

TE Lvwg Erkenntnis 2018/8/21 VGW-123/072/7624/2018

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 21.08.2018

Entscheidungsdatum

21.08.2018

Index

L72009 Beschaffung Vergabe Wien

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

WVRG 2014 §2 Abs4

WVRG 2014 §26 Abs1

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1

BVergG 2006 §20 Abs2

BVergG 2006 §24 Abs1

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Maga Mandl als Vorsitzende, die Richterin Dr.in Lettner und den Richter Dr. Oppel über den Antrag der A. Gesellschaft m.b.H., vertreten Rechtsanwälte, auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsbedingungen betreffend das Vergabeverfahren der Stadt Wien – Wiener Wohnen, vertreten durch Rechtsanwälte, "Rahmenvertrag B. in den Objekten der Stadt Wien - Wiener Wohnen, Kennwort: W."

zu Recht e r k a n n t :

I. Dem Antrag der A. Gesellschaft m.b.H., die angefochtene Ausschreibung in allen Losen zur Gänze für nichtig zu erklären, wird stattgegeben. Die Ausschreibung "Rahmenvertrag B. in den Objekten der Stadt Wien - Wiener Wohnen, Kennwort: W." wird für nichtig erklärt.

II. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die Pauschalgebühren in der Höhe von 2.809,-- Euro zu Handen ihres Vertreters bei sonstiger Exekution binnen 14 Tagen zu ersetzen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

Entscheidungsgründe

Die Stadt Wien – Wiener Wohnen (in der Folge: Antragsgegnerin) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Rahmenvertrages B. in Objekten der Stadt Wien – Wiener Wohnen. Es handelt sich dabei um einen

Bauftrag aufgeteilt in 36 Lose. Die Vergabe des Auftrags soll im Preisaufschlag- und -nachlassverfahren erfolgen. Die A. Gesellschaft m.b.H. (in der Folge: Antragstellerin) bekämpft die Ausschreibung.

Sie bringt zunächst vor, dass sie ein Interesse an den ausgeschriebenen Leistungen habe, weil die Ausführung in ihrer zentralen Geschäftstätigkeit liege und sie daher ein großes Interesse an der Belieferung der Antragsgegnerin habe. Durch die aufgezeigten Rechtswidrigkeiten entstehe bzw. drohe der Antragstellerin ein Schaden, da ihre Möglichkeit, am verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren teilzunehmen, beeinträchtigt würde. Der Schaden wird im Antrag näher beziffert. Darüber hinaus entgingen der Antragstellerin durch die vorliegenden Rechtswidrigkeiten die Möglichkeit der Zuschlagserteilung und ein angemessener Gewinn.

In der Folge stellt die Antragstellerin dar, in welchen Rechten sie sich durch die angefochtene Entscheidung der Antragsgegnerin als verletzt erachtet.

Sie führt weiters aus, dass die ausgeschriebenen Leistungen laufende Adaptierungs- und Instandsetzungsarbeiten sowie Neuarbeiten kleineren Umfangs umfassten. Es handle sich dabei um unregelmäßig wiederkehrende kleine Baumaßnahmen in der Form von ...arbeiten in Objekten von Wiener Wohnen, die in der Regel zu Wohnungssanierungen erforderlich seien. Der Rahmenvertrag umfasse sämtliche für diese Baumaßnahmen erforderlichen ...leistungen.

Geplanter Vertragsbeginn sei das 4. Quartal 2018. Der Vertrag werde auf 2 Jahre abgeschlossen. In den Besonderen Vertragsbestimmungen sei festgelegt, dass die Antragsgegnerin berechtigt sei, den Rahmenvertrag mit gleichbleibenden Vertragsbestimmungen bis drei Monate vor Ablauf der Vertragslaufzeit um eine beliebige Anzahl von Monaten bis höchstens ein Jahr zu verlängern.

Die Antragsgegnerin habe mit den Ausschreibungsunterlagen eine Bezugspreiskalkulation zur Verfügung gestellt. Die Angebote seien unter Bezugnahme auf diese Bezugspreiskalkulation nach dem Preisaufschlags- und Nachlassverfahren zu erstellen.

Die Angebotsfrist ende am 20.6.2018.

Bis dato habe es drei Fragebeantwortungen gegeben. Es seien vier Berichtigungen der Ausschreibung erfolgt. Mit den ersten drei Berichtigungen sei jeweils der Schlusstermin für den Eingang der Angebote verschoben worden. Mit der vierten Berichtigung sei es zu einer inhaltlichen Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen gekommen (Leistungsverzeichnisse, Bezugspreiskalkulation, Formblätter K4, K5 und K7). Nach Ansicht der Antragstellerin sei daher die Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung notwendig, zumal in wesentlichen Punkten Berichtigungen im Leistungsverzeichnis und bei der Bezugspreiskalkulation erfolgt seien und neue Leistungspositionen hinzugefügt sowie bestehende gelöscht worden seien.

Diese Berichtigungen hätten zu einer wesentlichen Erhöhung der Angebotssummen in den einzelnen Losen und bei der Gesamtsumme geführt. Weiters sei ein Drittel aller Positionen geändert worden. Es seien 3 Positionen gelöscht worden und 17 neue Positionen hinzugefügt worden.

Eine Berichtigung der Ausschreibung sei nach der Judikatur und Literatur aber nur soweit zulässig, wie es dadurch nicht zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung komme, ansonsten die Ausschreibung zu widerrufen wäre. Im gegenständlichen Fall seien so wesentliche Änderungen erfolgt, dass nunmehr ein anderer Bieterkreis angesprochen werde. Es bestehe daher eine Pflicht zur Neuausschreibung.

Schließlich habe eine Überprüfung der Ausschreibungsunterlagen ergeben, dass nicht alle Änderungen, die im Informationsblatt angeführt seien, im Leistungsverzeichnis nachgezogen worden seien. Ebenso seien nicht alle Änderungen im Leistungsverzeichnis im Informationsblatt enthalten. Dies verletze die Verpflichtung der Antragsgegnerin, die vorgenommenen Änderungen als solche zu kennzeichnen.

Die Antragstellerin führt in der Folge aus, durch welche Festlegungen in der Ausschreibung sie sich in ihren Rechten beeinträchtigt fühlt. Das Vorbringen bezieht sich zusammengefasst auf folgende Themenbereiche:

- ? 10.2.1: Unkalkulierbarer Anfall von Bestellungen und Vorhalt von Personal
- ? 10.2.2: Unkalkulierbare Anzahl der bewohnten/unbewohnten Wohnungen
- ? 10.2.3: Bestellvolumen unklar und widersprüchlich

- ? 10.2.4: Mengenangaben in LV sind unplausibel
- ? 10.3: Unzulässige Festlegung des Preisaufschlag- und Abschlagsverfahrens
- ? 10.4: Widerspruch in Ausschreibung betreffend Leistungsübernahme
- ? 10.5: XML-Schnittstelle
- ? 10.6: Arbeitskräfteüberlasser als Subunternehmer
- ? 10.7: Unzulässige Festlegung zur (Nicht-) Bildung einer BIEGE
- ? 10.8: Unangemessen niedrige Abgeltung bei frustriertem Leistungsversuch
- ? 10.9: Nachverrechnung
- ? 10.10: Aufzeichnungspflicht
- ? 10.11: Unangemessen kurze Vorlaufzeiten
- ? 10.12: Höhe der Vertragsstrafen ist sittenwidrig
- ? 10.13: Risiko der Verzögerung bei unvollständigen Unterlagen
- ? 10.14: Unzulässige Festlegungen zu Preisänderungen bei Mengenänderung
- ? 10.15: Unzulässige Einschränkung der Nachteilsabgeltung
- ? 10.16: Unzulässige Festlegung zu den Anfragen
- ? 10.17: Unsachliche Gewichtung der Zuschlagskriterien

Mit Schriftsatz vom 23.7.2018 schränkte die Antragstellerin ihren Antrag hinsichtlich folgender Punkte ein:

- ? 10.2.1: Unkalkulierbarer Anfall von Bestellungen und Vorhalt von Personal
- ? 10.2.2: Unkalkulierbare Anzahl der bewohnten/unbewohnten Wohnungen
- ? 10.4: Widerspruch in Ausschreibung betreffend Leistungsübernahme
- ? 10.5: XML-Schnittstelle
- ? 10.6: Arbeitskräfteüberlasser als Subunternehmer
- ? 10.11: Unangemessen kurze Vorlaufzeiten
- ? 10.13: Risiko der Verzögerung bei unvollständigen Unterlagen
- ? 10.14: Unzulässige Festlegungen zu Preisänderungen bei Mengenänderung
- ? 10.15: Unzulässige Einschränkung der Nachteilsabgeltung
- ? 10.16: Unzulässige Festlegung zu den Anfragen
- ? 10.17: Unsachliche Gewichtung der Zuschlagskriterien

In der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien vom 26.7.2018 zog die Antragstellerin ihr Vorbringen zu folgenden Punkten zurück und schränkte die Anfechtung diesbezüglich weiter ein:

- ? 10.2.3: Bestellvolumen unklar und widersprüchlich
- ? 10.2.4: Mengenangaben in LV sind unplausibel
- ? 10.8: Unangemessen niedrige Abgeltung bei frustriertem Leistungsversuch
- ? 10.10: Aufzeichnungspflicht

Die Antragstellerin führte zu den von ihr aufrecht erhaltenen Antragspunkten weiters Folgendes aus:

Grafik (Dokument) nicht anonymisier- bzw. pseudonymisierbar

Die Antragstellerin beantragte auf der Grundlage der von ihr vorgebrachten Rechtswidrigkeiten der Ausschreibung, diese in allen Losen zur Gänze für nichtig zu erklären, in eventu die im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren aufgezeigten und vom Gericht als rechtswidrig erkannten Bestimmungen für nichtig zu erklären, der Antragsgegnerin

den Ersatz der Pauschalgebühren aufzuerlegen und eine mündliche Verhandlung anzuberaumen. Die Antragstellerin beantragte weiters, eine Einstweilige Verfügung zu erlassen.

Mit Beschluss des Verwaltungsgerichts Wien vom 19.6.2018, Zahl VGW-123/V/072/7625/2018-3, wurde eine Einstweilige Verfügung erlassen, mit der antragsgemäß für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Aussetzung der Angebotsfrist angeordnet und der Antragsgegnerin die Öffnung der Angebote untersagt wurde. Der Antrag auf Untersagung der Fortführung des Verfahrens wurde abgewiesen.

Der Nachprüfungsantrag wurde der Antragsgegnerin zur Kenntnis gebracht und es wurde ihr Gelegenheit gegeben, dazu eine Stellungnahme abzugeben. Die Antragsgegnerin legte den Vergabeakt vor und nahm mit Schriftsatz vom 29.6.2018 dazu, soweit der Nachprüfungsantrag noch aufrecht ist, Stellung, wie folgt:

Grafik (Dokument) nicht anonymisier- bzw. pseudonymisierbar

Mit Schriftsatz vom 23.7.2018 zog die Antragstellerin die o.a. Punkte ihres Nachprüfungsantrags zurück. Sie verwies weiters auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Wien vom 10.7.2018, Zahl VGW-123/072/5153/2018, und führte zusammengefasst aus, dass es im vorliegenden Fall, anders als im bereits entschiedenen Fall, durch die Berichtigungen zur Ergänzung und Änderung von Leistungspositionen gekommen sei. Die Ausschreibung sei daher aufgrund der weitgehenden inhaltlichen Berichtigung zwingend zu widerrufen. Sie hielt ihre Anträge aufrecht.

Mit Schriftsatz vom 24.7.2018 hielt die Antragsgegnerin ihr bisheriges Vorbringen aufrecht und verwies darauf, dass in der o.a. Entscheidung des Verwaltungsgerichts Wien sämtliche bekämpften Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen mit Ausnahme des Verbotes von Bietergemeinschaften als vergaberechtlich unbedenklich qualifiziert worden seien. Da im gegenständlichen Verfahren dieselben Festlegungen bekämpft worden seien, sei der Nachprüfungsantrag hinsichtlich dieser Festlegungen auch im vorliegenden Fall abzuweisen.

Zur Nichtzulassung von Bietergemeinschaften ergänzte die Antragsgegnerin zusammengefasst, dass dieser Festlegung nicht nur die Absicht der Antragsgegnerin, den Wettbewerb zu fördern, sondern auch deren Erfahrungen aus der Vergangenheit zu Grunde gelegen seien. Gerade bei der letzten Ausschreibung ähnlicher Leistungen hätten sich die Bieter in einer Weise zusammengeschlossen, die eine hohe Anzahl von Bietern pro Bietergemeinschaft bewirkt hätte. Die schließlich abgegebenen Angebote hätten sich so ergänzt, dass es zu keinen Überschneidungen in den Losen gekommen sei, aber auch keine Gebietseinheit ferngeblieben sei. Lediglich drei Unternehmen hätten neben den Bietergemeinschaften Angebote abgegeben.

Diese Vorgangsweise hätte zur Einleitung eines kartellrechtlichen Verfahrens geführt. Dieses sei zwar vom OGH eingestellt worden, weil die Vorwürfe unter der Bagatellgrenze gelegen seien (16 Ok 6/12), die Antragsgegnerin hätte aber in der Folge in ihre Ausschreibungen die Festlegung aufgenommen, dass Bietergemeinschaften nur auf eine bestimmte Anzahl an Mitgliedern oder gar nicht zulässig seien, um ähnliche Vorgangsweisen von Bietern zu verhindern. Hätte der OGH nach der aktuellen Rechtslage entscheiden müssen, so wäre aufgrund einer mittlerweile eingetretenen Gesetzesänderung eine Einstellung des Kartellverfahrens nicht erfolgt.

Den Bietern sei es jedenfalls möglich, sich an der Ausschreibung zu beteiligen, da die Auftragswerte niedriger seien, als beim Rahmenvertrag ... bzw. sich Kleinunternehmen bei fehlender Eignung eines Subunternehmers bedienen könnten. Die Antragstellerin hätte eine solche Vorgangsweise nicht nötig, da sie die erforderlichen Voraussetzungen ohnedies selbst erfülle. In der Folge führt die Antragsgegnerin aus, dass die Antragstellerin deshalb wegen mangelnden rechtlichen Interesses für die Anfechtung dieser Festlegung nicht antragslegitimiert sei.

Die Antragsgegnerin treffe die Pflicht, in einem offenen Verfahren die Wettbewerbsbedingungen so zu gestalten, dass zumindest fünf, in einem Verhandlungsverfahren zumindest drei Bieter ein Angebot abgeben könnten. Dies sei im vorliegenden Fall aufgrund der Art der ausgeschriebenen Leistungen und der Vielzahl geeigneter Bieter jedenfalls gegeben. Es sei auch darauf hinzuweisen, dass im vorliegenden Vergabeverfahren zahlreiche Bieter, die sich im vorangegangenen Vergabeverfahren zu Bietergemeinschaften zusammengeschlossen hätten, nunmehr einzelne Angebote abgeben müssen.

Ein weiterer Grund für das Verbot von Bietergemeinschaften sei darin gelegen, dass es in einem solchen Fall ein federführendes Unternehmen geben müsste. Aufgrund der Kleinteiligkeit der ausgeschriebenen Leistungen verblieben für dieses federführende Unternehmen gegenständlich jedoch keine Aufgaben über die, die einlangenden Kleinbestellungen auf die Mitglieder der Bietergemeinschaft aufzuteilen, hinaus. Eine koordinierte Leistungserbringung

sei gegenständlich nicht möglich bzw. nicht nötig. Die Erfahrungen aus der Vergangenheit hätten gelehrt, dass trotz Bildung einer Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft die einzelnen Aufträge nur durch ein Unternehmen und nicht durch die Mitglieder der Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft gemeinschaftlich erbracht worden seien. Alle Vorgänge im Zusammenhang mit der Abwicklung der Aufträge habe daher gegenüber den einzelnen Mitgliedern der Bietergemeinschaft erfolgen müssen, was zu einem erhöhten Arbeitsaufwand geführt habe. Diese Argumente würden belegen, dass im gegenständlichen Fall der Ausschluss von Bieter- und Arbeitsgemeinschaften vergaberechtlich zulässig sei.

Die Antragsgegnerin brachte weiters vor, dass derzeit mehrere Ausschreibungen beim Verwaltungsgericht Wien angefochten seien. Dadurch werde die Antragsgegnerin gelähmt und die Beschaffung wichtiger Leistungen blockiert. Sollte das Verwaltungsgericht Wien daher, entgegen dem Vorbringen der Antragsgegnerin, zu dem Ergebnis kommen, dass das Verbot von Bieter- und Arbeitsgemeinschaften vergaberechtswidrig sei, werde ersucht, mitzuteilen, auf wie viele Mitglieder die Bietergemeinschaften nach Ansicht des Gerichtes beschränkt werden dürften.

Im Übrigen würde durch die Streichung dieser Festlegung kein anderer Bieterkreis angesprochen, da immer die Unternehmen angesprochen würden, die im Bereich der gegenständlichen Leistungen tätig seien. Bieter, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen würden, könnten auch derzeit unter Beiziehung von Subunternehmern anbieten. Andere Bieter würden auch bei Streichung der Festlegung nicht angesprochen werden. Eine neue Ausschreibung würde daher denselben Bieterkreis ansprechen, weshalb es ausreiche, die Festlegung und nicht die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären. Damit wäre auch sicher gestellt, dass die anderen Festlegungen bestandsfest würden und eine weitere Blockierung durch allenfalls weitere Nachprüfungsanträge vermieden würde.

Verwiesen werde auch auf die Entscheidung des Verwaltungsgericht Wien vom 23.2.2018, Zahl VGW-123/062/15131/2017, wonach die Herabsetzung technischer Anforderungen im Zuge einer Berichtigung keinen Grund für einen Widerruf des Verfahrens biete, wenn die Berichtigung europaweit bekannt gemacht würde und die Angebotsfrist so verlängert werde, dass potentiell interessierte Bieter noch Angebote einbringen könnten.

Schließlich bringt die Antragsgegnerin noch vor, dass Berichtigungen mit dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag nicht angefochten worden wären. Dazu werde auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 21.1.2015, Zahl VwGH 2012/04/0015 verwiesen, wonach Berichtigungen gesondert anfechtbare Entscheidungen seien, die gegebenenfalls auch gesondert angefochten werden müssten, andernfalls sie bestandsfest würden. Gegenstand der Anfechtung sei daher im vorliegenden Fall nur die Ausschreibung unter Ausklammerung der Berichtigungen. Damit gehe das Vorbringen der Antragstellerin zu den Berichtigungen ins Leere. Die Antragsgegnerin hielt ihre Anträge aufrecht.

Aufgrund des Nachprüfungsantrags wurde am 26.7.2018 vor dem Verwaltungsgericht Wien eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Die Verhandlung hatte folgenden Verlauf:

„Die Antragsgegnerin teilt mit, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Sachverständiger beigezogen wurde.

Die Antragstellerin teilt mit, dass sie im Vergabeverfahren Bieteranfragen gestellt habe.

Die Antragsgegnerin entgegnet, dass keine inhaltlichen Fragen gestellt worden seien. Allfällige Anfragen der Antragstellerin seien im Vergabeakt ersichtlich.

Die Antragsgegnerin teilt mit, dass im Zuge der 4. Berichtigung keine Änderungen des Leistungsgegenstandes erfolgt sei. Es sei zu Anpassungen der Bezugspreiskalkulation in einzelnen Positionen entsprechend den Bieteranfragen gekommen. Weiters habe eine Präzisierung in einzelnen Positionen stattgefunden (z.B. Emissionsmessung), um den Leistungsinhalt dieser Positionen klarer zu machen. Drei Positionen seien entfallen. Es seien auch einige neue Positionen aufgenommen worden. Dabei habe es sich um Standardpositionen innerhalb einer Gruppe gehandelt (z.B. Abflussleitung Kunststoff Durchmesser 110), die in der Systematik gefehlt hätten und auf Grund der Bieteranfragen aufgefallen seien.

Es habe sich jedoch um Leistungen in denselben Gebäuden gehandelt. Auch seien keine inhaltlich neuen Leistungen dazugekommen.

Die Antragstellerin entgegnet, dass dies bestritten werde. Aus dem Infoblatt zur 4. Berichtigung sei ersichtlich, dass z.B. in der Obergruppe (OG) 2 zusätzliche Leistungen dazugekommen seien (...). Auch hätten sich die Mengen in den OG 3 und 4 geändert. Es handle sich hier nicht um geringfügige Änderungen. Dazu werde auf das Infoblatt verwiesen, aus

dem hervorgehe, dass die Kalkulationsgrundlagen in 100ten Positionen geändert worden seien. Die Ausschreibung stelle daher keine geeignete Basis für eine Kalkulation durch die Bieter dar.

Die Antragsgegnerin hält dazu fest, dass die von der Antragstellerin angezogenen Positionen in der OG 2 ursprünglich die Demontage, das Ausstemmen, die Verwertung und die Entsorgung ... umfasst hätten. Durch die Berichtigung sei das Entleeren dieser Anlagen vor den oben genannten Arbeiten dazugekommen.

Hinsichtlich des Umfanges der Änderungen der Bezugspreise handle es sich um Änderungen in einem Bereich von unter 1 % des Gesamtauftragswertes pro Los. Dabei sei zu berücksichtigen, dass nur jene Positionen für einen Vergleich herangezogen werden dürften, in denen es tatsächlich zu Leistungsänderungen gekommen sei. Nicht jedoch dürften jene Positionen herangezogen werden, in denen lediglich eine Preisanpassung stattgefunden hätte.

Die Antragstellerin bestreitet dieses Vorbringen.

Die Antragsgegnerin teilt mit, dass die 4. Berichtigung ordnungsgemäß bekannt gemacht wurde. In dieser Bekanntmachung waren die durch die Berichtigung erfolgten Änderungen zusammengefasst enthalten. Weiters war darin ein Link enthalten, der die Bieter zu den geänderten Ausschreibungsunterlagen geführt hat. Über diesen Link war auch das Informationsblatt für die Bieter zugänglich. Mit der 5. Berichtigung wurden auf Grund einer mittlerweile ergangenen Anfrage weitere 3 Positionen, die mit der 4. Berichtigung geändert wurden, den Bietern mitgeteilt. Diese waren ursprünglich zwar in den geänderten Ausschreibungsunterlagen der 4. Berichtigung aber nicht im Informationsblatt enthalten. Damit sei den formalen Voraussetzungen für die Bekanntgabe der 4. Berichtigung Rechnung getragen worden. Weiters sei in einer Anfragebeantwortung vor der 5. Berichtigung klar gestellt worden, welche Änderungen die 4. Berichtigung umfasst hat.

Die Antragstellerin entgegnet, dass die 5. Berichtigung erst nach der Einbringung des Nachprüfungsantrages erfolgt sei. Auf die Frage, welchen Umfang an Leistung bzw. Auftragswert die der Antragstellerin nicht bekannten Änderungen gehabt hätten, werde angegeben, dass es sich nicht um umfangreiche Änderungen in diesen Bereichen gehandelt habe. Die Antragstellerin hätte sich jedoch im Hinblick auf die im Infoblatt ursprünglich nicht angeführten Berichtigungen nicht darauf verlassen können, dass diese Liste vollständig sei und sie die Angaben der Antragsgegnerin ihrer Kalkulation verlässlich zugrunde legen könne.

Die Antragsgegnerin ergänzt, dass der Text der Anfragebeantwortung über die 4. Berichtigung und der Inhalt der 5. Berichtigung diesbezüglich fast ident seien.

Die Antragstellerin teilt mit, dass das Vorbringen im Nachprüfungsantrag in den Punkten 10.2.3. (Bestellvolumen unklar und widersprüchlich), 10.2.4. (Mengenangaben in den Leistungsverzeichnissen unplausibel) und 10.8. (Unangemessen niedrige Abgeltung bei frustriertem Leistungsversuch) zurückgezogen werde.

Hinsichtlich des Punktes 10.3. des Nachprüfungsantrages (Unzulässige Festlegung des Preisaufschlags- und Nachlassverfahrens) ergänzt die Antragstellerin dass das nachfolgende Vorbringen hinsichtlich einzelner Leistungspositionen unter dem Mantel des Argumentes zu sehen sei, dass die Vorgabekalkulation so beschaffen sein müsse, dass von den Bietern ein plausibler Gesamtpreis angeboten werden könne. Dies sei im vorliegenden Vergabeverfahren nicht der Fall.

Die Antragstellerin verweist auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes zur Zahl 2008/04/0077. Dort seien Anforderungen an die Vorgabekalkulation festgelegt, die gegenständlich nicht eingehalten wurden. Die Vorgabekalkulation sei nicht geeignet um auf dieser Grundlage plausible Angebote zu legen. In der Folge soll dargestellt werden, weshalb Fehler in einzelnen Positionen zwar einen geringen Anteil am Gesamtauftragswert darstellten, dennoch jedoch für die Kalkulation der Bieter relevant seien. Diese müssten nämlich in das Verhältnis zu den einzelnen Leistungsgruppen gesetzt werden auf die Aufschläge bzw. Nachlässe angeboten werden dürften.

Gegenständlich seien 36 Lose ausgeschrieben. Jeder Bieter dürfe zwei Lose zugeschlagen erhalten. Für die Antragstellerin seien insbesondere die ihren Betrieb benachbarten Lose 30, 32 und 35 interessant. Wenn für diese Lose unter den gleichen kalkulatorischen Voraussetzungen ein Angebot kalkuliert werde, so ergeben sich unter Berücksichtigung der Vorgabekalkulation für dieselben Materialien unterschiedliche Preise in den einzelnen Losen, die zu unterschiedlichen Aufschlägen bzw. Nachlässen in den Angeboten für die Lose führen müssten. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb das Material in verschiedenen Losen unterschiedlich teuer sei. Diese Vorgangsweise der Antragsgegnerin sei nicht plausibel. Diese Argumentation treffe auch auf den Lohn zu.

Vorgelegt wird eine Zusammenfassung zu den oben genannten Losen (Beilage ./1). Diese Zusammenfassung wird auch der Antragsgegnerin zur Einsicht übergeben.

Die Antragstellerin wird gefragt, weshalb sie diese Unterlagen und diese Argumentation nicht bereits zuvor im Nachprüfungsverfahren vorgebracht hat. Sie antwortet darauf, dass die Argumentation sehr wohl bereits in ihrem Vorbringen enthalten sei. Gegenständlich handle es sich lediglich um Ergänzungen durch ein weiteres Beispiel. Dies sei der Antragstellerin im Hinblick auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes zu den Elektrikerleistungen als sinnvoll erschienen.

Die Antragsgegnerin fragt, ob die Antragstellerin eine Rückrechnung der Vorgabepreise durchgeführt habe. Dies wird von der Antragstellerin erneuert. Die Antragstellerin führt aus, dass hinsichtlich verschiedener Lose bei Rückrechnung ihrer Kalkulation unter Berücksichtigung der von ihr auf Grund ihrer Kalkulation ermittelten Aufschläge und Nachlässe sich unterschiedliche Preise für Material bzw. Lohn ergeben. Sie führt dies darauf zurück, dass die Bieter die Vorgabekalkulation hinsichtlich einzelner Positionen korrigieren könnten (dies sei im Hinblick auf die nach Ansicht der Antragstellerin teilweise fehlerhaften Leistungsansätze auch erforderlich), Aufschläge und Nachlässe jedoch nur auf OG aufgeteilt in Material und Lohn angeboten werden könnten. Aus diesem Grund sei es auch so wichtig, dass die in der Vorgabekalkulation angegebenen Mengen korrekt und verlässlich seien.

Die Antragsgegnerin weist darauf hin, dass in einzelnen Losen unterschiedliche Mengen auftreten könnten. Dies sei insbesondere auf die in jedem Los vorhandenen Gebäude zurückzuführen. Die Vorgabepreise seien selbstverständlich in jedem Los dieselben.

Die Antragstellerin hält abschließend fest, dass, wie die Systematik des Preisauf- und -abschlagsverfahrens vorsehe, jede Position von den Bietern selbst kalkuliert werde. Die Bieter müssten in den einzelnen Positionen die Preise nach ihren eigenen Bedingungen kalkulieren und gegenüber der Vorgabekalkulation Auf- oder Abschläge vorsehen. Dabei sei die aus der Vorgabekalkulation ersichtliche Menge zugrunde zu legen.

Sodann seien die Preise der OG zu ermitteln und der Vorgabekalkulation gegenüberzustellen. Erst in diesem Bereich könnten Aufschläge bzw. Nachlässe angeboten werden, was hinsichtlich der einzelnen Positionen naturgemäß zu Unschärfen führe. Da der Aufschlag bzw. Nachlass auf sämtliche Positionen einer OG angeboten werden müsse, unabhängig davon wie die Preise in den einzelnen Positionen aussähen, könne es in dem Fall, dass die in der Vorgabekalkulation vorgegebenen Mengen nicht oder nicht zur Gänze abgerufen würden zu unzumutbaren kalkulatorischen Risiken für die Bieter kommen.

Zur Untermauerung dieses Argumentes habe die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag die diversen Unrichtigkeiten der Vorgabekalkulation ausgeführt, auf die in der Folge nicht mehr näher eingegangen werden müsse. Selbst wenn nur einige dieser Unrichtigkeiten zuträfen seien die in der Vorgabekalkulation dargestellten Mengen so ungenau bzw. unrichtig, dass die Bieter ihre Kalkulation nicht darauf stützen könnten. Dies treffe auch auf die im Nachprüfungsantrag dargestellten nach Ansicht der Antragstellerin fehlerhaften Leistungsansätze zu.

Die Antragstellerin verweist auf ihr Vorbringen Diesbezüglich sei aus ihrer Sicht ein Abschlag von 300 – 400 % erforderlich. Dies sei dann kein Problem, wenn es nur um ... ginge, bei Hochrechnung des Abschlags auf die gesamte OG vervielfache sich der Betrag jedoch.

Aus dem Senat wird der Antragstellerin gefragt, ob die von ihm soeben ausgeführte kalkulatorische „Schieflage“ bei wesentlichen Änderungen von vorgesehenem Material tatsächlich mit den vorgebrachten Fehlern in der Vorgabekalkulation zusammenhängt oder bereits immer dann auftritt, wenn in der Vorgabekalkulation vorgesehene Materialkosten von den Materialkosten des jeweiligen Bieters abweichen.

Der Antragstellerin antwortet darauf, dass sich diese kalkulatorische Schieflage aus den Fehlern der Vorgabekalkulation ergeben würde. Durch diese Fehler würden Divergenzen in den Materialkosten zwischen der Vorgabekalkulation und der Kalkulation des Bieters entstehen. Diese könne der Bieter nur durch Zu- und Abschläge auf Leistungsgruppenebene ausgleichen. Wird das betreffende Material in wesentlich geringerem oder wesentlich höherem Ausmaß gebraucht, dann würde die Kalkulation nicht stimmen.

(...)

Die Antragsgegnerin bestreitet dieses Vorbringen und verweist auf ihre Schriftsätze.

Zum Vorbringen der Antragstellerin dass K7 und K3 Blätter hinsichtlich des Mittellohnes nicht übereinstimmen würden, fasst die Vertreterin der Antragstellerin ihre Argumentation nochmals zusammen und verweist auf ihr schriftliches Vorbringen.

Die Antragsgegnerin bringt dazu vor, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren ein K3-Blatt für den Mittellohnpreis (Kollektivvertrag Eisen- und Metallgewerbe, KV-Gruppen 3 und 6) im Vergabeakt liegt. Dieser Mittellohn wurde für eine Partie aus Arbeitern der KV-Gruppen 3 und 6 kalkuliert. Des Weiteren gibt es jeweils ein K3-Blatt für den Regielohnpreis der KV-Gruppe 3 und 6. Verwiesen wird auf die Anfragebeantwortung, wonach in dem im K7-Blatt ersichtlichen Lohnbeträgen teilweise auch Materialpreise mitberücksichtigt worden seien. Dies sei auf Grund der Begutachtung durch den der Ausschreibung beigezogenen Sachverständigen erfolgt. Auf Grund der diesbezüglichen Bieteranfragen wurde das K5-Blatt erstellt, aus dem die Zusammensetzung ersichtlich ist. Es sei daher auch für den Bieter nachvollziehbar gewesen, welche Beträge die Antragsgegnerin in ihrer Vorgabekalkulation berücksichtigt habe. Es werde nochmals darauf hingewiesen, dass die Bieter ihre Preise selbst zu kalkulieren haben.

Punkt 10.7. des Nachprüfungsantrages bleibt aufrecht.

Punkt 10.9. des Nachprüfungsantrages (Nachverrechnung) wird aufrechterhalten. Die Antragstellerin bringt dazu ergänzend vor, dass für sie aus dieser von der Antragsgegnerin vorgesehenen Regelung ein Widerspruch hervorgehe. Dies auch dann, wenn die Regelung für die Antragstellerin nicht nachteilig sei.

Punkt 10.10. des Nachprüfungsantrages (Aufzeichnungspflicht) wird zurückgezogen.

Punkt 10.12. des Nachprüfungsantrages (Vertragsstrafen) bleibt aufrecht.

Die Antragstellerin bringt zur Stellungnahme vom 24.07.2018 der Antragsgegnerin vor, dass auf das Urteil des EuGH zur Zahl C376/08 Serantoni verwiesen werde. Dort werde festgehalten, dass ein absolutes Verbot einer Mehrfachbeteiligung rechtswidrig sei. Die Bekämpfung eines potentiell kollusiven Verhaltens der Bieter rechtfertige den Ausschluss nicht und sei überschießend. Es würde nämlich auch die Bieter ausgeschlossen, die rechtschaffen seien und gerne in einer BIEGE anbieten würden.

Im Übrigen würde der Ausschluss der Bietergemeinschaften den Wettbewerb nicht fördern, da die Bieter, die nur im Rahmen einer Bietergemeinschaft anbieten könnten ausgeschlossen würden.

Zum Argument der Antragsgegnerin, dass gegenständlich nur Kleinstaufträge ausgeschrieben seien, die auch von Kleinstunternehmern erfüllt werden könnten, verweist die Antragstellerin auf die Auftragswerte pro Los. Nach Schätzung der Antragstellerin müssten Unternehmer 10 Mitarbeiter pro Los für die Erfüllung der ausgeschriebenen Leistung abstellen. Alle Unternehmen, die diese Mitarbeiter nicht hätten, wären somit vom Vergabeverfahren ausgeschlossen, wenn sie keine Bietergemeinschaft bilden dürften.

Hinsichtlich einer potentiellen abschreckenden Wirkung durch die Gestaltung der Ausschreibung werde auf die Ausführungen RPA 2014/204, Heft 4 (BVwG 08.04.2014, W139 2000/175-1/44E) verwiesen.

Der Hinweis der Antragsgegnerin darauf, dass in der Vergangenheit in der Mehrheit Bietergemeinschaften angeboten hätten, stelle ein Zeichen dafür dar, dass die in der Ausschreibung aufgestellten Bedingungen insbesondere im Hinblick auf die erforderliche Personalbereitstellung und die Einhaltung der dort festgelegten Fristen nur durch Bietergemeinschaften erfüllt werden könnten. Die Zulassung von Bietergemeinschaften sei daher erforderlich.

Zu den kartellrechtlichen Bedenken der Antragsgegnerin werde auf die Materialien § 2 Kartellgesetz, verwiesen, wonach die Bildung von Bietergemeinschaften dann zulässig sein, wenn die Gründe dafür objektiv nachvollziehbar seien. Daraus ergebe sich, dass die Bildung einer Bietergemeinschaft wettbewerbserschließend und nicht wettbewerbsbeschränkend sei.

Die Antragsgegnerin hält dem entgegen, dass die Antragstellerin durch die angefochtene Bestimmung nicht beschwert sei, da sie 25 Mitarbeiter habe und damit selbst nach ihrem eigenen Vorbringen den gegenständlichen Auftrag jedenfalls erfüllen könne. Im Übrigen sei auch die Beiziehung von Subunternehmern möglich.

Ebenso treffe das Argument, die Bieter würden sich im Hinblick auf die Auftragssumme in eine Abhängigkeit zur Antragsgegnerin begeben, nicht zu. Diesbezüglich werde auf die europarechtlichen und österreichischen Rechtsvorschriften verwiesen, wonach das Verhältnis zwischen Unternehmensumsatz und Auftragswert auf 2:1 reduziert worden sei.

Schließlich sei die Entscheidung des EuGH zur Zahl C376/08 nicht einschlägig, da die Antragsgegnerin im vorliegenden Fall keine Prävention von kollusiven Verhalten bewirken hätte wollen, sondern den Bietermarkt verantwortungsvoll formen müsse. Dies insbesondere im Hinblick auf die in der letzten Stellungnahme der Antragsgegnerin angeführten Beispiele aus der Vergangenheit. Aus diesen Beispielen ergebe sich, dass eine Ausschreibung ohne Einschränkungen größten Schwierigkeiten begegnet sei.

Die Antragsgegnerin sei verpflichtet ihre Ausschreibung so zu gestalten, dass zumindest 5 Bieter am Markt anbieten könnten. Diese Zahl werde im vorliegenden Fall wesentlich überschritten.

Die Antragstellerin entgegnet, dass sich ein Unternehmer, der seine 10 Mitarbeiter ausschließlich für die Erbringungen des gegenständlichen Auftrages einsetzen würde, sich in eine Abhängigkeit zu diesem Auftraggeber begeben würde, die unternehmerisch unklug sein würde. Weiters werde darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin zwar 25 Mitarbeiter habe. Bei dem obigen Vorbringen, wonach für die Erbringung der Leistungen 10 Mitarbeiter erforderlich seien, sei auf Monteure abgestellt worden. Nicht davon umfasst seien Innendienstmitarbeiter. Im Übrigen erbringe die Antragstellerin sowohl ... als auch ...leistungen, sodass sie für die Erbringung des gegenständlichen Auftrages nicht alle Mitarbeiter zur Verfügung stehen würde.

Aus Frage aus dem Senat teilt der Antragstellerin mit, dass er über 6 Facharbeiter für ...arbeiten verfüge.

Die Antragsgegnerin ergänzt, dass gegenständlich kein absolutes Verbot einer Mehrfachbeteiligung vorliege und verweist dazu auf die Zulässigkeit von bzw. Mehrfachbeteiligung als Subunternehmer. Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass für die Erbringung der gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen nicht ausschließlich Facharbeiter erforderlich sind.

Die Antragstellerin gibt bekannt, dass sie derzeit über 7 Hilfsarbeiter und jeweils einen Lehrling für ...- und ...arbeiten verfüge.

Die Antragsgegnerin führt ergänzend aus, dass es bei der Frage, ob ein Ausschluss von Bietergemeinschaften zulässig sei, nicht nur auf die Anzahl der potentiellen Bieter ankomme. Vielmehr müsse eine sachliche Rechtfertigung dieses Ausschlusses vorliegen. Diese sei im vorliegenden Fall durch die Vorgeschichte, die im letzten Schriftsatz der Antragsgegnerin dargestellt ist, gegeben. Bei Einzelfallbetrachtung sei im vorliegenden Fall daher jedenfalls der Ausschluss von Bietergemeinschaften gerechtfertigt.“

Aufgrund des vorgelegten Vergabeaktes, der Schriftsätze der Parteien und des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung steht folgender Sachverhalt als erwiesen fest:

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages (36 Lose) im Oberschwellerbereich. Die Angebote sind nach dem Preisaufschlags- und Nachlassverfahren zu erstellen. Die Ausschreibungsunterlagen wurden unter Beiziehung eines einschlägigen Sachverständigen erstellt.

Mit dem Antrag wird eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006 bekämpft. Die Beibringung der Pauschalgebühren ist nachgewiesen. Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Vertragsabschluss und den allenfalls drohenden Schaden bei Nichterlangung des gegenständlichen Auftrages plausibel dargelegt. Der Antrag ist rechtzeitig.

Ausgeschrieben sind ...leistungen. Es handelt sich gegenständlich um einen Rahmenvertrag für die Erbringung von unregelmäßig wiederkehrenden kleinen Baumaßnahmen in den von der Antragsgegnerin verwalteten Wohnhausanlagen laut der in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Wohnhäuserliste an verschiedenen Standorten in ganz Wien. Der Auftrag umfasst einerseits Instandsetzungsarbeiten im Zuge von Wohnungsanierungen (z.B. bei einem Mieterwechsel) und andererseits Störungsbehebungen (z.B. nach Schäden). Art und Qualität der Leistungen ist durch das Leistungsverzeichnis eindeutig festgelegt, die Leistungen sind an verschiedenen Örtlichkeiten und zu verschiedenen Zeiten in unterschiedlichem Ausmaß zu erbringen. Der Umsatz eines Einzelabrufes bewegt sich laut Punkt 1.1. BVR zwischen 1.000,-- und 5.000,-- Euro. Der Kalkulation ist eine mittlere Wohnungsgröße von 40 m² bis 60 m² zu Grunde zu legen. Höchster möglicher Auftragswert ist 15.000,-- Euro (Punkt 2.1. BVR).

Der Vertrag soll für zwei Jahre abgeschlossen werden. Die Antragsgegnerin hat gemäß Punkt 9 der Besonderen Vertragsbestimmungen für den Rahmenvertrag B. (BVR) die Möglichkeit, den Rahmenvertrag bei gleichbleibenden Vertragsbestimmungen einseitig um eine beliebige Anzahl von Monaten bis höchstens ein Jahr zu verlängern. Von

diesem Recht muss die Antragsgegnerin bis spätestens drei Monate vor Ablauf der Vertragslaufzeit Gebrauch machen. Ein Bieter kann den Zuschlag nur in maximal zwei Losen bekommen, wobei dann, wenn ein Bieter in mehreren Losen Bestbieter ist, auf eine von den Bietern mit ihrem Angebot abzugebende Präferenzreihung zurückzugreifen ist.

Die Ausschreibungsunterlagen bestehen laut dem dem Vergabeakt angeschlossenen Verzeichnis aus folgenden Teilen:

1 MD BD-SR 75 Formblatt Angebot mit Beilagen

2 Präferenzreihung

3 Zuschlagskriterium „Verlängerung der Gewährleistungsfrist“

4 Ausschreibung – Kurzleistungsverzeichnisse Los 01 bis Los 24

5 Ausschreibung – Langtextleistungsverzeichnis

6 Teilangebots- Schlussblatt händisch

7 Teilangebots- Schlussblatt elektronisch

8 Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge

9 Besondere Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge (BVR)

10 Muster Abrechnungsschema

11 Bezugspreiskalkulation mit K-Blättern (K3MLP, K3RFA, K3RANmZA, K4, K7)

12 Muster Massenmeldung

13 Ausfüllhilfe für Massenmeldung

14 Wohnhäuserverzeichnis

15 Informationsblatt über die Abgabe von Angeboten mit automationsunterstützt erstellten Datenbeständen gemäß ÖNORM A 2063

16 Datenbestand gemäß ÖNORM A 2063 für die Lose 01 bis 24

17 WD 307 – Allgemeine Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen

18 WD 314 – Allgemeine Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen

19 Muster eines Garantiebriefes

20 Muster Mieterinformation

21 Ausstattungsrichtlinie ...

Mit der Unterfertigung des Angebotes anerkennen die Bieter die Geltung der „Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen (WD 307)“ und der „Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen (WD 314)“.

Der Zuschlag ist laut den Ausschreibungsunterlagen nach dem Bestbieterprinzip zu erteilen, wobei der Preis bis zu 95 Punkte und eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist auf bis zu sechs Jahre bis 5 Punkte bringen kann.

Laut Punkt 1.1. BVR handelt es sich beim gegenständlichen Vertrag um einen Rahmenvertrag über bestimmte unregelmäßig wiederkehrende kleine Baumaßnahmen in von der Antragsgegnerin verwalteten Objekten. Die Leistungen beziehen sich auf verschiedene Standorte in ganz Wien. Vertragsgegenstand sind keine umfangreichen Baumaßnahmen, sondern eine Vielzahl kleiner Maßnahmen, für die die Art und Qualität eindeutig festgelegt sind, die jedoch an verschiedenen Örtlichkeiten und zu verschiedenen Zeiten in unterschiedlichem Ausmaß zu erbringen sind.

Es handelt sich dabei um ...leistungen, die in der Regel zu Wohnungssanierungen erforderlich sind. Weiters sind Gebrechensbehebungen in vermieteten Objekten (z.B. nach Schäden) durchzuführen. In allgemeinen Teilen der Gebäude sowie Außenanlagen können ebenfalls Instandsetzungen erforderlich sein.

In Punkt 3.1 der Verfahrensbestimmungen stellt die Antragsgegnerin dar, welche Grundlagen sie ihrer Bezugspreiskalkulation zu Grunde gelegt hat. In Punkt 3.2 hält sie fest, wie die Angebote im Verhältnis zur Bezugspreiskalkulation zu erstellen sind.

Punkt 4.4 BVR legt u.a. fest, dass betreffend die Nachverrechnung aus dem Titel der Preisumrechnung für Einzelrechnungsbeträge unter 150,-- Euro inkl. Ust keine Nachverrechnung gebührt (Bagatellgrenze).

Punkt 2.5.3.1 WD 314 lautet: "Soweit nichts anderes festgelegt ist, ist die Vertragsstrafe mit höchstens 5% der ursprünglichen Auftragssumme (des zivilrechtlichen Preises) begrenzt."

Gemäß Punkt 6.2 BVR wird für Überschreitungen des in der Bestellung festgelegten Arbeitsbeginns eine Vertragsstrafe in folgender Höhe einbehalten:

Dringliche Bestellung mit vorgegebenem Datum EUR 300,-- pro Kalendertag, wenn nicht am in der Bestellung angegebenen Kalendertag mit der Leistung vor Ort begonnen wurde.

Gemäß Punkt 6 BVR kommen die Vertragsstrafen gemäß den Punkten 6.1 und 6.5 unabhängig voneinander zur Anwendung. Sie sind aber insgesamt mit dem zustehenden bzw. anweisbaren Rechnungsbetrag einer Bestellung begrenzt. Der Abzug der Vertragsstrafen erfolgt von der die Bestellung betreffenden Rechnung. Die Vertragsstrafen gemäß den Punkten 6.6. bis 6.8. werden je Anlassfall unbegrenzt in Rechnung gestellt.

Gemäß Punkt 6.4. der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge ist im gegenständlichen Vergabeverfahren die Bildung von Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaften nicht zulässig.

Die Angebotsfrist wurde aufgrund des Nachprüfungsantrages mit der fünften Berichtigung bis 22.8.2018 verlängert.

Es gab im gegenständlichen Vergabeverfahren bis zum Nachprüfungsantrag drei Anfragebeantwortungen und vier Berichtigungen. Mit den ersten drei Berichtigungen wurde jeweils die Angebotsfrist erstreckt. Mit der vierten Berichtigung wurden die Kurzleistungsverzeichnisse aller Lose, das Langleistungsverzeichnis, die Formblätter K7, die Formblätter K4, die Teilangebotsschlussblätter und das Muster Massemeldung geändert und das Formblatt K5 angeschlossen. Die Berichtigung wurde am 31.5.2018 im Supplement des Amtsblattes der europäischen Union zu GZ ... veröffentlicht. Der Umfang der Berichtigung geht aus dem in Ordner 4/6 des Vergabeaktes ersichtlichen Informationsblatt und aus den geänderten Leistungsverzeichnissen hervor.

In der Bekanntmachung der vierten Berichtigung waren die durch diese Berichtigung erfolgten Änderungen zusammengefasst enthalten. Weiters war darin ein Link enthalten, der die Bieter zu den geänderten Ausschreibungsunterlagen geführt hat. Über diesen Link war auch das Informationsblatt für die Bieter zugänglich. Mit der fünften Berichtigung wurden weitere 3 Positionen, die mit der vierten Berichtigung geändert wurden, den Bietern mitgeteilt. Diese waren ursprünglich zwar in den geänderten Ausschreibungsunterlagen der vierten Berichtigung aber nicht im Informationsblatt enthalten. Den potentiellen Bietern waren die berichtigten Ausschreibungsunterlagen bereits vor der fünften Berichtigung über den Link zugänglich.

Die erste Anfragebeantwortung erfolgte am 22.3.2018, die zweite Anfragebeantwortung erfolgte am 11.4.2018, die dritte Fragebeantwortung erfolgte am 8.6.2018. Die Angebotsfrist wurde mit der ersten Berichtigung auf 2.5.2018 (9 Uhr), mit der zweiten Berichtigung auf 6.6.2018 (9 Uhr) und mit der dritten Berichtigung auf 20.6.2018 (9 Uhr) verlängert. Aufgrund des Nachprüfungsverfahrens wurde die Angebotsfrist mit der fünften Berichtigung schließlich auf 22.8.2018 verlängert.

Die Antragstellerin hat laut dem Vergabeakt (Ordner 7/7 Bieteranfragen) keine Bieteranfragen zu den von ihr im Nachprüfungsverfahren relevanten Punkten gestellt.

In der Fragebeantwortung zu A1 (dritte Fragebeantwortung) hält die Antragsgegnerin fest, dass das Preisaufschlag- und Nachlassverfahren gewählt wurde, um spekulative Einheitspreise zu vermeiden. Daher seien Aufschläge und Nachlässe nur auf Ebene der Leistungsgruppen und auf den Gesamtpreis zulässig.

Gemäß Punkt 6.17 „Nachlässe und Aufschläge“ der ÖNORM A 2063:2015 dürfen Aufschläge und Nachlässe nur auf Gruppen (LG, ULG, OG,...) bzw. auf den Gesamtpreis angeboten werden.

In der Fragebeantwortung A2 hat die Antragsgegnerin festgehalten, dass die Bildung von Arbeitsgemeinschaften untersagt wurde, um einen größtmöglichen Wettbewerb sicher zu stellen.

Laut Fragebeantwortung D6 wird keine Vertragsstrafe fällig, wenn ein verspäteter Leistungsbeginn nicht in die Sphäre des Auftragnehmers fällt.

Laut Fragebeantwortung D7 hat der Auftragnehmer die Auftraggeberin unmittelbar nach der Bestellung darauf hinzuweisen, wenn er die Leistungsfrist als nicht angemessen ansieht und um Festlegung einer neuen Leistungsfrist zu ersuchen.

Unter Punkt E der Fragebeantwortung werden aufgrund von Bieteranfragen diverse Erklärungen für die konkrete Ausgestaltung der Bezugspreiskalkulation der Antragsgegnerin abgegeben. So wird z.B. in Fragebeantwortung E5 Folgendes festgehalten: „In dieser Position (OG 02 Position 02.0501F Z) wurden die Demontearbeiten mit dem Mittellohn Abbruch und die Montearbeiten mit dem Mittellohn Partie verrechnet. Der Mittellohn Partie ist in Form einer zusammengesetzten Kostenkomponente ermittelt. In dieser sind auch anteilige Material- und Gerätekosten, deren Reparaturlohn im Anteil Lohn berechnet wird, enthalten (siehe K5-Blatt bei 4. Berichtigung)“.

In Fragebeantwortung E7 wurde ... zusammengefasst Folgendes festgehalten: Auf Angestellte ist der Mittellohnpreis nicht anwendbar (Leistungsansatz ergibt sich aus Gehalt und durchschnittlichen Monatsarbeitsstunden eines Angestellten (ÖNORM A 2063).

In Fragebeantwortung E13 wurde zu den unterschiedlichen Werten für die Regielohnpreise Folgendes festgehalten: „Gemäß ÖNORM B 2061 handelt es sich bei den der Ausschreibung beigelegten K3-Blättern „FA“ und „HA“ um die Regielohnpreisermittlung für die jeweiligen Lohngruppen (im Gegensatz zum K3-Blatt Mittellohnpreis)“.

In Fragebeantwortung E43 wird festgehalten, dass der ÖNORM B 2061 gemäß die Formstücke anteilig in der Position und Verbindungsstücke im K3-Blatt kalkuliert wurden.

In der Fragebeantwortung E45 wird festgehalten, dass in dieser Position ... enthalten ist. Dieser wurde in der Detailkalkulation mit P. bezeichnet.

In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes festzuhalten

Gemäß § 2 Abs. 4 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) entscheidet das Verwaltungsgericht Wien in Nichtigerklärungsverfahren und Feststellungsverfahren durch Senate. Entscheidungen über Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen und gesonderte Entscheidungen über den Gebührenersatz in vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren sowie Entscheidungen über Zeuginnen- oder Zeugen- und Sachverständigengebühren erfolgen durch Einzelrichterinnen oder Einzelrichter.

Gemäß § 13 Abs. 1 WVRG 2014 hat das Verwaltungsgericht Wien die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern der Antrag nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist.

Gemäß § 16 Abs. 1 WVRG 2014 hat die oder der vor dem Verwaltungsgericht Wien, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragstellerin oder Antragsteller Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß § 15 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber. Die Antragstellerin oder der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß § 15 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber, wenn sie oder er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt (§ 21) wird.

Gemäß § 26 Abs. 1 WVRG 2014 hat das Verwaltungsgericht Wien eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung einer Auftraggeberin oder eines Auftraggebers als nichtig zu erklären, wenn

1. die Entscheidung oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung die Antragstellerin oder den Antragsteller in dem geltend gemachten Recht verletzt und
2. für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG 2006 sind im offenen Verfahren folgende Entscheidungen gesondert anfechtbar: die Ausschreibung; sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;

Gemäß § 3 Abs. 1 BVergG 2006 gilt dieses Bundesgesetz mit Ausnahme seines 3. Teiles für die Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern (im Folgenden: Auftraggeber), das sind

1. der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände,
2. Einrichtungen, die

a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und

b) zumindest teilrechtsfähig sind und

c) überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind,

3. Verbände, die aus einem oder mehreren Auftraggebern gemäß Z 1 oder 2 bestehen.

Gemäß § 20 Abs. 2 BVergG 2006 können Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften Angebote oder Teilnahmeanträge einreichen, sofern nicht in der Ausschreibung aus sachlichen Gründen die Teilnahme oder die Bildung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften für unzulässig erklärt wurde. (...)

Gemäß § 24 Abs. 1 BVergG 2006 ist der Preis nach dem Preisangebotsverfahren oder nach dem Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren zu erstellen. Grundsätzlich ist nach dem Preisangebotsverfahren auszuschreiben, anzubieten und zuzuschlagen. Das Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren ist nur in zu begründenden Ausnahmefällen zulässig.

Im vorliegenden Fall wurde Folgendes erwogen:

Die Antragsgegnerin hat dem gesamten Vorbringen der Antragstellerin zunächst entgegengehalten, dass ein Großteil der von dieser angefochtenen Festlegungen bereits bestandsfest sei, weil keine Anfragebeantwortungen bzw. Berichtigungen angefochten worden seien. Die ursprüngliche Angebotsfrist habe am 11.4.2018 geendet, weshalb weiters sämtliche Festlegungen, die nicht bis sieben Tage vor dem Ablauf dieser Angebotsfrist, somit bis 3.4.2018, angefochten worden seien, bestandsfest geworden seien.

Dazu ist festzuhalten, dass die Antragstellerin ihrem Antrag nach die Ausschreibung „zur Gänze“ angefochten hat. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis zur Zahl VwGH 2016/04/0023 ausgesprochen, dass sich die durch eine Berichtigung vor Eintritt der Bestandskraft der Ausschreibung verlängerte Angebotsfrist auf die Anfechtungsfrist auswirkt. Nach diesem Erkenntnis besteht dann, wenn die Angebotsfrist zu einem Zeitpunkt verlängert wird, zu dem die Ausschreibung bzw. eine vorangegangene Berichtigung selbst noch nicht bestandsfest war, kein Anlass, von der Grundregel abzuweichen, dass die Anfechtungsfrist für die Ausschreibung an den Ablauf der Angebotsfrist anknüpfen soll (und dem Bieter somit

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at