auftraggeber

vorbringe, dass sich aus dem Titel der Ausschreibung Wien römisch eins ergebe, dass es sich nur um Gebäude in Wien handeln kann, so werde auf Punkt 6 der Kommerziellen Ausschreibungsbedingungen verwiesen, wonach der Erfüllungsort in ganz Österreich liegen könne. Nach dem objektiven Erklärungswert einer Ausschreibungsunterlage dürfe einem Vertragspunkt mehr Bedeutung beigemessen werden als dem Ausschreibungstitel. Zu den Ausführungen der Auftraggeberin, dass sich die Flächenänderungen im Wesentlichen aus Pensionierungen, geringfügigen Umbauten, etc. in der Regel in den bestehenden Objekten ergeben, so sei darauf hinzuweisen, dass sich das so aus der Ausschreibung nirgendwo ergebe. Die Ausschreibung spreche ausschließlich von einer Mengenänderungsklausel bezogen auf die ausgeschriebenen Quadratmeter ohne jegliche nähere Detaillierung, Beschreibung oder Einschränkung. Im Übrigen würde das, selbst wenn man diese Auskunft hätte, die Kalkulation dennoch nicht ermöglichen, weil aus der Auskunft möglicher Pensionierungen kein Rückschluss auf die zu erbringenden Leistungen gemacht werden könne. Die Auskunft der Landesinnung Wien der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger sei überdies widersprüchlich, da zum einen die Objektbesichtigung für zwingend angesehen werde, zum anderen eine Hochrechnung in Unkenntnis irgendwelcher Angaben zum Objekt möglich sein soll.

Die Antragstellerin legte eine Darstellung betreffend "Berechnung der SVS-Entwicklung bei Flächenreduzierungen" vor. In der Gebäudereinigung würden 2 Kalkulationssäulen bestehen: 1. Säule seien die zu erbringenden Stunden, die entscheidende Größe sei die Bildung und Festlegung von Leistungsmaßen bezüglich der einzelnen Raumgruppen. Die 2. Säule sei die Berechnung des Stundenverrechnungssatzes. Dieser beinhalte beschäftigungsabhängige und gewisse fixe (nicht beschäftigungs- und mengenabhängige) Kosten. Bei Auftragsübertragung werde logischerweise in diese Kostenarten investiert. Der Kalkulation liege dementsprechend ein fester Einheitspreis pro Raumgruppe zugrunde. Da bei einer Reduzierung des Auftrages um eine Größenordnung von bis 40% ein erheblicher Umsatzanteil entfalle, sei ein Unternehmer nicht mehr in der Lage, die bereits investierten fixen Kosten in einem Umfang von 40% des Auftrages zurückzuverdienen. Das bedeute, der Einheitspreis müsste korrigiert und angepasst werden. Deshalb sei eine Mengenänderung von mehr als 5 % im Voraus grundsätzlich nicht kalkulierbar, weil nicht bekannt sei, wie hoch sie sein werde und ein nicht fundierter Risikozuschlag dazu führen würde, dass das Angebot nicht mehr wettbewerbsgerecht sei. Deshalb werde in den Ausschreibungsrichtlinien (beispielsweise ÖNORM und VOL/A) auch nur eine 5% Toleranz festgelegt. Es gehe um die für den konkreten Auftrag angeschafften Maschinen und Geräte, Ausbildungskosten und Schulungen, die Lohnkosten für Objektleiter und beispielsweise das Qualitätssicherungssystem, Erstausrüstung von Berufskleidung und bis zu einem gewissen Anteil auch um die Mehraufstockung von Personal und damit die Erhöhung der Gemeinkosten. Wenn die Auftraggeberin meine, dass jeden Bieter dasselbe kalkulatorische Risiko mit ihrer Mengenänderungsklausel treffe, so sei diesbezüglich auch darauf hinzuweisen, dass durch unterschiedliche Risikoeinschätzung auch unvergleichbare Angebote zustande kommen würden.

Demgegenüber könne die Antragstellerin nach Ansicht der Auftraggeber die Gemeinkosten auf sehr viele kalkulierte Stunden herunterbrechen, somit ergebe sich ein niedrigerer Gemeinkostenanteil pro kalkulierter Stunde. Große Unternehmen würden über eine andere Gemeinkostenstruktur verfügen wie kleinste und Kleinunternehmen bzw nicht im Konzernrecht organisierte Unternehmen. Weiters sei anzumerken, dass aufgrund der kollektivvertraglich festgelegten Kündigungsfristen (eine Woche für das Personal) sowie der flexiblen Organisationsstruktur sich eine geringere Bedeutung der Gemeinkosten für die Antragstellerin ergebe. Unerheblich sei daher, ob eine Schwankungsbreite von 140% oder 60% festgelegt sei. Schließlich treffe jeden Bieter dasselbe kalkulatorische Risiko. Lediglich ein unkalkulierbares Risiko wäre vergaberechtswidrig, welches in der vorliegenden Konstellation bereits aufgrund der Tatsache des existenten und florierenden Wettbewerbs nicht vorliege.

Seitens der Auftraggeber wurde weiterhin bestritten, dass die ÖNORM A2060 eine geeignete Leitlinie sei, sie sei nicht branchenüblich. Daher sei es auch nicht erforderlich gewesen, Gründe für Abweichungen gesondert festzulegen. Allerdings werde festgehalten, dass sie angesichts der subsidiären Geltung der - branchenüblichen - ÖNORM D2200, welche in Punkt 5.1.1. normiere, dass die Vertragsbestimmungen der ÖNORM A2060 Vertragsbestandteil seien, vorliegend subsidiär in Geltung gesetzt worden seien - ohne Einschränkung auf Bodenbeläge. Die Auftraggeber seien daher nicht pauschal von der ÖNORM A2060 abgewichen, sondern es seien zulässigerweise in einzelnen Punkten Anpassungen in den Ausschreibungsunterlagen an die Reinigungsdienstleistungsbranche vorgenommen worden.

Die Antragstellerin bestritt dieses Vorbringen. Die Auftraggeberin weiche großflächig in allen wesentlichen Vertragspunkten von der branchenüblichen ÖNORM A2060 ab. Es gehe insbesondere um die Bestimmungen der Leistungsänderung, die Kündigungsbestimmungen, den Ausschluss der Nachteilsabgeltung gemäß § 1168 ABGB, den

Ausschluss der Irrtumsanfechtung, die Begrenzung von Vertragsstrafen und denDie Antragstellerin bestritt dieses Vorbringen. Die Auftraggeberin weiche großflächig in allen wesentlichen Vertragspunkten von der branchenüblichen ÖNORM A2060 ab. Es gehe insbesondere um die Bestimmungen der Leistungsänderung, die Kündigungsbestimmungen, den Ausschluss der Nachteilsabgeltung gemäß Paragraph 1168, ABGB, den Ausschluss der Irrtumsanfechtung, die Begrenzung von Vertragsstrafen und den

Ausschluss der Haftungsbegrenzung.

Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Festgestellter Sachverhalt:

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen, der Bezug nehmenden Beilagen und der Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie aufgrund des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung vom 14. März 2014 wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Republik Österreich, die Bundesimmobiliengesellschaft mbH sowie die Bundesbeschaffung GmbH schrieben die gegenständliche Leistung in Form eines offenen Verfahrens aus. Die Veröffentlichung der Bekanntmachung erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 5. November 2013, 2013/S 214-372425, abgesandt am 31. Oktober 2013, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 4. November 2013 zur Zahl L-537858-3a29 veröffentlicht. Ziel des Vergabeverfahrens ist der Abschluss eines Rahmenvertrags über die Erbringung von Unterhalts-, Grund-, Fenster- und Sonderreinigung ab Zuschlagserteilung bis 31. März 2019, wobei die Auftraggeber das einseitige Recht haben, durch Ziehung einer Option den Rahmenvertrag je Los einmal um zwei Jahre zu verlängern (Punkt 4.1. des Rahmenvertrags). Der Umfang der gegenständlichen Leistung untergliedert sich in 30 Lose; die Leistungsverzeichnisse und das Pflichtenheft sowie das Objektdatenblatt enthalten die konkreten Leistungsverpflichtungen des Auftragnehmers (Punkt 4.2. des Rahmenvertrags). Die Grund- und die Fensterreinigung stellen eine Option für die Auftraggeber dar. Das Ende der Frist für die Angebotsabgabe war für 18.12.2013, 10.00 Uhr, vorgesehen und wurde mit der 3. Berichtigung bis 3. Jänner 2014, 10.00 Uhr, verlängert. Der geschätzte Auftragswert beträgt - den Angaben der Auftraggeber zufolge unter Einbeziehung der potentiellen Mehrleistung von 20% - für die gesamte Laufzeit von 7 Jahren EUR 68.849.094,24. Das 48-fache des zu leistenden Monatsentgeltes beträgt EUR 37.553.887,72.

Gegen die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit sowie in eventu gegen die Ausschreibung für einzelne Lose bzw gegen einzelne Ausschreibungsfestlegungen brachte die XXXX am 10. Dezember 2014 einen Nachprüfungsantrag ein. Das Verfahren wird beim Bundesverwaltungsgericht unter der GZ W139 2000175-1 geführt. Mit Bescheid vom 19. Dezember 2013, N/0118-BVA/03/2013-7, erließ das Bundesvergabeamt eine einstweilige Verfügung, mit der den Auftraggebern für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Angebotsöffnung untersagt und der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt wurde. Gegen die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit sowie in eventu gegen die Ausschreibung für einzelne Lose bzw gegen einzelne Ausschreibungsfestlegungen brachte die römisch 40 am 10. Dezember 2014 einen Nachprüfungsantrag ein. Das Verfahren wird beim Bundesverwaltungsgericht unter der GZ W139 2000175-1 geführt. Mit Bescheid vom 19. Dezember 2013, N/0118-BVA/03/2013-7, erließ das Bundesvergabeamt eine einstweilige Verfügung, mit der den Auftraggebern für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Angebotsöffnung untersagt und der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt wurde.

Am 17. Februar 2014 nahmen die Auftraggeber eine 4. Berichtigung der gegenständlichen Ausschreibung vor. Gegen diese brachte die XXXX am 26. Februar 2014 einen weiteren Nachprüfungsantrag ein. Dieses Verfahren wird zur GZ W139 2001924-1 geführt. Am 17. Februar 2014 nahmen die Auftraggeber eine 4. Berichtigung der gegenständlichen Ausschreibung vor. Gegen diese brachte die römisch 40 am 26. Februar 2014 einen weiteren Nachprüfungsantrag ein. Dieses Verfahren wird zur GZ W139 2001924-1 geführt.

In der mündlichen Verhandlung vom 14. März 2014 wurden die Nachprüfungsverfahren W139-2000175-1 und W139-2001924-1 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

Die maßgeblichen Ausschreibungsbestimmungen in der Fassung vor der

4. Berichtigung lauten auszugsweise wie folgt:

Punkt 4.3 des Rahmenvertrags:

"4.3 Mengengerüst, Mindermengen und Mehrleistungen

(Rz 15) Die Menge der ausgeschriebenen Leistung ist grundsätzlich im Angebotsblatt bestimmt. Der Auftragnehmer hat jedoch die Pflicht, Mehr- oder Minderleistungen innerhalb einer Mengentoleranz +100 bzw -40% (bezogen auf die ausgeschriebenen m²) zu erbringen, der Auftragnehmer ist nicht berechtigt, diesem Rahmen eine Änderung der angebotenen Preise vorzunehmen und des dienen die angebotenen Preise als Grundlage für die Berechnung des Entgeltes für hinzukommende oder wegfallende Leistungen.

(Rz 16) Die Auftraggeber/die abrufenden Dienststellen haben das einseitige Gestaltungsrecht, die vertraglich vereinbarten Leistungen zu ändern bzw die Erbringung zusätzlicher Leistungen im Rahmen der oben festgelegten Mengentoleranzen wie folgt abzurufen:

Die Änderung der Zuordnung einzelner Räume zu einer Raumkategorie o.

Leistungsverzeichnis

Die Änderung der Flächen (Vermehrung oder Verminderung der zu reinigenden Fläche oder zusätzliche Einzelabrufe (Optionen) im Rahmen der Mengentoleranzen

Der Reinigungstage, der Reinigungsintervalle im Leistungszeitraum in Folge von Nutzungseinschränkungen bei geringerem Bedarf

Zusätzliche Leistungen auf Regiestundenbasis

(Rz 17) Dem Auftragnehmer stehen im Fall von Minderungen im oben beschriebenen Umfang keine auf welchem Rechtstitel auch immer beruhenden Ansprüche zu.

(Rz 18) Aufgrund von per Gesetz oder Erlass/Befehl angeordneten Änderungen der Organisation bzw. Struktur des Auftraggebers kann es zu Stilllegungen oder Verlegungen von Dienststellen des Auftraggebers kommen.

(Rz 19) In einem solchen Fall kann es zum Wegfall oder Ruhen des Bedarfs an der Erbringung von Reinigungsdienstleistungen kommen. Insofern endet die im Hinblick auf das jeweils konkrete Vertragsobjekt gegenseitige Verpflichtung zur Leistungserbringung der Vertragsparteien, ohne dass es einer gesonderten Kündigung bedarf. Dem Auftragnehmer stehen keine Ansprüche aus welchem Titel auch immer zu, insbesondere nicht auf Abnahme weiterer Leistungen oder auf Schadenersatz."

Punkt 6 des Rahmenvertrags:

"6 Erfüllungsort

(30) Erfüllungsort ist der im Objektdatenblatt bzw im jeweiligen Abruf genannte Ort - mit Bindungswirkung für den Auftragnehmer - im Bundesgebiet der Republik Österreich."

Punkt 9.1 des Rahmenvertrags:

"9.1 Entgelt für Unterhaltungs-, Grund-, Fenster- und Sonderreinigungen, Regiestunden und Mehrkosten

...

(55) Die jeweils ausgewiesenen Preise und Regiestundensätze sind bis zum Ende jenes Jahres in das der Ablauf der Angebotsfrist fällt Festpreise. Danach gilt Wertbeständigkeit des Preises als vereinbart. Die Zulässigkeit der Preisanpassung richtet sich nach den Festlegungen der unabhängigen Schiedskommission beim Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend oder einer an ihrer Stelle tretende Einrichtung für Preis- und Lohnfragen für die Sparte "Chemisches Gewerbe - Zimmer- und Gebäudereiniger", welche die Wertsicherung im Hinblick auf Preis- und Lohnfragen in der Sparte "Chemisches Gewerbe- Zimmer- und Gebäudereiniger" regelt.

..."

Unter Punkt 13.4 Rz 150 des Rahmenvertrags ist festgelegt, dass die Vertragsstrafen je Los insgesamt mit 10% der Gesamtauftragssumme festgelegt sind.

Punkt 14.3 des Rahmenvertrags:

"14.3 Ordentliche Kündigung

(Rz 164) Dieser Rahmenvertrag kann insgesamt bzw. bloß hinsichtlich einzelner Objekte und/oder Lose durch ordentliche Kündigung bzw. Teilkündigung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 6 Monaten von beiden

Vertragsteilen zum Ende eines jeden Kalendermonats per eingeschriebenen Brief aufgelöst werden. Die Auftraggeber erklären ausdrücklich, auf dieses Kündigungsrecht vor Ablauf des 1 Vertragsjahres zu verzichten. Der Auftragnehmer erklärt ausdrücklich, auf dieses Kündigungsrecht vor Ablauf von 2 Vertragsjahren zu verzichten. Für die Rechtzeitigkeit der Kündigung ist das Datum der Absendung entscheidend

(Rz 165) Für nicht abgeschlossene Leistungen gebührt dem Auftragnehmer ein anteiliges Entgelt soweit diese eine für den Auftraggeber verwertbare Teilleistung darstellen. Eine Vergütung für nicht ausgeführte Leistungsteile erfolgt nicht. § 1186 ABGB wird ausdrücklich ausgeschlossen."(Rz 165) Für nicht abgeschlossene Leistungen gebührt dem Auftragnehmer ein anteiliges Entgelt soweit diese eine für den Auftraggeber verwertbare Teilleistung darstellen. Eine Vergütung für nicht ausgeführte Leistungsteile erfolgt nicht. Paragraph 1186, ABGB wird ausdrücklich ausgeschlossen."

Punkt 7.4. der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen:

"7.4. Kalkulationsrelevante Faktoren für die Angebotserstellung

7.4.1. Der Rahmenvertrag und das Pflichtenheft

(Rz 97) Eine der wesentlichsten Grundlagen für die Erstellung des Angebotes ist der Rahmenvertrag und das Pflichtenheft. ...

7.4.2. Objektdatenblatt / Angebotsblatt

(Rz 98) Das Angebot ist gemäß den Angaben im Objektdatenblatt / Angebotsblatt und den dazugehörigen vertraglichen Bestimmungen zu kalkulieren.

7.4.3. Standardleistungsverzeichnis

(Rz 99) Das Standardleistungsverzeichnis ist die Basis für die auszuführenden Reinigungsintervalle und eine Kalkulationsparameter für die Einheitspreise der Unterhaltsreinigung.

(Rz 100) Für bestimmte Lose (Objekte) gibt es eigene Leistungsverzeichnisse. Für bestimmte Objekttypen eigenen Standardleistungsverzeichnisse (siehe dazu die Spalte Objektspezifika).

7.4.4 "Objektspezifika"

(Rz 101) Abweichungen, Ergänzungen oder zusätzliche Informationen zu den Standardleistungsverzeichnissen sind der Spalte Objektspezifika zu entnehmen. In bestimmten Fällen wird in dieser Spalte auf ein eignes Leistungsverzeichnis verwiesen. In der Spalte "Objektspezifika" werden Abänderungen, Ergänzungen, "Mehrungen und Minderungen" hinsichtlich des Reinigungsintervalls definiert, bitte achten Sie darauf, ob sich Einschränkungen/Mehrungen z.B. nur auf die Bodenreinigung beziehen (Beispiel: alle Räume Böden täglich feucht wischen) oder generell auf mehrere Elemente der Reinigung.

(Rz 102) Weiters sind auch sonstige objektspezifische Besonderheiten angeführt, die in der jeweiligen Spalten für Mehrkosten zu kalkulieren sind.

(Rz 103) Da alle diese Angaben Bestandteil des Angebotes und nach allfälliger Zuschlagserteilung des Leistungsvertrages werden, ist der Bieter verpflichtet, allfällige Unklarheiten der vergebenden Stelle innerhalb der angegebenen Frist für Bieteranfragen mitzuteilen.

7.4.5 Besichtigung von Objekten

...

7.4.5.3. Objektbesichtigungszweck und Pflicht zur Besichtigung

(Rz 106) Für das Objekt ist die Besichtigung vor Angebotslegung zwingend. Der Bieter ist verpflichtet sich an Ort und Stelle von den örtlichen und betriebsorganisatorischen Besonderheiten und Objektgegebenheiten zu überzeugen und diese neben den sonstigen Angaben im Objektdatenblatt (Angebotsblatt) seinem Angebot zugrunde zu legen. Insbesondere haben Erklärungen im Zuge der Aufklärung über die Machbarkeit von Flächenleistungen u.a. auch auf die Erkenntnisse aus der Objektbesichtigung Bezug zu nehmen.

(Rz 107) Zu diesen Besonderheiten oder Objektgegebenheiten zählen insbesondere:

Lage und Erreichbarkeit des Objektes

Bauliche Gegebenheiten, Geschosse, Gehwege, Raumaufteilung

Inventar und Überstelllichte

Besondere Ansprüche der Dienststelle an die Ausführung und die Qualität der Reinigung (...)

Betriebszeiten

Art und Qualität der Bodenbelagsarten, Reinigungsbedarf und "Pflegebedürftigkeit", Bodenfreiheit von Verkabelung (z.B. EDV)

Strom- und Wasseranschlüsse, Abflüsse für Schmutzflotten, Aufzugsanlagen, Abstellräumlichkeiten für die Reinigungshilfsmittel

Zugang und Erreichbarkeit der Bauteile für die Fensterreinigung

(Rz 108) Stellt der Bieter bei der Objektbesichtigung Besonderheiten fest, die nach seiner Meinung in den Ausschreibungsunterlagen (Objektstammdatenblatt) festgehalten werden sollen, oder werden in diesen Unterlagen Fehler, Mängel etc. festgestellt, oder hat der Bieter Bedenken gegen die vorgesehene Art der Leistungserbringung, so ist er verpflichtet, dies der vergebenden Stelle unverzüglich schriftlich bekannt zu geben.

(Rz 109) Einwendungen von Irrtum und Unkenntnis über Art, Menge und Umfang des Leistungsgegenstandes infolge unzureichender Objektbesichtigung nach Angebotsabgabe werden nicht anerkannt. Insbesondere können aus diesem Grund keine Preiserhöhungen geltend gemacht werden."

8.1. der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen:

"8.1.1 Stundensatz für Unterhaltsreinigung

(Rz 159) Der dem Angebot zugrunde gelegte kalkulierte Stundensatz für die Unterhaltsreinigung bei jedem Objekt auszuweisen und der niedrigste Stundensatz ist im Karteireiter "Sdtsatz UR" des Angebotsblattes aufzugliedern. An Hand dieser Kalkulation wird die Plausibilität des Stundensatzes, insbesondere der Lohnnebenkosten, geprüft. Der Auftraggeber wird im Zuge der Plausibilitätsprüfung ggf. auch die Offenlegung der übrigen Stundesätze verlangen.

8.1.2 Kalkulierte Stundenanzahl

(Rz 160) Die kalkulierte Stundenanzahl für die Unterhaltsreinigung pro Monat dient der Überprüfung der Plausibilität der Flächenleistung.

...

8.2.1 Nicht plausible Flächenleistung

(Rz 164) Die Plausibilität der Machbarkeit und Erfüllbarkeit der angebotenen Flächenleistung in der Unterhaltsreinigung und Grundreinigung wird von der BBG geprüft. Bei der Beurteilung wird die BBG ggf. auch Stellungnahmen externer Fachleute einholen. ...

(Rz 166) Hinweis: Im Zuge der Aufklärung hat der Bieter die Kalkulation der Flächenleistung pro Raumkategorie genau nach dem von der BBG vorgelegten Muster aufzubereiten und vorzulegen. Der Bieter darf bzw. hat in diesem Muster ausschließlich die Intervalle zur Voll- bzw. Sichtreinigung entsprechend dem Leistungsverzeichnis bzw. den Angaben in der Spalte Objektspezifika anzupassen und die Angaben zur von ihm kalkulierten Flächenleistung vorzunehmen. Die vorgelegte Kalkulation zur Flächenleistung hat den gesamten, rechnerisch durchgängigen Rechenvorgang einschließlich aller kalkulationsrelevanten Faktoren wie Flächen, Flächenleistung, Intervalle, Stundensatz, etc. zu beinhalten und muss in direkter, kalkulatorischer Beziehung zu den jeweiligen Einheitspreisen stehen.

...

(Rz 169) Weiters hat der Bieter im Zuge der Aufklärung verständlich in schriftlicher Form zu erklären, wie und mit welchen besonderen Mitteln an Chemie, Reinigungstechnik, mit welchen besonderen organisatorischen Prozessen und Maßnahmen etc. die vertraglich festgelegten Leistungen, insbesondere die Reinigung trotz der vom Bieter ggf. hohen Flächenleistungen erfüllt werden können. Dazu hat der Bieter weiters zwingend die im Zuge der Objektbesichtigung festgestellten besonderen Bedingungen und Umstände, unter denen die ggf. hohen Flächenleistungen erbracht werden können, anzuführen, sowie die sich daraus ergebende Objektanalyse mit den daraus folgenden Erklärungen für die ggf. hohe Flächenleistung vorzulegen.

...

(Rz 171) Die im Zuge der Aufklärung getroffenen Zusagen und Festlegungen des Bieters werden im Auftragsfall Vertragsbestandteil.

(Rz 172) Da das verwendete Leistungsverzeichnis eine Mischform von definierten regelmäßigen Reinigungsrythmen (Intervallreinigung) und der ergebnisorientierten Reinigung und Bedarfsreinigung darstellt, wird mangels einer Festlegung eines hinter den kollektivvertraglich festgelegten Leistungsgrenzen liegenden Leistungsverzeichnisses (Leistungsbildes) die Einhaltung der Bestimmung der Lohnvereinbarungen des Kollektivvertrages der Denkmal-Fassaden-Gebäudereiniger von der BBG nicht geprüft. ..."

Das Objektdatenblatt erfasst aufgegliedert nach den Objekten je Los die für die Kalkulation der Angebote heranzuziehenden Angaben (Punkt 7.4.2. des Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen). Dabei handelt es sich um die Flächenangaben zu den Flächenarten (Unterhaltsreinigung:

Anzahl Geschosse; Anzahl Aufzüge; Verkehrsflächen; Büro; Sitzungs- und Besprechungsräume; Bibliotheken; Festsäle, Sanitär;

Umkleideräume; Teeküchen, Speisesäle, Kantinen; Mannschaftsräume;

Unterricht; Sonderunterricht und EDV-Räume; Turn- und Sportsäle;

Werkstätten, Labore; Forschungslabore; Haustechnik; Archive, Abstellräume; Lager und Lebensmittellager; sonstige Flächen), zur Bodenbelagsstruktur (Grundreinigung: Holzböden, Parkett; Elastische Böden (PVC, Linoleum); Keramik/Stein in Sanitär;

Keramik/Steinflächen (ohne Sanitärflächen), Textile Beläge, Teppich in m²; sonstige Flächen, Restflächen (Beton, Estrich etc) sowie zur Fensterstruktur (Fensterreinigung: Anzahl der Fenster, Stocklichte insgesamt in m², zu reinigende Glasflächen insgesamt, berechnet um die Anzahl der Innen- und Aussenflächen) Anzahl der Jalousien, Sheds in m², Lichtkuppeln in m²). Hinsichtlich der Fensterreinigung wird festgehalten, dass ausschließlich die Objektbesichtigung als Basis für die Kalkulation gilt.

Die Leistungsbeschreibung ist in den betreffenden Leistungsverzeichnissen in Zusammenhalt mit dem Pflichtenheft festgelegt. Abweichungen von Standardangaben, vom Leistungsverzeichnis, Ergänzungen oder zusätzliche Informationen werden je Objekt in der Spalte Objektspezifika des Objektdatenblattes festgehalten.

Mit der 4. Berichtigung wurden die nachstehenden Änderungen der Ausschreibungsunterlagen vorgenommen:

"1.

Der Inhalt der Randziffer 172 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen wird ersatzlos gestrichen.

2.

Randziffer 15 des Rahmenvertrages lautete anstatt wie bisher:

"Die Menge der ausgeschriebenen Leistung ist grundsätzlich im Angebotsblatt bestimmt. Der Auftragnehmer hat jedoch die Pflicht, Mehr- oder Minderleistungen innerhalb einer Mengentoleranz +100 bzw -40% (bezogen auf die ausgeschriebenen m²) zu erbringen, der Auftragnehmer ist nicht berechtigt, diesem Rahmen eine Änderung der angebotenen Preise vorzunehmen und des dienen die angebotenen Preise als Grundlage für die Berechnung des Entgeltes für hinzukommende oder wegfallende Leistungen."

nunmehr wie folgt:

"Die Menge der ausgeschriebenen Leistung ist grundsätzlich im Angebotsblatt bestimmt. Der Auftragnehmer hat jedoch die Pflicht, Mehr- oder Minderleistungen innerhalb einer Mengentoleranz +20 bzw -40% (bezogen auf die ausgeschriebenen m²) zu erbringen, der Auftragnehmer ist nicht berechtigt, diesem Rahmen eine Änderung der angebotenen Preise vorzunehmen und des dienen die angebotenen Preise als Grundlage für die Berechnung des Entgeltes für hinzukommende oder wegfallende Leistungen."

3.

Randziffer 150 des Rahmenvertrages lautet anstatt wie bisher:

"Die Vertragsstrafen sind je Los insgesamt mit 10% der Gesamtauftragssumme begrenzt."

nunmehr wie folgt:

"Die Vertragsstrafen sind je Los insgesamt mit 10% der Gesamtauftragssumme begrenzt."

4. Randziffer 164 des Rahmenvertrages lautet anstatt wie bisher:

"Dieser Rahmenvertrag kann insgesamt bzw. bloß hinsichtlich einzelner Objekte und/oder Lose durch ordentliche Kündigung bzw. Teilkündigung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 6 Monaten von beiden Vertragsteilen zum Ende eines jeden Kalendermonats per eingeschriebenen Brief aufgelöst werden. Die Auftraggeber erklären ausdrücklich, auf dieses Kündigungsrecht vor Ablauf des 1. Vertragsjahres zu verzichten. Der Auftragnehmer erklärt ausdrücklich, auf dieses Kündigungsrecht vor Ablauf von 2 Vertragsjahren zu verzichten. Für die Rechtzeitigkeit der Kündigung ist das Datum der Absendung entscheidend."

nunmehr wie folgt:

"Dieser Rahmenvertrag kann insgesamt bzw. bloß hinsichtlich einzelner Objekte und/oder Lose durch ordentliche Kündigung bzw. Teilkündigung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 6 Monaten von beiden Vertragsteilen zum Ende eines jeden Kalendermonats per eingeschriebenen Brief aufgelöst werden. Die Auftraggeber und der Auftragnehmer erklären ausdrücklich, auf dieses Kündigungsrecht vor Ablauf des 2. Vertragsjahres zu verzichten. Für die Rechtzeitigkeit der Kündigung ist das Datum der Absendung entscheidend."

Das Bundesverwaltungsgericht richtete die nachstehenden Fragen an die Landesinnung Wien der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger:

In Kenntnis welcher Faktoren/Parameter müssen Unternehmer sein, um die Kalkulation von Reinigungsdienstleistungen (konkret: Unterhalts-Grund- und Fensterreinigung) nach unternehmerisch vernünftigen Gesichtspunkten durchführen zu können? Wie beeinflussen diese Faktoren die Kalkulation (Auswirkungen auf den Stundensatz und den Einheitspreis [pro m²])? Welche Relevanz haben insbesondere die Größe der zu reinigenden Fläche, die Raumkategorie, die Bodenbelagsstruktur bzw Fensterstruktur und die Reinigungsintervalle?

Welche Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang einer Objektbesichtigung zu?

Lassen sich ausgehend von der zur Reinigung ausgeschriebenen Fläche Mengenänderungen mit einer möglichen Schwankungsbreite von +100% bzw -40% (bezogen auf die ausgeschriebenen m²) nach unternehmerisch vernünftigen Gesichtspunkten bei der Kalkulation berücksichtigen (Frage nach der Bestimmtheit des Leistungsumfanges), dies insbesondere unter Berücksichtigung der Annahme, dass die zu reinigenden Objekte (im Hinblick auf die Mehrleistung) nicht bekannt bzw nicht konkret bezeichnet sind, demnach keine Angaben zu den Flächenstrukturen, Bodenbelägen etc vorliegen und eine Objektbesichtigung daher nicht vorgesehen ist (Frage nach der Bestimmtheit des Leistungsgegenstandes)?

Mit Schreiben vom 6. März 2014, welches den Parteien zur Kenntnis gebracht wurde, erteilte die Landesinnung Wien der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger folgende Auskunft:

"zu 1.: Die Unternehmer müssen Mindestangaben über Flächen, Raumnutzungen, Beschaffenheit der Böden, Anzahl und Ausgestaltung der Fenster und die Beschaffenheit der Räumlichkeiten im Detail eines jeweiligen Objekts wissen. Wir möchten aber ergänzen, dass für den "Normalfall", der täglichen Unterhaltreinigung, die Unternehmer die Flächen, die Raumnutzungen, insbesondere die Anzahl der Büros und die Anzahl der Sanitärräumlichkeiten wissen müssen. Die Informationen über Fenster sowie Böden sind ausschließlich für die wesentlich selteneren Sonderreinigungen (insbesondere Grundreinigungen) von Notwendigkeit für die Unternehmer.

zu 2.: Die Objektbesichtigung ist grundsätzlich ein ganz normaler Teil der vorbereitenden Kalkulation einer Reinigungsdienstleistung und wird grundsätzlich in den einschlägigen Ö-Normen D 2200 - D 2206 vorgeschrieben.

zu 3.: Von den in der Ausschreibung genannten Flächen können die Unternehmer hochrechnen, sofern diese die entsprechenden Angaben über Flächen und Raumnutzungen vom Auftraggeber, von der ausschreibenden Stelle erhalten. Es kann somit die Anzahl der Unterhaltsreinigungskräfte hochgerechnet werden. Genauso ist es, wenn die Leistungen verringert werden, auch hier kann der Unternehmer entsprechend die Einsatzzeiten der Unterhaltsreinigungskräfte minimieren. In diesem Zusammenhang möchten wir aber festhalten, dass eine

Objektbesichtigung unerlässlich ist, auch wenn es gewisse Flächen noch nicht gibt bzw dies noch nicht bekannt sin. Der Unternehmer kann mit seinem notwendigen Wissen über den Satus Quo der Büroarchitektur auch abschätzen, wie groß die Büroräumlichkeiten in den nächsten paar Jahren sein werden und welche Bodenbeläge in diesem Objekt - es gibt hier ja entsprechende Modebewegungen - verbaut werden."

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den eingangs angeführten Beweismitteln. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A

3.1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit der Anträge

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG sind die Republik Österreich (Bund), die Bundesimmobiliengesellschaft mbH und die Bundesbeschaffung GmbH. Diese sind öffentliche Auftraggeber iSd § 3 Abs 1 Z 1 und 2 BVergG (ua BVA vom 26. September 2013, N/0087-BVA/09/2013-29; BVA vom 14. August 2013, N/0062-BVA/10/2013-28). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG. Das Verfahren wird in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert aller Lose liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 BVergG, sodass in Übereinstimmung mit der Auskunft der Auftraggeber von einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich auszugehen ist (§ 16 Abs 2 und 4 BVergG). Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG sind die Republik Österreich (Bund), die Bundesimmobiliengesellschaft mbH und die Bundesbeschaffung GmbH. Diese sind öffentliche Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins und 2 BVergG (ua BVA vom 26. September 2013, N/0087-BVA/09/2013-29; BVA vom 14. August 2013, N/0062-BVA/10/2013-28). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG. Das Verfahren wird in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert aller Lose liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, BVergG, sodass in Übereinstimmung mit der Auskunft der Auftraggeber von einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich auszugehen ist (Paragraph 16, Absatz 2 und 4 BVergG).

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist entsprechend § 312 Abs 1 und 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit e B-VG gegeben. Die Zuständigkeit zur Weiterführung des beim Bundesvergabeamt mit Ablauf des 31. Dezember 2013 anhängigen Nachprüfungsverfahrens (ehemalige GZ N/0118-BVA/04/2013, nunmehr W130 2000175-1) ging gemäß Art 151 Abs 51 Z 8 B-VG auf das Bundesverwaltungsgericht über. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist entsprechend Paragraph 312, Absatz eins und 2 BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, B-VG gegeben. Die Zuständigkeit zur Weiterführung des beim Bundesvergabeamt mit Ablauf des 31. Dezember 2013 anhängigen Nachprüfungsverfahrens (ehemalige GZ N/0118-BVA/04/2013, nunmehr W130 2000175-1) ging gemäß Artikel 151, Absatz 51, Ziffer 8, B-VG auf das Bundesverwaltungsgericht über.

Gemäß wurde das Bundesvergabeamt mit 1. Jänner 2014 aufgelöst. Sohin ist nunmehr die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes gemäß § 291 iVm § 312 Abs 1 und 2 BVergG zur Überprüfung des Vergabeverfahrens gegeben. Gemäß wurde das Bundesvergabeamt mit 1. Jänner 2014 aufgelöst. Sohin ist nunmehr die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes gemäß Paragraph 291, in Verbindung mit Paragraph 312, Absatz eins und 2 BVergG zur Überprüfung des Vergabeverfahrens gegeben.

Da laut Stellungnahme der Auftraggeber das Vergabeverfahren weder widerrufen noch der Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG zur Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeber zuständig. Da laut Stellungnahme der Auftraggeber das Vergabeverfahren weder widerrufen noch der Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeber zuständig.

Gemäß Art 135 Abs 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 292 Abs 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten. Gemäß Artikel 135, Absatz eins, B-VG in Verbindung mit Paragraph 2, VwGVG und Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten.

Der Nachprüfungsantrag genügt den formalen Voraussetzungen nach § 322 Abs 1 BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 322 Abs 2 BVergG liegt gegenständlich nicht vor. Die Anträge richten sich einerseits gegen die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit, in eventu gegen die Ausschreibung einzelner Lose bzw gegen einzelne Ausschreibungsbestimmungen und andererseits gegen die 4. Berichtigung der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung. Dabei handelt es sich um gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG, nämlich um die Ausschreibung und sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist (VwGH vom 12. September 2013, 2010/04/0119; BVA vom 12. April 2013, N/0018-BVA/06/2013-23). Der Nachprüfungsantrag genügt den formalen Voraussetzungen nach Paragraph 322, Absatz eins, BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt gegenständlich nicht vor. Die Anträge richten sich einerseits gegen die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit, in eventu gegen die Ausschreibung einzelner Lose bzw gegen einzelne Ausschreibungsbestimmungen und andererseits gegen die 4. Berichtigung der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung. Dabei handelt es sich um gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG, nämlich um die Ausschreibung und sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist (VwGH vom 12. September 2013, 2010/04/0119; BVA vom 12. April 2013, N/0018-BVA/06/2013-23).

Entgegen der Ansicht der Auftraggeber ist die Antragstellerin hinsichtlich der Anfechtung der 4. Berichtigung iSd § 320 Abs 1 BVergG antragslegitimiert. Die Auftraggeber übersehen dabei, dass die Antragstellerin unter anderem auch vorbringt, dass die Auftraggeber einen zwingenden Widerruf durch die Berichtigung zu umgehen versuchen und es der Antragstellerin auf Basis der berichtigten Ausschreibung im Hinblick auf die Mengentoleranzklausel weiterhin nicht möglich sei, ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken ein Angebot zu legen. Insofern ist vom Vorliegen des von der Antragstellerin plausibel dargelegten drohenden Schadens, an welchem dem Grunde nach nicht zu zweifeln ist, auszugehen. Entgegen der Ansicht der Auftraggeber ist die Antragstellerin hinsichtlich der Anfechtung der 4. Berichtigung iSd Paragraph 320, Absatz eins, BVergG antragslegitimiert. Die Auftraggeber übersehen dabei, dass die Antragstellerin unter anderem auch vorbringt, dass die Auftraggeber einen zwingenden Widerruf durch die Berichtigung zu umgehen versuchen und es der Antragstellerin auf Basis der berichtigten Ausschreibung im Hinblick auf die Mengentoleranzklausel weiterhin nicht möglich sei, ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken ein Angebot zu legen. Insofern ist vom Vorliegen des von der Antragstellerin plausibel dargelegten drohenden Schadens, an welchem dem Grunde nach nicht zu zweifeln ist, auszugehen.

Vergaberechtskonforme Ausschreibungsbedingungen dienen demnach dem Schutz der Interessen der Antragstellerin vor dem Eintritt dieses Schadens, weshalb sie auch ein subjektives Recht auf Einhaltung des Vergaberechts, wie von ihr geltend gemacht, hat (so bereits BVA vom 14. Mai 2003, 06N-34/03-15). Eine Berichtigung führt, nur weil sie durch einen Nachprüfungsantrag veranlasst wurde, nicht jedenfalls zu einer Klaglosstellung. Mit der Anfechtung der Berichtigung bestreitet die Antragstellerin gerade, dass die vorgenommene Abänderung restlos in ihrem Sinne vorgenommen wurde. Im Übrigen bleiben die Auftraggeber eine nähere Begründung, weshalb die Antragstellerin etwa durch die Änderung der Schwankungsbreite der Mengentoleranz auf nunmehr 60% nicht mehr beschwert sein kann, schuldig.

3.2. Inhaltliche Beurteilung: Spruchpunkte A.I. und A.II.

Gemäß § 19 Abs 1 BVergG sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauter Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend

den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen.

Gemäß § 78 Abs 3 BVergG sind die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und - sofern nicht eine funktionale Leistungsbeschreibung gemäß § 95 Abs. 3 erfolgt - ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können. Gemäß Paragraph 78, Absatz 3, BVergG sind die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und - sofern nicht eine funktionale Leistungsbeschreibung gemäß Paragraph 95, Absatz 3, erfolgt - ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können.

Gemäß § 96 Abs 1 BVergG sind die Leistungen bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist. Eine konstruktive Leistungsbeschreibung hat technische Spezifikationen zu enthalten und ist erforderlichenfalls durch Pläne, Zeichnungen, Modelle, Proben, Muster und dergleichen zu ergänzen. Gemäß Paragraph 96, Absatz eins, BVergG sind die Leistungen bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist. Eine konstruktive Leistungsbeschreibung hat technische Spezifikationen zu enthalten und ist erforderlichenfalls durch Pläne, Zeichnungen, Modelle, Proben, Muster und dergleichen zu ergänzen.

Gemäß § 90 Abs 1 BVergG sind die Ausschreibungsunterlagen und erforderlichenfalls die Bekanntmachung zu berichtigen und die Angebotsfrist erforderlichenfalls entsprechend zu verlängern, wenn während der Angebotsfrist Änderungen erforderlich werden. Gemäß Paragraph 90, Absatz eins, BVergG sind die Ausschreibungsunterlagen und erforderlichenfalls die Bekanntmachung zu berichtigen und die Angebotsfrist erforderlichenfalls entsprechend zu verlängern, wenn während der Angebotsfrist Änderungen erforderlich werden.

Gemäß § 138 Abs 1 BVergG ist ein Vergabeverfahren vor Ablauf der Angebotsfrist zu widerrufen, wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten. Gemäß Paragraph 138, Absatz eins, BVergG ist ein Vergabeverfahren vor Ablauf der Angebotsfrist zu widerrufen, wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten.

Seitens der Antragstellerin wurden zum einen die gesamte Ausschreibung, in eventu die Ausschreibung bei einzelnen Losen bzw einzelne Ausschreibungsfestlegungen sowie zum anderen die Festlegungen der 4. Berichtigung angefochten. Systematisch ist vorrangig die 4. Berichtigung, mit der die Ausschreibung in bestimmten Punkten abgeändert, die Ausschreibung aber nicht zur Gänze neu gefasst wurde, der Prüfung zu unterziehen (VwGH vom 12. September 2013, 2010/04/0119).

Die Antragstellerin behauptet unter anderem die Rechtswidrigkeit der

4. Berichtigung bezüglich der Festlegung der Mengentoleranz von +20%/-40% (2. Berichtigungspunkt) und bringt dazu im Wesentlichen vor, dass die vorgenommene Änderung der Mengentoleranz von +100%/-40% auf +20%/-40% einerseits die Grenze einer zulässigen Berichtigung überschreite und die Auftraggeber damit einen zwingend gebotenen Widerruf umgehen würden. Andererseits sei weiterhin die Kalkulierbarkeit der Leistung angesichts der Mengentoleranzklausel von +20%/-40% nicht gewährleistet. Auch eine Schwankungsbreite von bis zu 60% stelle ein unkalkulierbares Risiko an sich dar und provoziere unvergleichbare Angebote. Darüber hinaus liege hinsichtlich der Mehrleistung von 20% nicht eine bloße Mengenänderung vor, sondern könne eine neue, wenn auch gleichartige Leistung abgerufen werden, deren Leistungsinhalte und Umstände der Antragstellerin im Zeitpunkt der Kalkulation nicht bekannt seien. Allein die Fläche für die Reinigung stelle keine taugliche Kalkulationsgrundlage für Reinigungsleistungen dar. Da die Beauftragung von zusätzlichen Mengen nicht in irgendeiner Weise beschränkt sei, insbesondere auch nicht auf bestimmte Standorte/Gebäude, sei überdies denkbar, dass die Auftraggeber die einzelnen Gebäude zwischen den Losen verschieben könnten.

Den Auftraggebern ist beizupflichten, dass im Rahmen der Anfechtung einer Berichtigung, nur Rechtswidrigkeiten, die aus dieser "sonstigen Festlegung während der Angebotsfrist", nicht aber solche, die aus mangels Anfechtung (der Ausschreibung oder vorangehender Berichtigungen) bereits präkludierten Ausschreibungsfestlegungen resultieren,

angefochten werden können (VwGH vom 12. September 2013, 2010/04/0119). Die Antragstellerin brachte aber gegenständlich bereits einen Nachprüfungsantrag gegen die gesamte Ausschreibung ein, sodass sie die Berichtigung (im Punkte der Mengenänderungsklausel) wie bereits im Zuge der Ausschreibung betreffenden Vergabekontrollverfahrens auch in Relation zur Ausschreibung bringen konnte. In diesem Zusammenhang sei auch auf die ständige Rechtsprechung verwiesen, wonach auf weitere Beschwerdegründe Bedacht zu nehmen ist, sofern sich diese im Rahmen der Beschwerdepunkte bewegen, was gegenständlich jedenfalls angesichts des geltend gemachten Rechts auf vergaberechtskonforme und nicht diskriminierende/transparenente Ausschreibungsbedingungen der Fall ist (VwGH vom 27. November, 2003/04/0069; VwGH vom 25. Jänner 2011, 2006/04/0200).

Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrolle und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der §§ 914f ABGB zu erfolgen (siehe u.a. BVA vom 18. Jänner 2008, N/0118-BVA/04/2007-36; vom 11. Jänner 2008, N/0112-BVA/14/2007-20; vom 28. Juni 2007, N/0057-BVA/11/2007-25 mwN; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe VwGH vom 19. November 2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH vom 29. März 2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso ua BVA vom 11. Jänner 2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA vom 2. Mai 2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN). Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrolle und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der Paragraphen 914 f, ABGB zu erfolgen (siehe u.a. BVA vom 18. Jänner 2008, N/0118-BVA/04/2007-36; vom 11. Jänner 2008, N/0112-BVA/14/2007-20; vom 28. Juni 2007, N/0057-BVA/11/2007-25 mwN; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe VwGH vom 19. November 2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH vom 29. März 2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso ua BVA vom 11. Jänner 2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA vom 2. Mai 2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN).

Ein Rahmenvertrag ist als "Auftrag" iSd §§ 4 bis 6 BVergG zu qualifizieren, der im Ober- wie Unterschwellenbereich nach den allgemeinen Regeln des Vergaberechts für Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge zu vergeben ist. Als beidseitig verbindlicher Leistungsvertrag mit einer Abnahmeverpflichtung des Auftraggebers zu festen Konditionen hat der Rahmenvertrag bereits alle für den Abschluss des Vertrages erforderlichen, für die kaufmännische Kalkulation wesentlichen Festlegungen zu enthalten (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 27). Demnach haben Auftraggeber auch bei der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen für einen Rahmenvertrag das Erfordernis der Vergleichbarkeit der Angebote und des Verbots der Übertragung nicht kalkulierbarer Risiken zu berücksichtigen. Grundsätzlich müssen alle für die Ausarbeitung der Angebote und die Abwicklung des Vertrages maßgebenden Umstände bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung so weit klar sein, dass die Beschreibung der Leistung genau erfolgen kann und auch die sonstigen Bestimmungen des Leistungsvertrages festgelegt werden können. Die Ausschreibung soll einen Bieter über den Inhalt des späteren Leistungsvertrages möglichst eingehend informieren (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 67 zu § 78 BVergG). Zweck einer detaillierten Leistungsbeschreibung ist es, die auf Grund der Ausschreibung einlangenden Angebote vergleichen und daraus das beste Angebot auswählen zu können. Dies setzt voraus, dass die Leistung für die Bieter kalkulierbar ist. Die Planung muss daher vor der Ausschreibung so weit abgeschlossen sein, dass Inhalt und Umfang der Leistung genau beurteilt werden können (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 74/75 zu § 96 BVergG). Ein Rahmenvertrag ist als "Auftrag" iSd Paragraphen 4 bis 6 BVergG zu qualifizieren, der im Ober- wie Unterschwellenbereich nach den allgemeinen Regeln des Vergaberechts für Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge zu vergeben ist. Als beidseitig verbindlicher Leistungsvertrag mit einer Abnahmeverpflichtung des Auftraggebers zu festen Konditionen hat der

Rahmenvertrag bereits alle für den Abschluss des Vertrages erforderlichen, für die kaufmännische Kalkulation wesentlichen Festlegungen zu enthalten (EBRV 1171 BlgNR römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 27). Demnach haben Auftraggeber auch bei der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen für einen Rahmenvertrag das Erfordernis der Vergleichbarkeit der Angebote und des Verbots der Übertragung nicht kalkulierbarer Risiken zu berücksichtigen. Grundsätzlich müssen alle für die Ausarbeitung der Angebote und die Abwicklung des Vertrages maßgebenden Umstände bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung so weit klar sein, dass die Beschreibung der Leistung genau erfolgen kann und auch die sonstigen Bestimmungen des Leistungsvertrages festgelegt werden können. Die Ausschreibung soll einen Bieter über den Inhalt des späteren Leistungsvertrages möglichst eingehend informieren (EBRV 1171 BlgNR römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 67 zu Paragraph 78, BVergG). Zweck einer detaillierten Leistungsbeschreibung ist es, die auf Grund der Ausschreibung einlangenden Angebote vergleichen und daraus das beste Angebot auswählen zu können. Dies setzt voraus, dass die Leistung für die Bieter kalkulierbar ist. Die Planung muss daher vor der Ausschreibung so weit abgeschlossen sein, dass Inhalt und Umfang der Leistung genau beurteilt werden können (EBRV 1171 BlgNR römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 74/75 zu Paragraph 96, BVergG).

Insofern halten auch Schiefer/Wiedemair (zur Rahmenvereinbarung) fest, dass die Leistungsbeschreibung und der Leistungsumfang so zu konkretisieren sind, dass die Preisgestaltung für den Bieter kein unkalkulierbares Risiko birgt. Zur Vergleichbarkeit der Angebote und deren Kalkulierbarkeit muss der Leistungsgegenstand eines Rahmenvertrags soweit wie möglich bestimmt bzw zumindest bestimmbar sein. Um die Kalkulierbarkeit von Rahmenverträgen zu gewährleisten, kann es im Einzelfall auch notwendig sein, Mengenstaffeln oder Preisanpassungs- oder Mehr- oder Minderklauseln festzulegen. Nicht ungewöhnlich ist bei Rahmenverträgen aber - im Unterschied zu sonstigen Auftragsverhältnissen-, dass das tatsächliche Volumen der Gesamtleistung bei Vertragsabschluss und die einzelnen Zeitpunkte der Abrufe aus dem Vertrag nicht endgültig feststehen müssen, zumal Rahmenverträge typischerweise bei zeitlich und quantitativ nicht genau vorhersehbarem Bedarf zum Einsatz gelangen (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 27; Schiefer/Wiedemair in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ Rz 877, 890, 893; VwGH vom 21. Jänner 2014, 2012/04/0124). Insofern halten auch Schiefer/Wiedemair (zur Rahmenvereinbarung) fest, dass die Leistungsbeschreibung und der Leistungsumfang so zu konkretisieren sind, dass die Preisgestaltung für den Bieter kein unkalkulierbares Risiko birgt. Zur Vergleichbarkeit der Angebote und deren Kalkulierbarkeit muss der Leistungsgegenstand eines Rahmenvertrags soweit wie möglich bestimmt bzw zumindest bestimmbar sein. Um die Kalkulierbarkeit von Rahmenverträgen zu gewährleisten, kann es im Einzelfall auch notwendig sein, Mengenstaffeln oder Preisanpassungs- oder Mehr- oder Minderklauseln festzulegen. Nicht ungewöhnlich ist bei Rahmenverträgen aber - im Unterschied zu sonstigen Auftragsverhältnissen-, dass das tatsächliche Volumen der Gesamtleistung bei Vertragsabschluss und die einzelnen Zeitpunkte der Abrufe aus dem Vertrag nicht endgültig feststehen müssen, zumal Rahmenverträge typischerweise bei zeitlich und quantitativ nicht genau vorhersehbarem Bedarf zum Einsatz gelangen (EBRV 1171 BlgNR römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 27; Schiefer/Wiedemair in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ Rz 877, 890, 893; VwGH vom 21. Jänner 2014, 2012/04/0124).

Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits mehrfach festgehalten, dass eine Berichtigung der Ausschreibung nur insoweit zulässig ist, als es dadurch nicht zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung kommt. Diesfalls wäre nämlich die Ausschreibung wegen Vorliegens zwingender Gründe zu widerrufen (VwGH vom 12. September 2013; 2010/04/0119; VwGH vom 29. Juni 2005, 2002/04/0180). Eine Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens, wie dies auch in Art 2 Abs 1 lit b der Richtlinie 89/665/EWG ausdrücklich vorgesehen ist, kommt dann nicht in Betracht, wenn danach kein Ausschreibungsgegenstand verbliebe, die Ausschreibung dadurch einen gänzlich anderen Inhalt bekäme oder ein anderer Bieterkreis angesprochen würde. In diesen Fällen wäre die gesamte Ausschreibung zu widerrufen (VwGH vom 22. Juni 2011, 2009/04/0128 unter Verweis auf sein Erkenntnis vom 22. April 2010, 2008/04/0077). Durch die Streichung einzelner Spezifikationen wird dann ein anderer Bieterkreises angesprochen, wenn damit zumindest die Antragstellerin, die durch Einbringen eines Nachprüfungsantrages ihr Interesse am gegenständlichen Auftrag bekundet hat, angesprochen wird (VwGH vom 6. März 2014, 2011/04/0015 ua). Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits mehrfach festgehalten, dass eine Berichtigung der Ausschreibung nur insoweit zulässig ist, als es dadurch nicht zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung kommt. Diesfalls wäre nämlich die Ausschreibung wegen Vorliegens zwingender Gründe zu widerrufen (VwGH vom 12. September 2013; 2010/04/0119; VwGH vom 29. Juni 2005, 2002/04/0180). Eine Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens, wie dies auch in Artikel 2,

Absatz eins, Litera b, der Richtlinie 89/665/EWG ausdrücklich vorgesehen ist, kommt dann nicht in Betracht, wenn danach kein Ausschreibungsgegenstand verbliebe, die Ausschreibung dadurch einen gänzlich anderen Inhalt bekäme oder ein anderer Bieterkreis angesprochen würde. In diesen Fällen wäre die gesamte Ausschreibung zu widerrufen (VwGH vom 22. Juni 2011, 2009/04/0128 unter Verweis auf sein Erkenntnis vom 22. April 2010, 2008/04/0077). Durch die Streichung einzelner Spezifikationen wird dann ein anderer Bieterkreises angesprochen, wenn damit zumindest die Antragstellerin, die durch Einbringen eines Nachprüfungsantrages ihr Interesse am gegenständlichen Auftrag bekundet hat, angesprochen wird (VwGH vom 6. März 2014, 2011/04/0015 ua).

Auftraggeberentscheidungen, die geeignet sind, den Kreis der Bewerber oder Bieter zu beeinflussen, sind jedenfalls als wesentliche Verletzungen des Vergaberechtes anzusehen. Der Auftraggeber ist - wenn er die Rechtswidrigkeit seiner Entscheidung erkennt - zum Widerruf der Ausschreibung verpflichtet (Strobl in Gast [Hrsg.], BVergG - Leitsatzkommentar, E 76 zu §§ 138, 139). Auftraggeberentscheidungen, die geeignet sind, den Kreis der Bewerber oder Bieter zu beeinflussen, sind jedenfalls als wesentliche Verletzungen des Vergaberechtes anzusehen. Der Auftraggeber ist - wenn er die Rechtswidrigkeit seiner Entscheidung erkennt - zum Widerruf der Ausschreibung verpflichtet (Strobl in Gast [Hrsg.], BVergG - Leitsatzkommentar, E 76 zu Paragraphen 138, 139.).

Übereinstimmend wird auch in der Literatur das Vorliegen einer "wesentlich anderen Ausschreibung" jedenfalls dann angenommen, wenn die Umstände eine Ausschreibungsänderung erfordern, die zu einer Änderung des potenziell in Betracht kommenden Bieterkreises führen würde und demnach nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Änderung einen wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens hätte. Die Fortführung des Vergabeverfahrens würde den Interessen der Allgemeinheit sowie der gebotenen Gleichbehandlung der Bewerber und Bieter zuwiderlaufen (Sturm in Heid/Preslmayr, Handbuch Rz 1496; Stickler/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, §§ 138, 139 Rz 10, 14). In einem solchen Fall ist der Auftraggeber zum Widerruf verpflichtet. Dieser bildet die Grenze einer Berichtigung. Die Berichtigung darf daher nicht dazu verwendet werden, einen verpflichtenden Widerruf der Ausschreibung zu umgehen (Auprich in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ Rz 1315). Übereinstimmend wird auch in der Literatur das Vorliegen einer "wesentlich anderen Ausschreibung" jedenfalls dann angenommen, wenn die Umstände eine Ausschreibungsänderung erfordern, die zu einer Änderung des potenziell in Betracht kommenden Bieterkreises führen würde und demnach nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Änderung einen wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens hätte. Die Fortführung des Vergabeverfahrens würde den Interessen der Allgemeinheit sowie der gebotenen Gleichbehandlung der Bewerber und Bieter zuwiderlaufen (Sturm in Heid/Preslmayr, Handbuch Rz 1496; Stickler/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraphen 138, 139, Rz 10, 14). In einem solchen Fall ist der Auftraggeber zum Widerruf verpflichtet. Dieser bildet die Grenze einer Berichtigung. Die Berichtigung darf daher nicht dazu verwendet werden, einen verpflichtenden Widerruf der Ausschreibung zu umgehen (Auprich in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ Rz 1315).

"Der Wortlaut des § 138 Abs 1 BVergG (vgl die Wortfolge "ist zu widerrufen") lässt dem Auftraggeber keinen Spielraum. Wenn also die Voraussetzungen vorliegen (in concreto "wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten") ist der Auftraggeber zum Widerruf verpflichtet und kann nicht - alternativ - mit einer bloßen Berichtigung nach § 90 BVergG das Vergabeverfahren fortführen" (BVA vom 24. Jänner 2014, N/0113-BVA/12/2012-27). "Der Wortlaut des Paragraph 138, Absatz eins, BVergG vergleiche die Wortfolge "ist zu widerrufen") lässt dem Auftraggeber keinen Spielraum. Wenn also die Voraussetzungen vorliegen (in concreto "wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten") ist der Auftraggeber zum Widerruf verpflichtet und kann nicht - alternativ - mit einer bloßen Berichtigung nach Paragraph 90, BVergG das Vergabeverfahren fortführen" (BVA vom 24. Jänner 2014, N/0113-BVA/12/2012-27).

Öhler/Schramm führen zu § 90 BVergG aus, dass der Begriff "inhaltlich wesentlich andere Ausschreibung" im BVergG nicht näher konkretisiert ist. Nach Ansicht der Autoren ist - dem Zweck des § 90 entsprechend, nämlich "vergebliche" Aufwendungen beim Bieter und wohl auch Auftraggeber zu verhindern - dieser Begriff eng und damit die Berichtigungsmöglichkeit weit auszulegen (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 90 Rz 4; siehe auch Stickler/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, §§ 138, 139 Rz 13). Nach Sturm sind, soweit Änderungen der Ausschreibung in zulässiger Weise im Wege einer Berichtigung erfolgen können, die die Änderung auslösenden

Umstände noch nicht als wesentlich anzusehen und sohin keine Gründe, die den Auftraggeber zu einem Widerruf des Vergabeverfahrens verpflichten. Andernfalls bliebe für die Berichtigung der Ausschreibung kein Raum, wenn der Auftraggeber bei Umständen, die zu einer Berichtigung der Ausschreibung führen können, stets zum Widerruf verpflichtet wäre (Sturm in Heid/Preslmayr, Handbuch³ Rz 1497). Öhler/Schramm führen zu Paragraph 90, BVergG aus, dass der Begriff "inhaltlich wesentlich andere Ausschreibung" im BVergG nicht näher konkretisiert ist. Nach Ansicht der Autoren ist - dem Zweck des Paragraph 90, entsprechend, nämlich "vergebliche" Aufwendungen beim Bieter und wohl auch Auftraggeber zu verhindern - dieser Begriff eng und damit die Berichtigungsmöglichkeit weit auszulegen (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraph 90, Rz 4; siehe auch Stickler/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraphen 138, 139, Rz 13). Nach Sturm sind, soweit Änderungen der Ausschreibung in zulässiger Weise im Wege einer Berichtigung erfolgen können, die die Änderung auslösenden Umstände noch nicht als wesentlich anzusehen und sohin keine Gründe, die den Auftraggeber zu einem Widerruf des Vergabeverfahrens verpflichten. Andernfalls bliebe für die Berichtigung der Ausschreibung kein Raum, wenn der Auftraggeber bei Umständen, die zu einer Berichtigung der Ausschreibung führen können, stets zum Widerruf verpflichtet wäre (Sturm in Heid/Preslmayr, Handbuch³ Rz 1497).

Die Frage, ob ein zwingender Widerrufsgrund vorliegt, ist danach zu beurteilen, ob ein besonnener Auftraggeber in der konkreten Situation die Durchführung einer Ausschreibung unterlassen oder eine inhaltlich wesentlich anders gestaltete Ausschreibung durchgeführt hätte (zum fakultativen Widerruf: VwGH vom 29. Februar 2008, 2006/04/0011; VwGH vom 29. März 2006, 2006/04/0019; Sturm in Heid/Preslmayr, Handbuch Rz 1495).

Vorauszuschicken ist, wie seitens der Parteien übereinstimmend betont bzw nicht in Abrede gestellt, dass der Kalkulation von Reinigungsdienstleistungen Angaben über die zu reinigenden Flächen und Raumnutzungen (Raumgruppen) im jeweiligen Objekt, die Reinigungsintervalle, die gewünschten Reinigungsleistungen (Leistungsverzeichnis) sowie zahlreiche objektspezifische Faktoren, wie zB die Erreichbarkeit des Objektes, Beschaffenheit der Böden, die Beschaffenheit der Räumlichkeiten im Detail, Anzahl und Ausgestaltung der Fenster, bauliche Gegebenheiten, Zugänglichkeit der zu reinigenden Flächen etc zu Grunde zu legen sind (vgl Schreiben der Landesinnung Wien der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger vom 6. März 2014; Punkt 7.4.5.3 der AAB; Objektdatenblatt; Pflichtenheft; Leistungsverzeichnisse). Demgemäß können die kalkulierten Stundensätze und angebotenen Einheitspreise bezüglich der Unterhaltsreinigung von Objekt zu Objekt voneinander abweichen (vgl Punkt 8.1.1 der AAB). Hinsichtlich der Grundreinigung hielten die Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung fest, dass die Leistung jeweils objektspezifisch zu kalkulieren sei, sodass sich auch etwa hinsichtlich der Grundreinigung von Objekt zu Objekt die angebotenen Preise von einander unterscheiden können. Vorauszuschicken ist, wie seitens der Parteien übereinstimmend betont bzw nicht in Abrede gestellt, dass der Kalkulation von Reinigungsdienstleistungen Angaben über die zu reinigenden Flächen und Raumnutzungen (Raumgruppen) im jeweiligen Objekt, die Reinigungsintervalle, die gewünschten Reinigungsleistungen (Leistungsverzeichnis) sowie zahlreiche objektspezifische Faktoren, wie zB die Erreichbarkeit des Objektes, Beschaffenheit der Böden, die Beschaffenheit der Räumlichkeiten im Detail, Anzahl und Ausgestaltung der Fenster, bauliche Gegebenheiten, Zugänglichkeit der zu reinigenden Flächen etc zu Grunde zu legen sind vergleiche Schreiben der Landesinnung Wien der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger vom 6. März 2014; Punkt 7.4.5.3 der AAB; Objektdatenblatt; Pflichtenheft; Leistungsverzeichnisse). Demgemäß können die kalkulierten Stundensätze und angebotenen Einheitspreise bezüglich der Unterhaltsreinigung von Objekt zu Objekt voneinander abweichen vergleiche Punkt 8.1.1 der AAB). Hinsichtlich der Grundreinigung hielten die Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung fest, dass die Leistung jeweils objektspezifisch zu kalkulieren sei, sodass sich auch etwa hinsichtlich der Grundreinigung von Objekt zu Objekt die angebotenen Preise von einander unterscheiden können.

In der vorliegenden Konstellation haben die Auftraggeber hinsichtlich der ausgeschriebenen Leistung (Punkt 4.1 des Rahmenvertrags) eine Verpflichtung der Auftragnehmer festgelegt, Mehr- bzw Minderleistungen im Ausmaß von plus 20% bzw minus 40% zu erbringen (Punkt 4.3. des Rahmenvertrags in der Fassung der 4. Berichtigung). Damit wurde zwar eine Mindestabnahmemenge von 60% der ausgeschriebenen Leistung festgelegt. Dies vermag allerdings nicht darüber hinweg zu täuschen, dass mit der durch die 4. Berichtigung erfolgten Festlegung einer Mengentoleranzklausel von +20%/-40%, ausschließlich bezogen auf die (je Los) ausgeschriebenen Quadratmeter, in Zusammenschau mit der Festlegung, dass die Einheitspreise für die insgesamt mögliche Laufzeit von sieben Jahren - bis auf eine Indexanpassung - unverändert bleiben sollen und dass die Mengenänderungen, abgesehen von der Möglichkeit der ordentlichen Kündigung, grundsätzlich jederzeit eintreten können, den Vorgaben des BVergG, nämlich dem Erfordernis

einer detaillierten Leistungsbeschreibung und dem Verbot der Übertragung nicht kalkulierbarer Risiken, mit dem Zweck der Vergleichbarkeit der Angebote, jedenfalls nicht entsprochen wird. Zumal der Leistungsgegenstand - wie nachfolgend zu zeigen sein wird - zumindest im Umfang der Mehrleistung von 20% nicht bzw nicht ausreichend iSd § 96 Abs 1 BVergG bestimmt und auch nicht bestimmbar ist, kann nach unternehmerisch vernünftigen Gesichtspunkten eine diese Mengendifferenz berücksichtigende Kalkulation nicht zugemutet werden. In der vorliegenden Konstellation haben die Auftraggeber hinsichtlich der ausgeschriebenen Leistung (Punkt 4.1 des Rahmenvertrags) eine Verpflichtung der Auftragnehmer festgelegt, Mehr- bzw Minderleistungen im Ausmaß von plus 20% bzw minus 40% zu erbringen (Punkt 4.3. des Rahmenvertrags in der Fassung der 4. Berichtigung). Damit wurde zwar eine Mindestabnahmemenge von 60% der ausgeschriebenen Leistung festgelegt. Dies vermag allerdings nicht darüber hinweg zu täuschen, dass mit der durch die 4. Berichtigung erfolgten Festlegung einer Mengentoleranzklausel von +20%/-40%, ausschließlich bezogen auf die (je Los) ausgeschriebenen Quadratmeter, in Zusammenschau mit der Festlegung, dass die Einheitspreise für die insgesamt mögliche Laufzeit von sieben Jahren - bis auf eine Indexanpassung - unverändert bleiben sollen und dass die Mengenänderungen, abgesehen von der Möglichkeit der ordentlichen Kündigung, grundsätzlich jederzeit eintreten können, den Vorgaben des BVergG, nämlich dem Erfordernis einer detaillierten Leistungsbeschreibung und dem Verbot der Übertragung nicht kalkulierbarer Risiken, mit dem Zweck der Vergleichbarkeit der Angebote, jedenfalls nicht entsprochen wird. Zumal der Leistungsgegenstand - wie nachfolgend zu zeigen sein wird - zumindest im Umfang der Mehrleistung von 20% nicht bzw nicht ausreichend iSd Paragraph 96, Absatz eins, BVergG bestimmt und auch nicht bestimmbar ist, kann nach unternehmerisch vernünftigen Gesichtspunkten eine diese Mengendifferenz berücksichtigende Kalkulation nicht zugemutet werden.

Wenn die Auftraggeber auf Befragen in der mündlichen Verhandlung vom 14. März 2014 ausführen, dass Flächenänderungen und daraus resultierende Mehrleistungen jedenfalls nur die bezeichneten Objekte der jeweiligen Lose betreffen würden, so ist die Antragstellerin mit ihrem Vorbringen, dass dies so in den Ausschreibungsunterlagen nicht klar und deutlich zum Ausdruck komme, im Recht. Es ist zwar zutreffend, dass im Objektdatenblatt die betreffenden Objekte je Los konkret festgelegt werden. Allerdings wird zum einen ausdrücklich bestimmt, dass sich die Mehr- bzw Minderleistungen auf die ausgeschriebenen Quadratmeter beziehen, ohne diesbezüglich einen zusätzlichen Bezug zu den Reinigungsobjekten der betreffenden Lose herzustellen. Weiters haben nicht nur die abrufenden Dienststellen sondern auch die Auftraggeber selbst das einseitige Gestaltungsrecht, Änderungen der Flächen im Rahmen der Mengentoleranzen vorzunehmen (Punkt 4.3, Rz 15 und 16 des Rahmenvertrags). Zum anderen ist als Erfüllungsort der im Objektdatenblatt bzw im jeweiligen Abruf genannte Ort - mit Bindungswirkung für den Auftragnehmer - im Bundesgebiet der Republik Österreich festgelegt (Punkt 6, Rz 30 des Rahmenvertrags). Demnach kommt aber als Erfüllungsort offenbar auch ein anderer als der im Objektdatenblatt genannte Ort in Frage.

Diesbezüglich ist auch auf die Stellungnahme der Auftraggeber vom 20. Dezember 2014 zur Regelung der Mengentoleranz zu verweisen.

Darin führten die Auftraggeber aus: "Diese Regelung wurde in die Ausschreibungsunterlage eingefügt, um eine gewisse Flexibilität der Auftraggeber zu gewährleisten. Die ausgeschriebenen, zu reinigenden Flächen betragen, wie dargestellt, in Summe knapp 620.000 m². Es liegt wohl auf der Hand, dass sich bei einer derartig hohen Anzahl an Gebäuden und Räumen Änderungen für die Auftraggeber ergeben können, die durchaus völlig außerhalb ihrer Ingerenz sind. Zur Illustration nur folgendes Beispiel: Nachdem die Dauer der Konstitution der österreichischen Bundesregierung zum Zeitpunkt der Ausschreibungsbekanntmachung unvorhersehbarer war, ist es jedenfalls sachlich gerechtfertigt, als Auftraggeber von der Prämisse sich örtlich und größenmäßig verändernder Bundesgebäude auszugehen."

Damit wird aber deutlich, dass die Auftraggeber diese Mengenänderungsklausel aufgrund der Annahme von mitunter sich nicht nur größenmäßig, sondern auch örtlich ändernden Bundesgebäuden in die Ausschreibungsunterlagen aufgenommen haben. Eine (ursprünglich) 100%ige Mehrleistung lässt sich nun aber tatsächlich mit bloß geringfügigen Umbauten eines Gebäudes, Änderungen und Auflösungen von Dienststellen, zumal letztere ja entsprechend den Festlegungen der Ausschreibung vielmehr zum Wegfall bzw Ruhen des Bedarfs (Punkt 4.3 Rz 19 des Rahmenvertrags) und demnach zu einer Minderleistung führen können, schwerlich erklären, weswegen die nunmehrige Argumentation der Auftraggeber im Rahmen der mündlichen Verhandlung nicht zu überzeugen vermag und diese als bloße Schutzbehauptung zu qualifizieren ist. Schließlich wurde die betreffende Mengenänderungsklausel auch nicht bereits nach erfolgter Konstituierung der Bundesregierung, sondern erst im Zuge des ua diese Festlegung betreffenden

Nachprüfungsverfahrens abgeändert. Abgesehen davon, haben die Auftraggeber im Zuge der mündlichen Verhandlung vorerst von sich aus bloß von der weitaus überwiegenden Zahl der Flächenänderungen im selben Objekt gesprochen.

Da sohin der gegenständlichen Ausschreibung unter Zugrundelegung des aufgezeigten Interpretationsmaßstabes nicht zweifelsfrei der Inhalt zukommt, dass eventuelle Vermehrungen der zu reinigenden Flächen auf die konkret bezeichneten Objekte beschränkt sind, ist ein Bieter mit der Unsicherheit konfrontiert, dass die verpflichtend zu erbringenden Mehrleistungen bei Angebotsausarbeitung und -legung unbekannte, nicht konkret bezeichnete und demnach auch nicht besichtigte Objekte oder Flächen betreffen können und dass insofern eine Kalkulation mangels Kenntnis sämtlicher kalkulationsrelevanten Faktoren (ausgenommen die bloße Flächengröße - arg. "bezogen auf die ausgeschriebenen m²") auf bloße Mutmaßungen zu stützen wäre. Wie die Auftraggeber aber selbst mehrfach betonen und durch Forderung einer zwingenden Objektbesichtigung bekräftigen, ist gerade die Kenntnis der objektspezifischen Parameter und Umstände der Leistungserbringung - wie bereits oben aufgezeigt - für eine seriöse Kalkulation zwingend notwendig. Dies ist vorliegend aber nicht gewährleistet. Der Leistungsgegenstand ist, zumindest soweit die Mehrleistung von 20% betroffen ist, nicht bestimmt und auch nicht ohne an Spekulation grenzende Annahmen, etwa über die baulichen Gegebenheiten, die Raumaufteilung, die Art und Qualität der Bodenbelagsarten, den Reinigungsbedarf und die "Pflegebedürftigkeit", die Bodenfreiheit von Verkabelung (z.B. EDV), Inventar und Überstelllichte, die Fensterstruktur, die Erreichbarkeit etc., bestimmbar.

Die Auftraggeber führen gestützt auf die Auskunft der Landesinnung Wien der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger vom 6. März 2014 aus, dass ein Hochrechnen im Hinblick auf die Mehrleistungen möglich sei, da man über den Status Quo der Büroarchitektur abschätzen könne, wie groß die Büroräumlichkeiten in den nächsten Jahren sein und welche Bodenbeläge in diesem Objekt verbaut werden würden. Dies setzt aber voraus, dass ausschließlich ein bereits bekanntes und auch besichtigtes Objekt betroffen ist. Dies ist aber gerade nicht der Fall. Losgelöst davon würde ein "Hochrechnen" - mit den Worten der Landesinnung Wien der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger - ein bloßes Abschätzen erfordern und damit wiederum ein Operieren mit Hypothesen, welche letzten Endes aber so nicht zutreffen müssen, zumal auch zu berücksichtigen ist, dass die Laufzeit des Vertrages bis zu sieben Jahre betragen kann. Abgesehen davon erscheint das Vorbringen, dass es sich um bloß geringfügige, keine wesentlichen Strukturänderungen verursachende Umbauten handeln würde, auch in Anbetracht der - entsprechend den Angaben der Auftraggeber - in dieser Hinsicht angestrebten Ermöglichung größtmöglicher Flexibilität und der Laufzeit von bis zu sieben Jahren nicht überzeugend. Angesichts der Bedeutung, die auch seitens der Auftraggeber einer Objektbesichtigung beigemessen wird, überzeugt es daher auch nicht, dass etwa im Falle eines Umbaus eine Besichtigung jedenfalls entbehrlich sein soll.

Es war daher die Berichtigung im Punkt der Mengenänderung (Berichtigungspunkt 2.) als rechtswidrig zu qualifizieren, da eine Preiskalkulation - mag sie auch nur einen Teil der potentiell zur Vergabe gelangenden Leistungen betreffen - wie aufgezeigt insbesondere ohne Zugrundelegung einer eindeutigen und vollständigen Leistungsbeschreibung nach unternehmerisch vernünftigen Gesichtspunkten nicht möglich ist und da damit gerade auch angesichts des Ausschlusses der Irrtumsanfechtung (Punkt 7.4.5.3. Rz 109 der AAB) eine Überwälzung von Risiken auf den Auftragnehmer verbunden ist, die nicht seiner Sphäre zuzuordnen und demnach einer Kalkulierbarkeit geradezu entzogen sind. Da die Bieter ihrer Kalkulation jeweils unterschiedliche, mitunter spekulative Annahmen zugrundlegen und letztlich einen durch Risikozuschläge verzerrten Angebotspreis kalkulieren müssten, ist vielmehr anzunehmen, dass die Vergleichbarkeit der Angebote auf Basis dieser Ausschreibungsfestlegung nicht gewährleistet ist. Bei Beibehaltung der fraglichen Mengentoleranzklausel würde die Fortführung des Verfahrens den Grundsätzen der Gleichbehandlung der Bieter zuwiderlaufen. Diese Rechtswidrigkeit ist auch gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG als wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens einzustufen, da bei rechtmäßigem Vorgehen der Auftraggeber inhaltlich andere Angebote zu erwarten wären, wobei eine bloß potentielle Relevanz für den Ausgang des Vergabeverfahrens als ausreichend angesehen wird (VwGH vom 6. März 2013, 2010/04/0037; VwGH vom 21. Dezember 2004, 2004/04/0100; VwGH vom 22. April 2009, 2009/04/0081; BVA vom 7. November 2011, N/0094-BVA/06/2011-26; BVA vom 8. Juli 2013, N/0049-BVA/10/2013-29; Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, § 325, Rz 12 mwN; Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 2048). Angesichts dieser durch bloße Auslegung der Ausschreibung gewonnenen Beurteilung war die Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht erforderlich. Es war daher die Berichtigung im Punkt der Mengenänderung (Berichtigungspunkt 2.) als

rechtswidrig zu qualifizieren, da eine Preiskalkulation - mag sie auch nur einen Teil der potentiell zur Vergabe gelangenden Leistungen betreffen - wie aufgezeigt insbesondere ohne Zugrundelegung einer eindeutigen und vollständigen Leistungsbeschreibung nach unternehmerisch vernünftigen Gesichtspunkten nicht möglich ist und da damit gerade auch angesichts des Ausschlusses der Irrtumsanfechtung (Punkt 7.4.5.3. Rz 109 der AAB) eine Überwälzung von Risiken auf den Auftragnehmer verbunden ist, die nicht seiner Sphäre zuzuordnen und demnach einer Kalkulierbarkeit geradezu entzogen sind. Da die Bieter ihrer Kalkulation jeweils unterschiedliche, mitunter spekulative Annahmen zugrundlegen und letztlich einen durch Risikozuschläge verzerrten Angebotspreis kalkulieren müssten, ist vielmehr anzunehmen, dass die Vergleichbarkeit der Angebote auf Basis dieser Ausschreibungsfestlegung nicht gewährleistet ist. Bei Beibehaltung der fraglichen Mengentoleranzklausel würde die Fortführung des Verfahrens den Grundsätzen der Gleichbehandlung der Bieter zuwiderlaufen. Diese Rechtswidrigkeit ist auch gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG als wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens einzustufen, da bei rechtmäßigem Vorgehen der Auftraggeber inhaltlich andere Angebote zu erwarten wären, wobei eine bloß potentielle Relevanz für den Ausgang des Vergabeverfahrens als ausreichend angesehen wird (VwGH vom 6. März 2013, 2010/04/0037; VwGH vom 21. Dezember 2004, 2004/04/0100; VwGH vom 22. April 2009, 2009/04/0081; BVA vom 7. November 2011, N/0094-BVA/06/2011-26; BVA vom 8. Juli 2013, N/0049-BVA/10/2013-29; Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 325,, Rz 12 mwN; Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 2048). Angesichts dieser durch bloße Auslegung der Ausschreibung gewonnenen Beurteilung war die Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht erforderlich.

Da sohin die betreffende Festlegung in Punkt 4.3. Rz 15 des Rahmenvertrags in der Fassung der 4. Berichtigung, Punkt 2. der 4. Berichtigung, für nichtig zu erklären war, gehört nunmehr wiederum die gegenständliche Festlegung in der Fassung der 3. Berichtigung dem Rechtsbestand an (vgl VwGH vom 26. April 2007, 2005/04/0222). Da sohin die betreffende Festlegung in Punkt 4.3. Rz 15 des Rahmenvertrags in der Fassung der 4. Berichtigung, Punkt 2. der 4. Berichtigung, für nichtig zu erklären war, gehört nunmehr wiederum die gegenständliche Festlegung in der Fassung der 3. Berichtigung dem Rechtsbestand an vergleiche VwGH vom 26. April 2007, 2005/04/0222).

Die obigen Ausführungen zur Mengentoleranzklausel +20%/-40% treffen noch in weit höherem Ausmaß auf die Mengentoleranzklausel +100%/-40% zu. Aufgrund der gegenständlichen Leistungsbeschreibung ist die Kalkulation der ausgeschriebenen Leistungen ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken nicht möglich. Hinsichtlich der Mehrleistungen von bis zu 100% lassen die Ausschreibungsunterlagen - wie oben dargelegt - die wesentlichen Kalkulationsgrundlagen vermissen. Darüber hinaus stellt die Kalkulierbarkeit der Preise anhand zumindest geschätzter Mengen der während der Vertragsdauer voraussichtlich oder erfahrungsgemäß anfallenden Leistungen eine wesentliche Voraussetzung seriöser Angebotserstellung dar, zumal unter dem Aspekt des wirtschaftlich günstigsten Angebotes jedenfalls der Preis zu berücksichtigen ist. Eine hinsichtlich des allfälligen Leistungsumfanges derart weitgehende Schwankungsbreite wie die gegenständliche wird diesem Erfordernis nicht gerecht und steht damit auch insofern nicht in Einklang mit § 78 Abs 3 BVergG (so bereits BVA vom 25. September 2004, 15N-69/04-21; und zur Rahmenvereinbarung BVA vom 13. April 2006; N/0009-BVA/06/2006-38). Die obigen Ausführungen zur Mengentoleranzklausel +20%/-40% treffen noch in weit höherem Ausmaß auf die Mengentoleranzklausel +100%/-40% zu. Aufgrund der gegenständlichen Leistungsbeschreibung ist die Kalkulation der ausgeschriebenen Leistungen ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken nicht möglich. Hinsichtlich der Mehrleistungen von bis zu 100% lassen die Ausschreibungsunterlagen - wie oben dargelegt - die wesentlichen Kalkulationsgrundlagen vermissen. Darüber hinaus stellt die Kalkulierbarkeit der Preise anhand zumindest geschätzter Mengen der während der Vertragsdauer voraussichtlich oder erfahrungsgemäß anfallenden Leistungen eine wesentliche Voraussetzung seriöser Angebotserstellung dar, zumal unter dem Aspekt des wirtschaftlich günstigsten Angebotes jedenfalls der Preis zu berücksichtigen ist. Eine hinsichtlich des allfälligen Leistungsumfanges derart weitgehende Schwankungsbreite wie die gegenständliche wird diesem Erfordernis nicht gerecht und steht damit auch insofern nicht in Einklang mit Paragraph 78, Absatz 3, BVergG (so bereits BVA vom 25. September 2004, 15N-69/04-21; und zur Rahmenvereinbarung BVA vom 13. April 2006; N/0009-BVA/06/2006-38).

In der vorliegenden Konstellation ist sohin eine Kalkulierbarkeit der Leistung in Anbetracht eines Leistungsabrufes innerhalb einer Bandbreite von minus 40% bis plus 100%, welche bereits für sich allein betrachtet und umso mehr aufgrund der beschriebenen Unbestimmtheit der potentiellen Mehrleistungen nicht vergaberechtskonform ist, nicht gewährleistet. Wenngleich ein Rahmenvertrag dem Auftraggeber größtmögliche Flexibilität sichern soll und insofern

nicht gesicherte Abnahmemengen zwar grundsätzlich in Kauf zu nehmen sind, so dürfen dadurch nicht einseitig sämtliche damit einhergehenden Risiken auf die Bieter überwältzt werden. Dies ist aber vorliegend der Fall, da die Bieter mit einer Bandbreite von bis zu 140% ohne allfällige Preisanpassungsmöglichkeit oder Nachteilsabgeltung bzw im maßgeblichen Umfang von bis zu 100% ohne Kenntnis kalkulationsrelevanter Informationen "rechnen" müssen. Die bekämpfte Ausschreibung bildet daher keine ausreichende Grundlage für eine nachvollziehbare und auch den allgemeinen Grundsätzen des Vergabeverfahrens entsprechende Preiskalkulation eines Bieters.

Darüber hinaus begegnet die Festlegung einer bis zu 100%igen, überdies unzureichend konkretisierten Mehrleistungsverpflichtung auch dahingehend Bedenken, als die Auftraggeber auf diese Weise angesichts der möglichen Dauer des Rahmenvertrags einen erheblichen Teil der betreffenden Reinigungsdienstleistungen für die nächsten sieben Jahre einem Wettbewerb auf Basis vergaberechtskonformer Vergabeverfahren und damit im Ergebnis der Ausschreibungspflicht entziehen könnten (siehe auch BVA vom 28. Juli 2013, N0049-BVA/10/2013-23 unter Verweis auf BVA vom 11. April 2012, N/0028-BVA/10/2012-25).

Unter Zugrundlegung der obigen Überlegungen zur Zulässigkeit einer Berichtigung geht das Bundesverwaltungsgericht im gegenständlichen Fall davon aus, dass sich die rechtswidrige Festlegung in Punkt 4.3, Rz 15 des Rahmenvertrags nicht durch eine bloße Berichtigung korrigieren lässt, zumal damit ein wesentlicher kalkulationsrelevanter Eingriff erfolgen würde und damit ein anderer Bieterkreis, nämlich zumindest die Antragstellerin, angesprochen werden könnte (siehe VwGH vom 12. September 2013, 2011/04/0115). Die genannte Festlegung kann darüber hinaus abschreckende Wirkung auf Interessenten gehabt haben und ihre Beteiligung an dem Vergabeverfahren von vorneherein verhindert haben, was gegen das Gleichbehandlungsgebot verstößt (EuGH vom 5. Oktober 2000, Kommission/Frankreich, Rs C- 16/98, Slg 2000, I-8315, Rn 109; EuGH vom 12. November 2009, Rs C-199/07, Kommission/Griechenland, Slg 2009, I-10.699, Rn 38 ff). Es kann daher zu einer Änderung des Bieterkreises kommen, was wiederum von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens sein kann (VwGH vom 6. März 2013, 2010/04/0037). Dabei genügt - wie aufgezeigt - eine potentielle Relevanz. Es ist daher gemäß § 325 Abs 1 BVergG die gesamte Ausschreibung bereits aus diesem Grunde für nichtig zu erklären. Damit bleibt aber auch keine Grundlage für die weiteren, im Rahmen der 4. Berichtigung vorgenommenen Änderungen der Ausschreibung (BVA vom 28. Juli 2013, N0049-BVA/10/2013-23). Unter Zugrundlegung der obigen Überlegungen zur Zulässigkeit einer Berichtigung geht das Bundesverwaltungsgericht im gegenständlichen Fall davon aus, dass sich die rechtswidrige Festlegung in Punkt 4.3, Rz 15 des Rahmenvertrags nicht durch eine bloße Berichtigung korrigieren lässt, zumal damit ein wesentlicher kalkulationsrelevanter Eingriff erfolgen würde und damit ein anderer Bieterkreis, nämlich zumindest die Antragstellerin, angesprochen werden könnte (siehe VwGH vom 12. September 2013, 2011/04/0115). Die genannte Festlegung kann darüber hinaus abschreckende Wirkung auf Interessenten gehabt haben und ihre Beteiligung an dem Vergabeverfahren von vorneherein verhindert haben, was gegen das Gleichbehandlungsgebot verstößt (EuGH vom 5. Oktober 2000, Kommission/Frankreich, Rs C- 16/98, Slg 2000, I-8315, Rn 109; EuGH vom 12. November 2009, Rs C-199/07, Kommission/Griechenland, Slg 2009, I-10.699, Rn 38 ff). Es kann daher zu einer Änderung des Bieterkreises kommen, was wiederum von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens sein kann (VwGH vom 6. März 2013, 2010/04/0037). Dabei genügt - wie aufgezeigt - eine potentielle Relevanz. Es ist daher gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG die gesamte Ausschreibung bereits aus diesem Grunde für nichtig zu erklären. Damit bleibt aber auch keine Grundlage für die weiteren, im Rahmen der 4. Berichtigung vorgenommenen Änderungen der Ausschreibung (BVA vom 28. Juli 2013, N0049-BVA/10/2013-23).

Da die Auftraggeber sohin zum Widerruf des Vergabeverfahrens verpflichtet gewesen wären und mit der Abänderung der Mengenänderungsklausel (um 80%!) die Grenzen einer zulässigen Berichtigung bei weitem überschritten wurde, hat die Rechtswidrigkeit der 4. Berichtigung darüber hinaus ihre Ursache auch in der Verkennung der Rechtslage der Bestimmungen der §§ 90 und 138 Abs 1 BVergG (BVA vom 24. Jänner 2014, N/0113-BVA/12/2012-27). Da die Auftraggeber sohin zum Widerruf des Vergabeverfahrens verpflichtet gewesen wären und mit der Abänderung der Mengenänderungsklausel (um 80%!) die Grenzen einer zulässigen Berichtigung bei weitem überschritten wurde, hat die Rechtswidrigkeit der 4. Berichtigung darüber hinaus ihre Ursache auch in der Verkennung der Rechtslage der Bestimmungen der Paragraphen 90 und 138 Absatz eins, BVergG (BVA vom 24. Jänner 2014, N/0113-BVA/12/2012-27).

Da die Beschlussfassung des zuständigen Senates am 14. März 2014 erfolgte, war dem Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Beschlussfassung zugrunde zu legen (VwGH vom 10. Dezember 2013, 2010/05/0145;

Hengstschläger/Leeb, AVG I [2. Ausgabe 2014] § 18 Rz 18, § 39 Rz 42, § 59 Rz 80; Hengstschläger/Leeb, AVG römisch eins [2. Ausgabe 2014] Paragraph 18, Rz 18, Paragraph 39, Rz 42, Paragraph 59, Rz 80).

3.3. Spruchpunkt A.III - Ersatz der Pauschalgebühren

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Gemäß § 319 Abs 2 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesverwaltungsgericht. Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesverwaltungsgericht.

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren in der Höhe von gesamt EUR 1.800,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag im Nachprüfungsverfahren W139 2000175-1 sowie von EUR 985,-- tatsächlich bezahlt (§ 318 Abs 1 Z 1, 4 und 5 BVergG; §§ 1 und 2 Abs 2 und § 3 BVA-GebV 2012 bzw BVA-PauschGebV Vergabe). Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren in der Höhe von gesamt EUR 1.800,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag im Nachprüfungsverfahren W139 2000175-1 sowie von EUR 985,-- tatsächlich bezahlt (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins, 4 und 5 BVergG; Paragraphen eins und 2 Absatz 2 und Paragraph 3, BVA-GebV 2012 bzw BVA-PauschGebV Vergabe).

Das Bundesvergabeamt erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Das Bundesverwaltungsgericht erklärte die 4. Berichtigung sowie die gesamte Ausschreibung im Vergabeverfahren "Reinigungsdienstleistungen Wien I 2013" antragsgemäß für nichtig. Die Auftraggeber sind daher verpflichtet, der Antragstellerin die bezahlten Pauschalgebühren zu ersetzen. Das Bundesvergabeamt erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Das Bundesverwaltungsgericht erklärte die 4. Berichtigung sowie die gesamte Ausschreibung im Vergabeverfahren "Reinigungsdienstleistungen Wien römisch eins 2013" antragsgemäß für nichtig. Die Auftraggeber sind daher verpflichtet, der Antragstellerin die bezahlten Pauschalgebühren zu ersetzen.

Zu B - Unzulässigkeit der Revision

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl zur Interpretation der Ausschreibung: Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche zur Interpretation der Ausschreibung:

ua VwGH vom 19. November 2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH vom 29. März 2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; VwGH 22. November 2011, 2006/04/0024; zur Anfechtbarkeit von Berichtigungen: VwGH vom 12. September 2013, 2010/04/0119; zu den Beschwerdepunkten: VwGH vom 27. November, 2003/04/0069; VwGH vom 25. Jänner

2011, 2006/04/0200; zur Abgrenzung zwischen Berichtigung und zwingendem Widerruf: VwGH vom 12. September 2013; 2010/04/0119; VwGH vom 29. Juni 2005, 2002/04/0180; VwGH vom 22. Juni 2011, 2009/04/0128; VwGH vom 22. April 2010, 2008/04/0077; zur Änderung des Bieterkreises: VwGH vom 6. März 2014, 2011/04/0015 ua; zur Wesentlichkeit einer Rechtswidrigkeit: VwGH vom 6. März 2013, 2010/04/0037; VwGH vom 21. Dezember 2004, 2004/04/0100; VwGH vom 22. April 2009, 2009/04/0081; zur maßgeblichen Sach- und Rechtslage: VwGH vom 10. Dezember 2013, 2010/05/0145) ab; noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Berichtigung, Berichtigung Ausschreibung, Berichtigung der Ausschreibung, Bietergleichbehandlung, Bieterkreis, drohende Schädigung, Gleichbehandlung, Kalkulation, Leistungsinhalt, Mehrleistung, Mengenänderung, Mengenänderungsklausel, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nachteil, Nichtigerklärung, Nichtigerklärung der Ausschreibung, objektiver Erklärungswert, öffentlicher Auftraggeber, Preisanpassungsklausel, Rahmenvereinbarung, Risikotragung, Vergleichbarkeit der Angebote, Widerruf, Widerruf des Vergabeverfahrens, Widerrufsgrund, zwingende Widerrufsgründe, zwingender Widerruf

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2014:W139.2001924.1.00

Zuletzt aktualisiert am

08.07.2014

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at