

TE Verg Bescheid 2009/6/4 VKS-2927/09

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 04.06.2009

Norm

WVRG 2007 §1 Abs2 Z2

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §13 Abs3

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20 Abs1 und 2

WVRG 2007 §22 Abs2

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 Z6

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §26 Abs2

WVRG 2007 §31 Abs6

WVRG 2007 §39 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitdd

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §12 Abs1 Z1

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §30 Abs1 Z3

BVergG 2006 §105

BVergG 2006 §129

BVergG 2006 §345

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 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 § 30 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 105 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der Bietergemeinschaft 1. *** GmbH, ***, 2. *** Ges.m.b.H., ***, vertreten durch ***GmbH, ***, vertreten durch Pflaum-Karlberger-Wiener-Oppetnik-Rindler, Rechtsanwälte in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe der „Generalplanerleistungen für Zubau und Sanierung Pensionistenwohnhaus Liebhartstal II, Wien 16, Ottakringer Straße 264“ durch das Kuratorium Wiener Pensionisten-Wohnhäuser, Seegasse 9, 1090 Wien, vertreten durch Heid Schiefer, Rechtsanwälte in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden: Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der Bietergemeinschaft 1. *** GmbH, ***, 2. *** Ges.m.b.H., ***, vertreten durch ***GmbH, ***, vertreten durch Pflaum-Karlberger-Wiener-Oppetnik-Rindler, Rechtsanwälte in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe der „Generalplanerleistungen für Zubau und Sanierung Pensionistenwohnhaus Liebhartstal römisch zwei, Wien 16, Ottakringer Straße 264“ durch das Kuratorium Wiener Pensionisten-Wohnhäuser, Seegasse 9, 1090 Wien, vertreten durch Heid Schiefer, Rechtsanwälte in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung vom 20.3.2009 wird stattgegeben und diese Entscheidung für nichtig erklärt.
2. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 2.4.2009 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
3. 3.Ziffer 3
Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin deren Kosten in Höhe von Euro 2.400,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 2 Z 2, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 13 Abs. 3, 18, 19, 20 Abs. 1 und 2, 22 Abs. 2, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 6, 25 Abs. 1, 26

Abs. 2, 31 Abs. 6 und 39 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. dd, 3 Abs. 1 Z 2, 6, 12 Abs. 1 Z 1, 19 Abs. 1, 30 Abs. 1 Z 3, 105, 129, 345 BVergG 2006. Paragraphen eins, Absatz 2, Ziffer 2, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 13, Absatz 3, 18, 19, 20, Absatz eins und 2, 22 Absatz 2, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 26, Absatz 2, 31, Absatz 6 und 39 WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d., 3 Absatz eins, Ziffer 2, 6, 12, Absatz eins, Ziffer eins, 19, Absatz eins, 30, Absatz eins, Ziffer 3, 105, 129, 345, BVergG 2006.

Begründung:

Das Kuratorium Wiener Pensionisten-Wohnhäuser (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein zweistufiges Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe der Generalplanerleistungen für den Zubau zum und die Sanierung des Pensionistenwohnhauses Liebhartstal II in Wien 16. Es handelt sich dabei um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich. Das Kuratorium Wiener Pensionisten-Wohnhäuser (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein zweistufiges Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe der Generalplanerleistungen für den Zubau zum und die Sanierung des Pensionistenwohnhauses Liebhartstal römisch zwei in Wien 16. Es handelt sich dabei um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich.

Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß und europaweit am 10.6.2008 erfolgt (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 2008/S111-149378). Darin wird als öffentlicher Auftraggeber die „Stadt Wien, vertreten durch das Kuratorium Wiener Pensionistenwohnhäuser, Seegasse 9, A-1090 Wien" genannt.

Zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens wurden fünf präqualifizierte Teilnehmer der ersten Stufe, darunter auch die Antragstellerin, letztlich zur Abgabe von Angeboten eingeladen.

Die Antragstellerin hat rechtzeitig ein Angebot abgegeben. Am 11.12.2008 fand mit ihr ein Bietergespräch statt. Am Anschluss an dieses Gespräch hat die Antragstellerin ein letztes verbindliches Angebot gelegt.

Nachdem die Antragstellerin ihre Zustimmung zur Verlängerung der Zuschlagsfrist bis 12.6.2009 erteilt hat, hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 20.3.2009, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, dieser mitgeteilt, zu beabsichtigen, deren Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 und Abs. 2 BVergG 2006 auszuscheiden. Nachdem die Antragstellerin ihre Zustimmung zur Verlängerung der Zuschlagsfrist bis 12.6.2009 erteilt hat, hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 20.3.2009, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, dieser mitgeteilt, zu beabsichtigen, deren Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7 und Absatz 2, BVergG 2006 auszuscheiden.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 26.3.2009 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung einer gesonderten Festlegung der Antragsgegnerin vom 12.3.2009 und Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Kostenersatz. Der ursprünglich von der Antragstellerin gestellte Antrag „das Ausscheiden des bestgereihten Angebotes der Antragstellerin für nichtig zu erklären", wurde von ihr in der mündlichen Verhandlung vom 4.6.2009 dahingehend modifiziert, dass von ihr nunmehr begehrt wird, „die Entscheidung der Auftraggeberin vom 20.3.2009, das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden, für nichtig zu erklären" (Seite 2 des Protokolls). Zur Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin vor, dass nach den Ausschreibungsunterlagen für die zweite Verfahrensstufe von den ausgewählten Bietern ein Angebot abzugeben gewesen sei, welches von der von der Antragsgegnerin eingesetzten Bewertungskommission geprüft wurde. Nach den Ausschreibungsunterlagen war vorgesehen, dass mit den erstgereihten Bietern jeweils ein Verhandlungsgespräch über die Festlegungen des Leistungsvertrages und die Übernahme der Empfehlungen der Bewertungskommission in den Lösungsvorschlag sowie die Höhe und Zusammensetzung des Honorars, geführt wird. Dieses Verhandlungsgespräch habe am 11.12.2008 stattgefunden. Im Anschluss daran habe die Antragstellerin ein letztes verbindliches Angebot gelegt, das wiederum von der Bewertungskommission beurteilt worden sei. Nach den Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage habe die Bewertungskommission die Beurteilung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien in Punkt B.6, die Auswahl eines Bestbieters und gegebenenfalls eine Reihung der Angebote sowie ausführlich begründete Empfehlungen zur weiteren Vorgangsweise für das Verhandlungsverfahren vorzunehmen gehabt. Nach den Festlegungen in der Ausschreibung sei die Ermittlung der endgültigen Bieterreihung anhand des letzten verbindlichen Angebotes der ausgewählten Bieter erfolgt. Die in den einzelnen Zuschlagskriterien jeweils erzielten Bewertungspunkte seien zusammengezählt und daraus eine Gesamtreihung ermittelt worden. Festgelegt sei, dass das auf diese Art und Weise ermittelte Bestangebot für den Zuschlag vorzusehen sei. In der zweiten Beurteilungssitzung des Preisgerichtes habe dieses anhand der festgelegten Bewertungskriterien eine Bewertung der

Angebote vorgenommen. Aufgrund dieser Bewertung sei das Angebot der Antragstellerin mit 97,11 Bewertungspunkten als erstes gereiht worden. Aufgrund der nach den Ausschreibungsunterlagen verbindlichen Beurteilung der Antragstellerin als Bestbieter hätte der Zuschlag daher an die Antragstellerin erteilt werden müssen. Obwohl nach dem in der Ausschreibung angeführten Grobterminplan des Verfahrens die Zuschlagsentscheidung binnen einer Woche nach der zweiten Sitzung der Bewertungskommission von der Auftraggeberin hätte getroffen werden müssen, habe diese stattdessen mit Schreiben vom 24.2.2009 um eine Verlängerung der Zuschlagsfrist (Bindungswirkung des Angebotes) bis 12.6.2009 ersucht. Damit seien die Antragsteller grundsätzlich einverstanden gewesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 26.3.2009 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung einer gesonderten Festlegung der Antragsgegnerin vom 12.3.2009 und Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Kostenersatz. Der ursprünglich von der Antragstellerin gestellte Antrag „das Ausscheiden des bestgereihten Angebotes der Antragstellerin für nichtig zu erklären“, wurde von ihr in der mündlichen Verhandlung vom 4.6.2009 dahingehend modifiziert, dass von ihr nunmehr begehrt wird, „die Entscheidung der Auftraggeberin vom 20.3.2009, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, für nichtig zu erklären“ (Seite 2 des Protokolls). Zur Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin vor, dass nach den Ausschreibungsunterlagen für die zweite Verfahrensstufe von den ausgewählten Bietern ein Angebot abzugeben gewesen sei, welches von der von der Antragsgegnerin eingesetzten Bewertungskommission geprüft wurde. Nach den Ausschreibungsunterlagen war vorgesehen, dass mit den erstgereihten Bietern jeweils ein Verhandlungsgespräch über die Festlegungen des Leistungsvertrages und die Übernahme der Empfehlungen der Bewertungskommission in den Lösungsvorschlag sowie die Höhe und Zusammensetzung des Honorars, geführt wird. Dieses Verhandlungsgespräch habe am 11.12.2008 stattgefunden. Im Anschluss daran habe die Antragstellerin ein letztes verbindliches Angebot gelegt, das wiederum von der Bewertungskommission beurteilt worden sei. Nach den Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage habe die Bewertungskommission die Beurteilung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien in Punkt B.6, die Auswahl eines Bestbieters und gegebenenfalls eine Reihung der Angebote sowie ausführlich begründete Empfehlungen zur weiteren Vorgangsweise für das Verhandlungsverfahren vorzunehmen gehabt. Nach den Festlegungen in der Ausschreibung sei die Ermittlung der endgültigen Bieterreihung anhand des letzten verbindlichen Angebotes der ausgewählten Bieter erfolgt. Die in den einzelnen Zuschlagskriterien jeweils erzielten Bewertungspunkte seien zusammengezählt und daraus eine Gesamtreihung ermittelt worden. Festgelegt sei, dass das auf diese Art und Weise ermittelte Bestangebot für den Zuschlag vorzusehen sei. In der zweiten Beurteilungssitzung des Preisgerichtes habe dieses anhand der festgelegten Bewertungskriterien eine Bewertung der Angebote vorgenommen. Aufgrund dieser Bewertung sei das Angebot der Antragstellerin mit 97,11 Bewertungspunkten als erstes gereiht worden. Aufgrund der nach den Ausschreibungsunterlagen verbindlichen Beurteilung der Antragstellerin als Bestbieter hätte der Zuschlag daher an die Antragstellerin erteilt werden müssen. Obwohl nach dem in der Ausschreibung angeführten Grobterminplan des Verfahrens die Zuschlagsentscheidung binnen einer Woche nach der zweiten Sitzung der Bewertungskommission von der Auftraggeberin hätte getroffen werden müssen, habe diese stattdessen mit Schreiben vom 24.2.2009 um eine Verlängerung der Zuschlagsfrist (Bindungswirkung des Angebotes) bis 12.6.2009 ersucht. Damit seien die Antragsteller grundsätzlich einverstanden gewesen.

In weiterer Folge habe die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 12.3.2009 der Antragstellerin mitgeteilt, dass deren Angebot in der Sitzung der Bewertungskommission vom 28.1.2009 positiv bewertet worden sei und daher für die Zuschlagserteilung in Betracht komme. Dies sei allerdings mit der Feststellung verbunden gewesen, dass Projekte in einem so frühen Stadium der Planung gewisse Defizite aufweisen. Die Antragstellerin wurde mit dem genannten Schreiben (über die Ausschreibung hinaus) nochmals aufgefordert, Nachweise darüber zu erbringen, dass das dem letzten verbindlichen Angebot zugrundeliegende Projekt nicht nur im Rahmen der Vorgaben der Ausschreibung, sondern auch nach den erstmals am 12.3.2009 ergänzend dargelegten Anforderungen realisierbar sei, andernfalls das Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 ausgeschieden werden müsste. Der schriftliche Nachweis wäre längstens bis 27.3.2009 zu übermitteln gewesen. Die Antragstellerin gehe zwar nicht davon aus, dass dieses Schreiben der Antragsgegnerin als „sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase eine gemäß § 2 Z 16 lit. a BVergG 2006 gesondert anfechtbare Entscheidung darstelle. Es könnte jedoch argumentiert werden, dass die Antragsgegnerin durch diese Aufforderung das bereits abgeschlossene Verhandlungsverfahren" wiedereröffnet habe und diese Festlegung daher gesondert bekämpfbar sei. Aus Vorsichtsgründen werde daher diese „Festlegung" der Antragstellerin ebenfalls

angefochten, weil die Nachforderung von Nachweisen durch die Antragsgegnerin nicht vergaberechtskonform und damit unzulässig gewesen sei. Es habe sich daher die Antragstellerin mit Schreiben vom 17.3.2009 ablehnend zu den zusätzlichen Anforderungen geäußert, weil diese weder in der Ausschreibung, noch in allfälligen Empfehlungen der Bewertungskommission enthalten waren und nach Ansicht der Antragstellerin im Rahmen des Planungsauftrages erst bei Erreichen des jeweiligen Planungsfortschrittes selbstverständlich zu erfüllen sind. Für die über die Ausschreibung hinausgehenden zusätzlichen Anforderungen habe zum gegenwärtigen Stand des Vergabeverfahrens keine Rechtsgrundlage und auch kein wie auch immer gearteter Anlass bestanden, zumal die Bearbeitung dieser zusätzlichen Anforderungen mit einem erheblichen Aufwand und Kosten verbunden wären. Darüber hinaus sei die von der Antragsgegnerin gesetzte Frist keinesfalls angemessen, für die umfangreichen Überarbeitungen und Nachweise, die seitens der Antragsgegnerin entgegen dem eindeutigen Wortlaut der Ausschreibungsbedingungen nunmehr gefordert worden seien. Die Antragstellerin habe mit ihrem Projekt sämtliche Vorgaben der Ausschreibung erfüllt, die nachträglichen Anforderungen der Antragsgegnerin in ihrem Schreiben vom 12.3.2009 seien somit unzulässig gewesen. Eine weitere „Aufklärung“ sei auch nicht geboten gewesen, weil die Prüfung der Angebote, deren Reihung und die Ermittlung des besten Angebotes durch die fachkundige Jury bereits erfolgt und die Antragstellerin als Punktehöchste gereiht worden sei. Dies zeige, dass eine Prüfung des Angebotes sehr wohl und ausreichend möglich gewesen wäre. Obwohl die Antragstellerin die Antragsgegnerin aufgefordert habe, das Verlangen nach Erbringung der zusätzlich geforderten Nachweise zurückzunehmen, habe die Antragsgegnerin inhaltlich nicht reagiert, sondern vielmehr am 20.3.2009 mitgeteilt zu beabsichtigen, das Angebot der Bietergemeinschaft gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 und Abs. 2 BVergG 2006 aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden. Die beabsichtigte Ausscheidung ihres Angebotes sei rechtswidrig, zumal ein bindender Vorschlag der Bewertungskommission zugunsten der Antragstellerin vorliege. In weiterer Folge habe die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 12.3.2009 der Antragstellerin mitgeteilt, dass deren Angebot in der Sitzung der Bewertungskommission vom 28.1.2009 positiv bewertet worden sei und daher für die Zuschlagserteilung in Betracht komme. Dies sei allerdings mit der Feststellung verbunden gewesen, dass Projekte in einem so frühen Stadium der Planung gewisse Defizite aufweisen. Die Antragstellerin wurde mit dem genannten Schreiben (über die Ausschreibung hinaus) nochmals aufgefordert, Nachweise darüber zu erbringen, dass das dem letzten verbindlichen Angebot zugrundeliegende Projekt nicht nur im Rahmen der Vorgaben der Ausschreibung, sondern auch nach den erstmals am 12.3.2009 ergänzend dargelegten Anforderungen realisierbar sei, andernfalls das Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 ausgeschieden werden müsste. Der schriftliche Nachweis wäre längstens bis 27.3.2009 zu übermitteln gewesen. Die Antragstellerin gehe zwar nicht davon aus, dass dieses Schreiben der Antragsgegnerin als „sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase eine gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, BVergG 2006 gesondert anfechtbare Entscheidung darstelle. Es könnte jedoch argumentiert werden, dass die Antragsgegnerin durch diese Aufforderung das bereits abgeschlossene Verhandlungsverfahren“ wiedereröffnet habe und diese Festlegung daher gesondert bekämpfbar sei. Aus Vorsichtsgründen werde daher diese „Festlegung“ der Antragstellerin ebenfalls angefochten, weil die Nachforderung von Nachweisen durch die Antragsgegnerin nicht vergaberechtskonform und damit unzulässig gewesen sei. Es habe sich daher die Antragstellerin mit Schreiben vom 17.3.2009 ablehnend zu den zusätzlichen Anforderungen geäußert, weil diese weder in der Ausschreibung, noch in allfälligen Empfehlungen der Bewertungskommission enthalten waren und nach Ansicht der Antragstellerin im Rahmen des Planungsauftrages erst bei Erreichen des jeweiligen Planungsfortschrittes selbstverständlich zu erfüllen sind. Für die über die Ausschreibung hinausgehenden zusätzlichen Anforderungen habe zum gegenwärtigen Stand des Vergabeverfahrens keine Rechtsgrundlage und auch kein wie auch immer gearteter Anlass bestanden, zumal die Bearbeitung dieser zusätzlichen Anforderungen mit einem erheblichen Aufwand und Kosten verbunden wären. Darüber hinaus sei die von der Antragsgegnerin gesetzte Frist keinesfalls angemessen, für die umfangreichen Überarbeitungen und Nachweise, die seitens der Antragsgegnerin entgegen dem eindeutigen Wortlaut der Ausschreibungsbedingungen nunmehr gefordert worden seien. Die Antragstellerin habe mit ihrem Projekt sämtliche Vorgaben der Ausschreibung erfüllt, die nachträglichen Anforderungen der Antragsgegnerin in ihrem Schreiben vom 12.3.2009 seien somit unzulässig gewesen. Eine weitere „Aufklärung“ sei auch nicht geboten gewesen, weil die Prüfung der Angebote, deren Reihung und die Ermittlung des besten Angebotes durch die fachkundige Jury bereits erfolgt und die Antragstellerin als Punktehöchste gereiht worden sei. Dies zeige, dass eine Prüfung des Angebotes sehr wohl und ausreichend möglich gewesen wäre. Obwohl die Antragstellerin die Antragsgegnerin aufgefordert habe, das Verlangen nach Erbringung der zusätzlich geforderten Nachweise zurückzunehmen, habe die Antragsgegnerin inhaltlich nicht reagiert, sondern vielmehr am 20.3.2009 mitgeteilt zu

beabsichtigen, das Angebot der Bietergemeinschaft gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7 und Absatz 2, BVergG 2006 aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden. Die beabsichtigte Ausscheidung ihres Angebotes sei rechtswidrig, zumal ein bindender Vorschlag der Bewertungskommission zugunsten der Antragstellerin vorliege.

Die Antragstellerin habe ein durch die Teilnahme am Verhandlungsverfahren sowie die Abgabe eines Angebotes nachgewiesenes Interesse an der Erlangung des ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrages. Nach dem derzeitigen Stand des Bewertungsverfahrens sei sie mit ihrem Angebot an erster Stelle zu reihen und müsste daher den Zuschlag erhalten.

Sollte ihrem Antrag auf Nichtigerklärung nicht stattgegeben werden, drohe ihr jedenfalls ein Schaden in Form eines ihr entgehenden angemessenen Gewinns sowie der Kosten für die Beteiligung am Vergabeverfahren.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 2.4.2009 erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses den Parteien zugeworbenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 3.4.2009 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen und die Zurück- bzw. Abweisung der gestellten Anträge begehrt. Im Wesentlichen bringt sie vor, dass nach den Ausschreibungsunterlagen in der Projektplanung ein zwingend vorgegebenes Raum- und Funktionsprogramm (RFP) von den Bietern umzusetzen gewesen wäre. Dazu enthalte die Ausschreibungsunterlage in den von der Antragsgegnerin im einzelnen zitierten Punkten Festlegungen nicht nur zum Standard Raum- und Funktionskonzept sondern auch zu projektspezifischen Besonderheiten, Ergänzungen und Erläuterungen. Die Angebote der zur Angebotslegung aufgeforderten Bieter seien einer Vorprüfung und einer Plausibilitätsprüfung der Honorarangebote unterzogen worden. Das Ergebnis sei in einem Vorprüfbericht vom 2.12.2008 und im Plausibilitätsprüfbericht vom 9.12.2008 festgehalten worden. Auf Basis des Vorprüfberichtes habe am 3.12.2008 eine erste Beurteilungssitzung des „Preisgerichtes“ stattgefunden. In dieser Sitzung sei vom Beurteilungsgremium empfohlen worden, die Antragstellerin und einen weiteren Bieter zur Legung von Letztangeboten einzuladen. Aufgrund der Erörterungen der Kommission seien Überarbeitungsempfehlungen für diese Bieter erstellt worden. Diese Empfehlungen des Beurteilungsgremiums seien den Bietern am 9.12.2008 neben der Einladung zum Bietergespräch übermittelt worden. In weiterer Folge gibt die Antragsgegnerin den Inhalt der Empfehlungen an die Antragstellerin wieder (Seite 15 bis 17 des einleitenden Schriftsatzes). Die Antragstellerin habe fristgerecht ein Letztangebot gelegt. Auch dieses Angebot sei einer Vorprüfung sowie einer formalen und rechtlichen Prüfung unterzogen worden. Die Ergebnisse der Vorprüfung sowie der formalen und rechtlichen Prüfung seien in eigenen Berichten festgehalten worden. Auf Basis dieser Prüfung habe schließlich am 28.1.2009 die zweite Beurteilungssitzung des Preisgerichtes stattgefunden. Zum Angebot der Antragstellerin seien vom „Preisgericht“ mehrere Anmerkungen protokolliert worden.

Angesichts der vom Preisgericht geäußerten Anmerkungen zum Angebot der Antragstellerin und zum Letztangebot eines weiteren für den Zuschlag in Betracht kommenden Bieters habe sich die Antragsgegnerin in einem ersten Schritt entschlossen, zunächst eine Verlängerung der Zuschlagsfrist bis zum 12.6.2009 zu erhalten. Diesem Ersuchen hätten alle Bieter vorbehaltlos zugestimmt. In einem zweiten Schritt habe sodann die Antragsgegnerin das Letztangebot der Antragstellerin sowie das Letztangebot eines weiteren Bieters einer neuerlichen Überprüfung durch die Vorprüfer sowie interner und externer Experten unterzogen. Die Ergebnisse dieser neuerlichen Überprüfung des Letztangebotes der Antragstellerin und des weiteren Bieters seien in einer ganztägigen Sitzung am 6.3.2009 erörtert worden. Die Ergebnisse dieser Sitzung seien in die Aufklärungsersuchen an die beiden Bieter vom 12.3.2009 eingegangen, die den Bietern am gleichen Tag übermittelt wurden. Für das Einlangen der verlangten Aufklärungen habe die Antragsgegnerin eine Frist bis zum 27.3.2009 gesetzt.

Im Aufklärungsersuchen vom 27.3.2009 sei die Antragstellerin um umfangreiche Aufklärungen (die im Rahmen der Sachverhaltsfeststellungen wiedergegeben werden) ersucht worden. Daraufhin habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 17.3.2009 mitgeteilt, „dass ihr Angebot den Ausschreibungsbedingungen entspreche und diesem aufgrund der Bewertung der Bewertungskommission der Zuschlag zu erteilen sei“ (der genaue Inhalt dieses Antwortschreibens wird im Rahmen der Feststellungen wiedergegeben werden). Überdies habe die Antragstellerin gefordert, dass die Antragsgegnerin ihre Aufforderung vom 12.3.2009 gegenüber allen Bietern zurückziehen möge.

Angesichts des Inhaltes des Schreibens der Antragstellerin vom 17.3.2009 sei die Antragsgegnerin davon ausgegangen, dass die Antragstellerin dem Aufklärungsersuchen nicht nachkommen werden, was auch tatsächlich geschehen sei. Daraufhin habe die Antragsgegnerin die Ausscheidungsentscheidung vom 20.3.2009 gefasst.

Die Antragsgegnerin bringt weiters vor, dass die mit „Stadt Wien, vertreten durch das Kuratorium Wiener Pensionisten-Wohnhäuser“ im einleitenden Schriftsatz bezeichnete Auftraggeberin nicht passiv legitimiert sei. Rechtlicher Vertragspartner, mit dem der ausgeschriebene Generalplanervertrag abgeschlossen werden soll, sei das „Kuratorium Wiener Pensionisten-Wohnhäuser“ und nicht die Stadt Wien. Diese sei daher nicht passiv legitimiert.

Zu ihrem Aufklärungsersuchen vom 12.3.2009 bringt die Antragsgegnerin vor, sie sei berechtigt gewesen, die Letztangebote der Bieter in technischer Hinsicht nach den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen auch nach der zweiten Sitzung der Bewertungskommission zu prüfen. Die neuerliche Prüfung des Letztangebotes der Antragstellerin habe ergeben, dass dieses mangelhaft bzw. unklar sei. Keiner, der im Aufklärungsersuchen angeführten Mängel gründe sich auf zusätzliche, nicht bereits in den Ausschreibungsunterlagen bzw. den Bieterempfehlungen festgelegten Anforderungen an das Letztangebot. Von einer vergaberechtswidrigen Vorgangsweise könne daher nicht die Rede sein. Einzelnen führt sodann die Antragsgegnerin aus, in welchen Punkten das Angebot der Antragstellerin den Festlegungen der Ausschreibung nicht entsprochen habe und führt dazu aus, dass das von der Antragstellerin mit ihrem Letztangebot eingereichte Projekt eine Vielzahl von Mängeln aufweise, auf welche die Antragstellerin bereits durch die Empfehlungen des Preisgerichtes aufmerksam gemacht worden sei. So sei die Einhaltung der Flächenvorgaben des Raum- und Funktionsprogramms nicht nachgewiesen, das eingereichte Projekt weise keine durchgängige Lastabtragung bis ins UG nach, ein Sommertauglichkeitsnachweis sei nicht erbracht worden, die verlangte Flexibilität der Bewohnerappartements sei nicht gegeben, die Ver- und Entsorgungsschächte würden nicht geradlinig geführt, ein verlangtes Pflanzenschutzkonzept sei nicht nachgewiesen, die Bedienbarkeit der Fensterelemente, die Nutzbarkeit der Fensternischen sei ebenso wenig nachgewiesen wie die Anordnung der „C-Module je Wohngeschoß“. Allfällige Lösungsansätze und/oder Alternativlösungen zur Detaillierung des Bauablaufes seien nicht dargestellt, eine Niveaugleichheit im Erdgeschoß zwischen dem bestehenden Objekt und dem Zubau nicht gegeben. Ebenso fehle ein Nachweis der gedeckten Anlieferung mit einer lichten Höhe von mindestens 4,5 m, für mindestens zwei LKW und die Entsorgung im EG. Nachdem die Antragstellerin mit ihrem Schreiben vom 17.3.2009 erklärt habe, dass sie keine Aufklärung bzw. Mängelbehebung zum Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin vom 12.3.2009 erstatten werde, habe die Antragsgegnerin nach § 129 Abs. 2 BVergG 2006 die Ausscheidungsentscheidung zu treffen gehabt. Wenn die Antragstellerin vermeine, dass ein Ausscheiden ihres Letztangebotes nach Bewertung durch die Bewertungskommission unzulässig sei, so übersehe sie, dass das BVergG keine Vorgabe, zu welchem Zeitpunkt ein auszuscheidendes Angebot auszuscheiden ist, enthält. Selbst wenn man davon ausgehe, dass die Ausscheidungsentscheidung jedenfalls vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu erfolgen habe, sei die Ausscheidungsentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren rechtzeitig erteilt worden. Ein Auftraggeber, der einen Ausscheidungsgrund zunächst nicht wahrgenommen habe, sei nicht gehindert, diese Rechtswidrigkeit zu beheben, indem er das betreffende Angebot nachträglich – und zwar zulässigerweise bis zum Abschluss des Vergabeverfahrens – ausscheidet. Somit sei „ein Ausscheiden jedenfalls bis zum Zuschlag oder Widerruf des Vergabeverfahrens und – wie im gegenständlichen Fall – auch nach Bewertung der Angebote zulässig“. Zu ihrem Aufklärungsersuchen vom 12.3.2009 bringt die Antragsgegnerin vor, sie sei berechtigt gewesen, die Letztangebote der Bieter in technischer Hinsicht nach den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen auch nach der zweiten Sitzung der Bewertungskommission zu prüfen. Die neuerliche Prüfung des Letztangebotes der Antragstellerin habe ergeben, dass dieses mangelhaft bzw. unklar sei. Keiner, der im Aufklärungsersuchen angeführten Mängel gründe sich auf zusätzliche, nicht bereits in den Ausschreibungsunterlagen bzw. den Bieterempfehlungen festgelegten Anforderungen an das Letztangebot. Von einer vergaberechtswidrigen Vorgangsweise könne daher nicht die Rede sein. Einzelnen führt sodann die Antragsgegnerin aus, in welchen Punkten das Angebot der Antragstellerin den Festlegungen der Ausschreibung nicht entsprochen habe und führt dazu aus, dass das von der Antragstellerin mit ihrem Letztangebot eingereichte Projekt eine Vielzahl von Mängeln aufweise, auf welche die Antragstellerin bereits durch die Empfehlungen des Preisgerichtes aufmerksam gemacht worden sei. So sei die Einhaltung der Flächenvorgaben des Raum- und Funktionsprogramms nicht nachgewiesen, das eingereichte Projekt weise keine durchgängige Lastabtragung bis ins UG nach, ein Sommertauglichkeitsnachweis sei nicht erbracht worden, die verlangte Flexibilität der Bewohnerappartements sei nicht gegeben, die Ver- und Entsorgungsschächte würden nicht geradlinig geführt, ein verlangtes Pflanzenschutzkonzept sei nicht nachgewiesen, die Bedienbarkeit der Fensterelemente, die Nutzbarkeit der

Fensterbänken sei ebenso wenig nachgewiesen wie die Anordnung der „C-Module je Wohngeschoß“. Allfällige Lösungsansätze und/oder Alternativlösungen zur Detaillierung des Bauablaufes seien nicht dargestellt, eine Niveaugleichheit im Erdgeschoß zwischen dem bestehenden Objekt und dem Zubau nicht gegeben. Ebenso fehle ein Nachweis der gedeckten Anlieferung mit einer lichten Höhe von mindestens 4,5 m, für mindestens zwei LKW und die Entsorgung im EG. Nachdem die Antragstellerin mit ihrem Schreiben vom 17.3.2009 erklärt habe, dass sie keine Aufklärung bzw. Mängelbehebung zum Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin vom 12.3.2009 erstatten werde, habe die Antragsgegnerin nach Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 die Ausscheidungsentscheidung zu treffen gehabt. Wenn die Antragstellerin vermeine, dass ein Ausscheiden ihres Letztangebotes nach Bewertung durch die Bewertungskommission unzulässig sei, so übersehe sie, dass das BVergG keine Vorgabe, zu welchem Zeitpunkt ein auszuschheidendes Angebot auszuschneiden ist, enthält. Selbst wenn man davon ausgehe, dass die Ausscheidungsentscheidung jedenfalls vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu erfolgen habe, sei die Ausscheidungsentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren rechtzeitig erteilt worden. Ein Auftraggeber, der einen Ausscheidungsgrund zunächst nicht wahrgenommen habe, sei nicht gehindert, diese Rechtswidrigkeit zu beheben, indem er das betreffende Angebot nachträglich – und zwar zulässigerweise bis zum Abschluss des Vergabeverfahrens – ausschneidet. Somit sei „ein Ausscheiden jedenfalls bis zum Zuschlag oder Widerruf des Vergabeverfahrens und – wie im gegenständlichen Fall – auch nach Bewertung der Angebote zulässig“.

Zum Vorbringen der Antragsgegnerin hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 6.5.2009 Stellung genommen und dazu im Wesentlichen ausgeführt, dass ein Erfordernis zur Heranziehung weiterer (interner oder externer) Experten in den Ausschreibungsunterlagen nicht vorgesehen ist und es daher unzulässig und in Anbetracht der konkreten Zusammensetzung des fachkundigen Preisgerichtes auch gar nicht erforderlich gewesen sei. Die Jury sei im Hinblick auf ihre personelle Zusammensetzung im Stande gewesen, nicht nur die städtebaulichen, architektonischen und wirtschaftlichen Kriterien, sondern insbesondere auch die funktionalen Kriterien zu beurteilen. Es hätten auch die Vorprüfer bereits im Vorprüfbericht vom 2.12.2008 festgestellt, dass alle Teilnehmer die vorgegebene Aufgabenstellung erfüllt hätten. Auch das Auswertungsergebnis vom 23.1.2009 über die formale und rechtliche Prüfung der Letztangebote zeige ebenfalls, dass die im Rahmen der Ausschreibung geforderten Anforderungen erfüllt seien. Die Einhaltung der Rahmenbedingungen durch die Antragstellerin seien im Vorprüfbericht vom 27.1.2009 bestätigt. Im Vorprüfbericht zur zweiten Beurteilungssitzung des Preisgerichtes vom 28.1.2009 sei der Bearbeitungsgrad der beurteilten Entwürfe für „ausreichend“ erachtet worden. Dieser Bearbeitungsgrad der Angebote sei dann durch die Jury zu beurteilen und zu bewerten gewesen. Eine Überarbeitung sei von der Jury nicht gefordert worden.

Zur Passivlegitimation der Antragsgegnerin bringt die Antragstellerin vor, in den Ausschreibungsunterlagen sei die ausschreibende Stelle so bezeichnet worden, wie sie von der Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag bezeichnet worden ist. Wenn die Antragsgegnerin vorbringe, dass im Entwurf des Generalplanervertrages das „Kuratorium Wiener Pensionisten-Wohnhäuser“ als zivilrechtlicher Auftraggeber aufscheine, sei dieser Text den Ausschreibungsunterlagen nicht angeschlossen gewesen. Der Generalplanervertrag sei von der Antragsgegnerin erst zu einem viel späteren Zeitpunkt übermittelt worden.

Zum Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin vom 12.3.2009 vertritt die Antragstellerin ergänzend den Standpunkt, dass eine Bestbieterreihung ohne weitere Aufklärung möglich gewesen wäre. Nach dem Inhalt des Protokolles zur zweiten Beurteilungssitzung sei die Beurteilungskommission sehr wohl in der Lage gewesen, ohne weitere Anforderungen eine endgültige Bieterreihung vorzunehmen und die Antragstellerin als Erstgereichte vorzuschlagen.

Die Ausschreibungsunterlagen würden auch kein weiteres Verhandlungsverfahren nach der endgültigen Bieterreihung durch die Bewertungskommission vorsehen. Eine nachträgliche Aufklärung bzw. eine nachträgliche Ergänzung bzw. Verhandlung würde der in der Ausschreibungsunterlagen definierten Vorgehensweise widersprechen. Auch aus dem prognostizierten Zeitplan in der Ausschreibungsunterlage sei klar ersichtlich, dass eine nachträgliche Aufklärung bzw. Ergänzung nicht vorgesehen ist. So sei gemäß dem Grobterminplan zwischen der zweiten Sitzung der Bewertungskommission (Zuschlagsendverfahren) und der Zuschlagsentscheidung lediglich ein Zeitraum von zwei Werktagen vorgesehen. Nach der Ausschreibungsunterlage hätten alle Bieter davon ausgehen dürfen, dass die abgegebenen Angebote und Unterlagen inhaltlich ausschließlich von der Bewertungskommission überprüft und von dieser bewertet werden. Auch aus diesem Grund sei die Aufforderung der Auftraggeberin vom 12.3.2009, zusätzliche Nachweise den Inhalt des Projektes betreffend zu erbringen, unzulässig. Dazu berufe sich die Antragsgegnerin auf eine

„neuerliche Überprüfung durch die Vorprüfer bzw. interne und externe Prüfer“, in der Ausschreibung sei jedoch weder eine solche Überprüfung noch ein solches Gremium zusammengesetzt aus den Vorprüfern und nicht näher definierten internen und externen Prüfern vorgesehen. Die Vorgangsweise widerspreche damit dem Transparenzgebot. Im Übrigen bringt die Antragstellerin vor, dass keiner der von Antragsgegnerin behaupteten Ausscheidungsgründe vorliege. Zusammenfassend hält die Antragstellerin fest, dass sie sämtliche Nachweise, welche von der Bewertungskommission angefordert worden seien, ausreichend erbracht habe. Darüber hinausgehende Anforderungen bzw. Aufklärungen seien für die Reihung der Bieter nicht mehr erforderlich gewesen.

Mit Schriftsatz vom 27.5.2009 hat die Antragsgegnerin diese Stellungnahme beantwortet und ihren bereits bekannten Standpunkt aufrecht erhalten. Zur Frage der Passivlegitimation hat sie vor allem darauf hingewiesen, dass sie mit E-Mail vom 16.10.2008, das auch der Antragstellerin als dritte Anfragebeantwortung zugekommen sei, auf Seite 2 die Klarstellung vorgenommen habe, dass nicht die Stadt Wien Auftraggeberin sei, sondern Auftraggeber „das Kuratorium Wiener Pensionisten-Wohnhäuser“ wäre. Zur Angebotsprüfung bzw. zur Aufforderung vom 12.3.2009 bringt die Antragsgegnerin ergänzend vor, dass nach der Ausschreibungsunterlage lediglich die Beurteilung der Angebote anhand der angeführten Kriterien sowie die Abgabe von ausführlich begründeten Empfehlungen zur weiteren Vorgangsweise für das Verhandlungsverfahren von der Bewertungskommission vorzunehmen gewesen sei. Eine Angebotsprüfung im Sinne der §§ 122f BVergG 2006 sei somit nicht Aufgabe der Bewertungskommission gewesen, insbesondere nicht die Prüfung der Erfüllung der technischen Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen durch das Letztangebot der Antragstellerin. Aufgabe der Bewertungskommission sei die Beurteilung der Zuschlagskriterien sowie die Abgabe von Empfehlungen an die Auftraggeberin gewesen. Weiters übersehe die Antragstellerin, dass sich die Auftraggeberin gemäß Punkt B.4 erster Absatz der Ausschreibungsunterlage die Prüfung der Angebote „erforderlichenfalls unter Hinzuziehung weiterer Experten“ vorbehalten habe. Mit Schriftsatz vom 27.5.2009 hat die Antragsgegnerin diese Stellungnahme beantwortet und ihren bereits bekannten Standpunkt aufrecht erhalten. Zur Frage der Passivlegitimation hat sie vor allem darauf hingewiesen, dass sie mit E-Mail vom 16.10.2008, das auch der Antragstellerin als dritte Anfragebeantwortung zugekommen sei, auf Seite 2 die Klarstellung vorgenommen habe, dass nicht die Stadt Wien Auftraggeberin sei, sondern Auftraggeber „das Kuratorium Wiener Pensionisten-Wohnhäuser“ wäre. Zur Angebotsprüfung bzw. zur Aufforderung vom 12.3.2009 bringt die Antragsgegnerin ergänzend vor, dass nach der Ausschreibungsunterlage lediglich die Beurteilung der Angebote anhand der angeführten Kriterien sowie die Abgabe von ausführlich begründeten Empfehlungen zur weiteren Vorgangsweise für das Verhandlungsverfahren von der Bewertungskommission vorzunehmen gewesen sei. Eine Angebotsprüfung im Sinne der Paragraphen 122 f, BVergG 2006 sei somit nicht Aufgabe der Bewertungskommission gewesen, insbesondere nicht die Prüfung der Erfüllung der technischen Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen durch das Letztangebot der Antragstellerin. Aufgabe der Bewertungskommission sei die Beurteilung der Zuschlagskriterien sowie die Abgabe von Empfehlungen an die Auftraggeberin gewesen. Weiters übersehe die Antragstellerin, dass sich die Auftraggeberin gemäß Punkt B.4 erster Absatz der Ausschreibungsunterlage die Prüfung der Angebote „erforderlichenfalls unter Hinzuziehung weiterer Experten“ vorbehalten habe.

Aufgrund der in der zweiten Beurteilungssitzung des Preisgerichtes vom 28.1.2009 geäußerten Anmerkungen zum Letztangebot der Antragstellerin habe sich die Auftraggeberin entschlossen, das Angebot der Antragstellerin einer neuerlichen Prüfung durch die Vorprüfer sowie interner und externer Experten zu unterziehen. Es habe am 6.3.2009 eine ganztägige Sitzung stattgefunden, in der die Ergebnisse der neuerlichen Überprüfung des Letztangebotes der Antragstellerin und des weiteren Bieters erörtert worden seien. An dieser Sitzung hätte neben den Vorprüfern ein Vertreter der Auftraggeberin als interner Experte sowie als externer Experte Rechtsanwalt *** und *** (*** GmbH) teilgenommen. Die Ergebnisse dieser Sitzung seien in das Aufklärungsersuchen an die beiden Bieter vom 12.3.2009 eingegangen. Diese Vorgangsweise der Prüfung der Letztangebote, wie sie von der Antragsgegnerin vorgenommen wurde, habe „weder den gesetzlichen Bestimmungen noch den Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage“ widersprochen. Die Auftraggeberin hatte jedenfalls die Erfüllung der festgelegten technischen Mindestanforderungen zu prüfen.

Zu den Ausscheidungsgründen verweist die Antragsgegnerin auf ihr bisheriges Vorbringen und legt zur Verdeutlichung des Vorliegens derselben eine „Stellungnahme zur Nichterfüllung der Ausschreibungsbedingungen im Angebot der Bietergemeinschaft *** GmbH/*** aus technischer Sicht“, der von der Auftraggeberin beauftragten *** GmbH vom 19.5.2009 vor.

Eingangs der mündlichen Verhandlung vom 4.6.2009 hat die Antragstellerin ihre Anfechtungserklärung dahingehend modifiziert, dass die Entscheidung der Auftraggeberin vom 20.3.2009, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, für nichtig erklärt werden möge. Weiters hat die Antragstellerin die Berichtigung der Parteienbezeichnung auf die tatsächliche Auftraggeberin, nämlich „Kuratorium Wiener Pensionisten-Wohnhäuser“, beantragt.

Vorweg hatte der Senat den Einwand der mangelnden Passivlegitimation der Antragsgegnerin auf seine Berechtigung zu prüfen. Im einleitenden Schriftsatz wird als Auftraggeberin die „Stadt Wien, vertreten durch das Kuratorium Wiener Pensionisten-Wohnhäuser, 1090 Wien, Seegasse 9“, bezeichnet. In der europaweiten Bekanntmachung vom 10.6.2008 wird als öffentlicher Auftraggeber gleichfalls die „Stadt Wien, vertreten durch das Kuratorium Wiener Pensionisten-Wohnhäuser, Seegasse 9, A-1090 Wien“ angeführt. Nach der Aktenlage hat die Auftraggeberin in der dritten Anfragebeantwortung vom 16. Oktober 2008 unter anderem folgende Klarstellung vorgenommen:

„Im Ausschreibungstext wird als Auftraggeber die Stadt Wien, vertreten durch das Kuratorium Wiener Pensionisten-Wohnhäuser angegeben.

Es wird klargestellt:

Auftraggeber ist das Kuratorium Wiener Pensionisten-Wohnhäuser“.

Im Entwurf des Vertrages über die Generalplanerleistungen wird als Auftraggeber das „Kuratorium Wiener Pensionisten-Wohnhäuser, 1090 Wien, Seegasse 9“ angeführt.

Nach der Satzung des Kuratoriums Wiener Pensionisten-Wohnhäuser handelt es sich dabei um einen mit Rechtspersönlichkeit ausgestatteten, gemeinnützigen Fonds mit dem Zweck, Wohnhäuser und anderer Einrichtungen für in Wien wohnhafte Pensionist/innen zu erwerben, bzw. durch Neu- oder Umbau zu errichten, einzurichten und zu betreiben, des weiteren sowohl für diesen Personenkreis als auch für ältere außerhalb dieser Einrichtung in Wien lebenden Pensionist/innen durch Einrichtung und Unterhaltung sozialer Dienste die Führung eines eigenen Haushaltes zu erleichtern oder zu ermöglichen und die geistigen, gesellschaftlichen und kulturellen Kontakte zu sichern. Der Fonds hat seinen Sitz in Wien (§ 1 der Satzung). Der Fonds ist nicht auf Gewinn gerichtet (Präambel der Satzung). Die für die Zwecke des Fonds erforderlichen Mittel werden unter anderem aufgebracht, durch Beiträge von juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts (§ 2 lit. a der Satzung). Organe des Fonds sind der Vorstand, die Präsidentin, die Zentrale (Geschäftsstelle). Der Vorstand besteht aus der Präsidentin und 13 weiteren Mitgliedern. Präsident(in) ist der Bürgermeister oder die von ihm mit dieser Funktion betraute amtsführende Stadträtin. Elf Mitglieder sowie elf Ersatzmitglieder werden vom Stadtsenat bestellt. Zwei Mitglieder, welchen jedoch nur beratende Stimme zukommt, entsendet der Magistrat. Die Funktionsperiode des Vorstandes ist identisch mit der des Wiener Gemeinderates (§ 5 Z 1 und 2 der Statuten). Die Rechnungs- und Gebarungskontrolle wird vom Kontrollamt der Stadt Wien ausgeübt (§ 10 der Satzung). Die Satzung in der Fassung des Vorstandsbeschlusses vom 18.4.2005 wurde mit Bescheid der Magistratsabteilung 62 vom 13. Juni 2005 fondsbehördlich genehmigt (Zl. MA 62 – II/13316/05). Nach der Satzung des Kuratoriums Wiener Pensionisten-Wohnhäuser handelt es sich dabei um einen mit Rechtspersönlichkeit ausgestatteten, gemeinnützigen Fonds mit dem Zweck, Wohnhäuser und anderer Einrichtungen für in Wien wohnhafte Pensionist/innen zu erwerben, bzw. durch Neu- oder Umbau zu errichten, einzurichten und zu betreiben, des weiteren sowohl für diesen Personenkreis als auch für ältere außerhalb dieser Einrichtung in Wien lebenden Pensionist/innen durch Einrichtung und Unterhaltung sozialer Dienste die Führung eines eigenen Haushaltes zu erleichtern oder zu ermöglichen und die geistigen, gesellschaftlichen und kulturellen Kontakte zu sichern. Der Fonds hat seinen Sitz in Wien (Paragraph eins, der Satzung). Der Fonds ist nicht auf Gewinn gerichtet (Präambel der Satzung). Die für die Zwecke des Fonds erforderlichen Mittel werden unter anderem aufgebracht, durch Beiträge von juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts (Paragraph 2, Litera a, der Satzung). Organe des Fonds sind der Vorstand, die Präsidentin, die Zentrale (Geschäftsstelle). Der Vorstand besteht aus der Präsidentin und 13 weiteren Mitgliedern. Präsident(in) ist der Bürgermeister oder die von ihm mit dieser Funktion betraute amtsführende Stadträtin. Elf Mitglieder sowie elf Ersatzmitglieder werden vom Stadtsenat bestellt. Zwei Mitglieder, welchen jedoch nur beratende Stimme zukommt, entsendet der Magistrat. Die Funktionsperiode des Vorstandes ist identisch mit der des Wiener Gemeinderates (Paragraph 5, Ziffer eins und 2 der Statuten). Die Rechnungs- und Gebarungskontrolle wird vom Kontrollamt der Stadt Wien ausgeübt (Paragraph 10, der Satzung). Die Satzung in der Fassung des Vorstandsbeschlusses vom 18.4.2005 wurde mit Bescheid der Magistratsabteilung 62 vom 13. Juni 2005 fondsbehördlich genehmigt (Zl. MA 62 – II/13316/05).

Vorliegend steht somit fest, dass entgegen der Bekanntmachung nicht die Stadt Wien, vertreten durch das Kuratorium Wiener Pensionisten-Wohnhäuser Vertragspartner zum Abschluss der ausgeschriebenen Leistungen, nämlich des Vertrages über die Generalplanerleistungen für den Zubau und die Sanierung des Pensionisten-Wohnhauses Liebhartstal II sein soll, sondern der mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete Fonds Kuratorium Wiener Pensionisten-Wohnhäuser. Nach § 2 Z. 8 BVergG 2006 ist Auftraggeber jener Rechtsträger, der vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteilt oder zu erteilen beabsichtigt. Die Auftraggebereigenschaft richtet sich sohin allein danach, wer zivilrechtlicher Vertragspartner werden soll. Unzweifelhaft ist, dass die antragstellende Bietergemeinschaft mit ihrem Nachprüfungsantrag die Entscheidung jenes Auftraggebers bekämpft, der sie getroffen hat. Vorliegend steht somit fest, dass entgegen der Bekanntmachung nicht die Stadt Wien, vertreten durch das Kuratorium Wiener Pensionisten-Wohnhäuser Vertragspartner zum Abschluss der ausgeschriebenen Leistungen, nämlich des Vertrages über die Generalplanerleistungen für den Zubau und die Sanierung des Pensionisten-Wohnhauses Liebhartstal römisch zwei sein soll, sondern der mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete Fonds Kuratorium Wiener Pensionisten-Wohnhäuser. Nach Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG 2006 ist Auftraggeber jener Rechtsträger, der vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteilt oder zu erteilen beabsichtigt. Die Auftraggebereigenschaft richtet sich sohin allein danach, wer zivilrechtlicher Vertragspartner werden soll. Unzweifelhaft ist, dass die antragstellende Bietergemeinschaft mit ihrem Nachprüfungsantrag die Entscheidung jenes Auftraggebers bekämpft, der sie getroffen hat.

Wenn auch die Antragstellerin in ihrem einleitenden Schriftsatz die noch vor Abschluss der ersten Verfahrensstufe erfolgte Richtigstellung der Bezeichnung des Auftraggebers in ihrem einleitenden Schriftsatz nicht beachtet hat und vielmehr der Bekanntmachung folgend als Antragsgegnerin die Stadt Wien, vertreten durch den Fonds bezeichnet hat, steht doch eindeutig fest, dass sie sich mit ihrem Nachprüfungsantrag gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin im gegenständlichen Vergabeverfahren wendet. Diesem Umstand hat sie letztlich auch mit ihrem Antrag eingangs der mündlichen Verhandlung vom 4.6.2009 Rechnung getragen. Da nunmehr der Auftraggeber, mit dem der Generalplanervertrag abgeschlossen werden soll, eindeutig feststeht, war die Bezeichnung der Antragsgegnerin auf „Kuratorium der Wiener Pensionisten-Wohnhäuser“ richtig zu stellen (vgl. VfSlg. 17.678/2005; VfGH 27.11.2006, B 1084/06; VwGH 25.2.2002, 2001/04/0215 u.a.). Wenn auch die Antragstellerin in ihrem einleitenden Schriftsatz die noch vor Abschluss der ersten Verfahrensstufe erfolgte Richtigstellung der Bezeichnung des Auftraggebers in ihrem einleitenden Schriftsatz nicht beachtet hat und vielmehr der Bekanntmachung folgend als Antragsgegnerin die Stadt Wien, vertreten durch den Fonds bezeichnet hat, steht doch eindeutig fest, dass sie sich mit ihrem Nachprüfungsantrag gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin im gegenständlichen Vergabeverfahren wendet. Diesem Umstand hat sie letztlich auch mit ihrem Antrag eingangs der mündlichen Verhandlung vom 4.6.2009 Rechnung getragen. Da nunmehr der Auftraggeber, mit dem der Generalplanervertrag abgeschlossen werden soll, eindeutig feststeht, war die Bezeichnung der Antragsgegnerin auf „Kuratorium der Wiener Pensionisten-Wohnhäuser“ richtig zu stellen vergleiche VfSlg. 17.678 aus 2005,; VfGH 27.11.2006, B 1084/06; VwGH 25.2.2002, 2001/04/0215 u.a.).

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig angesehen werden kann, trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit an sich nicht bestritten wurde, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der anderen Seite mit der Möglichkeit zur Gegenäußerung zugestellt wurden, sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 4.6.2009 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin (§ 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006) ein zweistufiges Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe der Generalplanerleistungen für den Zubau und die Sanierung des Pensionisten-Wohnhauses Liebhartstal II in Wien 16. Es handelt sich um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich. Zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens waren fünf präqualifizierte Teilnehmer der ersten Stufe, darunter auch die Antragstellerin, zur Abgabe von Angeboten eingeladen worden. Vier Bieter haben an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens teilgenommen. Die Ausschreibung des Dienstleistungsauftrages ist ordnungsgemäß und europaweit erfolgt. Der Zuschlag soll auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden, wobei die städtebauliche und architektonische Qualität mit 30 %, die funktionelle, ökologische und innovative Qualität mit 40 %, die Qualität des bauorganisatorischen Vorschlages mit 10 %

und die Qualität des wirtschaftlichen Angebotes mit 20 % gewichtet sind. Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin (Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006) ein zweistufiges Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe der Generalplanerleistungen für den Zubau und die Sanierung des Pensionisten-Wohnhauses Liebhartstal römisch zwei in Wien 16. Es handelt sich um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellerbereich. Zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens waren fünf präqualifizierte Teilnehmer der ersten Stufe, darunter auch die Antragstellerin, zur Abgabe von Angeboten eingeladen worden. Vier Bieter haben an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens teilgenommen. Die Ausschreibung des Dienstleistungsauftrages ist ordnungsgemäß und europaweit erfolgt. Der Zuschlag soll auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden, wobei die städtebauliche und architektonische Qualität mit 30 %, die funktionelle, ökologische und innovative Qualität mit 40 %, die Qualität des bauorganisatorischen Vorschlages mit 10 % und die Qualität des wirtschaftlichen Angebotes mit 20 % gewichtet sind.

Grundlage für die zweite Verfahrensstufe ist der Ausschreibungstext zur zweiten Verfahrensstufe.

Eingangs dieser Ausschreibungsunterlage wird als Ziel des Verhandlungsverfahrens die Ermittlung eines Bestangebotes für Generalplanerleistungen angegeben (A.2). Die Aufgabenbeschreibung der ausgeschriebenen Leistungen wird sodann detailliert festgelegt (A.3, Seite 6 bis 8).

Im Abschnitt B wird der Ablauf des Vergabeverfahrens festgelegt. Unter B.2 wird der Grobterminplan des Verfahrens wiedergegeben, aus dem hervorzuheben ist, die konstituierende Sitzung der Bewertungskommission am 22.8.2008, die Abgabe der Angebote für die zweite Verfahrensstufe bis 12.11.2008, die Vorprüfung der Angebote vom 13.11. bis 2.12.2008, die erste Sitzung der Bewertungskommission (mit Short-Listing) am 3.12.2008, sodann Verhandlungen mit den zwei bestgereihten Bietern am 11.12.2008, die Abgabe der Letztangebote bis 14.1.2009, die Vorprüfung der Letztangebote vom 15. bis 27.1.2009, die zweite Sitzung der Bewertungskommission (Zuschlagsverfahren) am 28.1.2009 und die Zuschlagsentscheidung für 2.2.2009.

Der Ablauf der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens ist in dieser Ausschreibungsunterlage wie folgt geregelt (B.3):

- -Strichaufzählung
Angebotsabgabe

Das in der zweiten Stufe zu legendende Angebot ist in zwei Teilen abzugeben und muss zwingend enthalten:

Teil 1

- -Strichaufzählung
architektonischer Gestaltungsvorschlag gem. Punkt E der Angebotsunterlage
- -Strichaufzählung
Ein Sanierungskonzept Altbau
- -Strichaufzählung
ein Baubetreuungskonzept, welches Neubau und Sanierung umfasst sowie ein
- -Strichaufzählung
Umsiedlungskonzept

Diese Angebotsteile sind anonym einzureichen und werden von der Bewertungskommission des Auftraggebers bewertet werden.

- -Strichaufzählung
Teil 2

- -Strichaufzählung
Weiters ist ein Honorarvorschlag abzugeben.

- -Strichaufzählung
Vorprüfung der abgegebenen Vorschläge
- -Strichaufzählung
Sitzung der Bewertungskommission mit Shortlisting
- -Strichaufzählung
Mit den drei erstgereihten Bietern werden Verhandlungen geführt.
- -Strichaufzählung

Die im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter legen Letztangebote

- -Strichaufzählung

Nach einer Vorprüfung der Letztangebote beurteilt die Bewertungskommission diese anhand

der Zuschlagskriterien.

B.4 VORPRÜFUNG DER EINGEREICHTEN ANGEBOTE

Die eingereichten Angebote werden vor ihrer Beurteilung durch die Bewertungskommission nach objektiv erfassbaren und nachvollziehbaren Kriterien in Hinblick auf Erfüllung der Aufgabenstellung sowie auf grundsätzliche Übereinstimmung mit den Rahmenbedingungen der Aufgabenstellung und unter Berücksichtigung der unter Punkt B.6 angeführten Zuschlagskriterien von den Beratern des Auftraggebers, erforderlichenfalls unter Hinzuziehung weiterer Experten, vorgeprüft.

Die Vorprüfung erfolgt durch ein Expertenteam:

(Namen der Mitglieder werden angeführt)

Mängel der vorgelegten Angebote werden von der Vorprüfung lediglich festgehalten und der Bewertungskommission zur Kenntnis gebracht, die endgültige Bewertung obliegt allein der Bewertungskommission.

Die Vorprüfung wird insbesondere

die Überprüfung der Vollständigkeit der eingereichten Unterlagen, die Überprüfung der Einhaltung der in der Ausschreibung enthaltenen Bedingungen und die Darstellung objektiver Sachverhalte, die für die Beurteilung nach den Zuschlagskriterien relevant sind

vornehmen.

Die Ergebnisse der Vorprüfung werden der Bewertungskommission zu Beginn der Sitzungen in schriftlicher Form (Vorprüfbericht) vorgelegt.

Die Vorprüfung kann von der Bewertungskommission während ihrer Sitzung mit der Ausarbeitung weiterer Unterlagen und der Beschaffung zusätzlicher Informationen zur Verfahrensaufgabe und über die Projekte beauftragt werden.

Die Bewertungskommission kann für ihre Beurteilung über die Vorprüfung hinaus weitere Experten zuziehen.

B.5 ERSTE SITZUNG DER BEWERTUNGSKOMMISSION MIT SHORTLISTING

Feststellung der gestalterischen/technischen/wirtschaftlichen Qualitäten der anonymisierten Projekte durch die Bewertungskommission mit „Short-listing“ auf drei Bieter, dabei wird wie folgt vorgegangen:

Die vorgelegten Angebote werden jeweils entsprechend den Zuschlagskriterien gemäß Punkt B.6.1 – B.6.3 also ausschließlich anhand der Qualitätskriterien nach dem im Punkt B.6.5 beschriebenen Verfahren durch die Bewertungskommission beurteilt und gereiht. Das Zuschlagskriterium „Qualität des wirtschaftlichen Angebotes“ wird beim Short-Listing nicht herangezogen.

Aufgrund der festgestellten Qualitäten wird die Bewertungskommission einen projektspezifischen Fragen- und Empfehlungskatalog für die, für das weitere Verhandlungsverfahren ausgewählten Bieter, aufstellen.

Im Anschluss an die Ausarbeitung des Fragen- und Empfehlungskataloges wird die Anonymität aufgehoben und die Honorarangebote der drei erstgereihten Bieter geöffnet. Die Plausibilität der Honorarangebote wird überprüft.

B.6 BEWERTUNG DER ANGEBOTE DURCH DIE KOMMISSION / SHORT-LISTING /

ZUSCHLAGSKRITERIEN

Feststellung der gestalterischen/technischen/wirtschaftlichen Qualität der anonymisierten Projekte durch die Bewertungskommission mit „short-listing“ auf drei Bieter, erfolgt nach nachstehenden Kriterien:

B.6.1 Städtebauliche und architektonische Qualität (30%)

..... (Für das Nachprüfungsverfahren nicht relevant.)

B.6.2 Funktionelle, ökologische und innovative Qualität (40%)

Unter diesem Kriterium werden insbesondere folgende Aspekte berücksichtigt (diese stellen keine selbstständigen

Unterkriterien dar, sondern präzisieren lediglich den Inhalt des Kriteriums). Die unter diesem Kriterium genannten Aspekte ergeben sich aus dem Bebauungsvorschlag, der gewählten Gebäudetypologie und den vorgeschlagenen Nutzungs- und Funktionsbereichen;

- -Strichaufzählung
Einhaltung des geforderten Raum- und Funktionsprogramms
- -Strichaufzählung
Innovative Qualität im Sinne des IWP-Standard-Funktionskonzeptes
- -Strichaufzählung
Funktionalität und Qualität der angebotenen Einrichtungen
- -Strichaufzählung
Entwicklungsfähigkeit und Flexibilität zur Anpassung an den jeweils aktuellen Bedarf
- -Strichaufzählung
Anpassungsbedarf zur Einhaltung sämtlicher relevanten Gesetze und Bestimmungen
- -Strichaufzählung
Abschätzung der Wirtschaftlichkeit der Realisierung (Baukosten, Folgekosten) aufgrund der vorgeschlagenen funktionalen Typologie
- -Strichaufzählung
Ökologische und energiesparende Aspekte
- -Strichaufzählung
Garagenkonzept und Verkehrsführung
- -Strichaufzählung
Konzept zur Realisierbarkeit bei laufendem Betrieb
- -Strichaufzählung
Hebung der Synergieeffekte

B.6.3 Qualität des bauorganisatorischen Vorschlages (10%)

..... (Für das Nachprüfungsverfahren nicht relevant.)

B.6.4 Qualität des wirtschaftlichen Angebotes (20%)

..... (Für das Nachprüfungsverfahren nicht relevant.)

B.7 VERHANDLUNGEN

Mit den erstgereihten Bietern wird jeweils ein Verhandlungsgespräch geführt. Inhalt: die Festlegungen des Leistungsvertrages und die Übernahme der Empfehlungen der Bewertungskommission in den Lösungsvorschlag sowie die Höhe und Zusammensetzung des Honorars. Im Anschluss an das Verhandlungsgespräch ist vom Bieter ein LBO (letztes verbindliches Angebot) zu legen. Die Möglichkeit zur Einreichung eines grundlegend vom angebotenen Lösungsvorschlag abweichenden Konzeptes ist hierdurch nicht gegeben. B.8 ZWEITE SITZUNG DER BEWERTUNGSKOMMISSION ZUSCHLAGSVERFAHREN

B.8.1 Ermittlung der endgültigen Bieterreihung anhand des LBO (Darstellung des Bewertungsvorganges bzw. Vergabe der Punkte für das Nachprüfungsverfahren nicht relevant.)

Die jeweils in den Kriterien erzielten Bewertungspunkte werden zusammengezählt und daraus eine Gesamtreihung ermittelt. Das auf diese Weise ermittelte Bestangebot ist für den Zuschlag vorzusehen. (Keine Unterstreichung im Original.)

Im Abschnitt C werden die Angebotsbestimmungen und Rechtsgrundlagen festgelegt. In C.2 werden unter anderem die mit der Vorprüfung betrauten Personen namentlich angeführt. Unter C.5 werden die Berater des Auftraggebers, die mit den mit der Vorprüfung betrauten Personen ident sind, angeführt. Unter C.7 wird bestimmt, dass jedes Angebot mit Ausnahme des Honorarangebotes in anonymisierter Form abzugeben ist. Unter C.8 werden die einzureichenden Unterlagen im Detail angeführt.

Der Abschnitt D betrifft die Bewertungskommission. Unter D.1.1 werden die stimmberechtigten neun Mitglieder und neun Ersatzmitglieder der Bewertungskommission namentlich angeführt. Die Auftraggeberin ist mit ihrer Geschäftsführerin *** (Ersatz Direktor ***) und Dir. *** (Ersatz ***) vertreten. Unter D.3 wird ausgeführt, dass die

Bewertungskommission in ihrer konstituierenden Sitzung die Ausschreibungsunterlagen beraten und in der vorliegenden Fassung genehmigt hat.

Zur Vorgangsweise der Bewertungskommission wird in der Ausschreibung als für das Nachprüfungsverfahren von Bedeutung festgelegt:

D.4.1 Grundsätze der Bewertungskommission:

- -Strichaufzählung
Die Bewertungskommission setzt sich aus den in der Ausschreibungsunterlage genannten Mitgliedern oder deren Ersatzmitglieder zusammen.
- -Strichaufzählung
die Bewertungskommission ist zur Objektivität und zur Einhaltung der Verfahrensbedingungen verpflichtet und trägt diesbezüglich die Verantwortung gegenüber dem Auftraggeber und den Bietern.
- -Strichaufzählung
Die Bewertungskommission und deren einzelne Mitglieder sind weisungsfrei.
- -Strichaufzählung
Die Mitglieder üben ihre Funktion in allen Abschnitten des Verfahrens persönlich aus.

D.4.2 Aufgaben der Bewertungskommission

Die Aufgaben der Bewertungskommission sind insbesondere

- -Strichaufzählung
die Beurteilung der Angebote anhand der oben angeführten Kriterien.
- -Strichaufzählung
die Auswahl eines Bestbieters und gegebenenfalls eine Reihung der Angebote
- -Strichaufzählung
die Abgabe von ausführlich begründeten Empfehlungen zur weiteren Vorgangsweise für das Verhandlungsverfahren.

Unter D.4.5 „Geschäftsordnung Bewertungskommission“ wird unter anderem ausgeführt, dass die Vorprüfung „ein Hilfsinstrument der Bewertungskommission“ ist.

Der Teil II der Ausschreibungsunterlage behandelt unter dem Abschnitt E zunächst die Aufgabenstellung, die ausführlich und im Detail dargelegt wird. Darin führt die Auftraggeberin vor allem aus, nach welchen Vorgaben der Zubau zum Pensionisten-Wohnhaus Liebhartstal II geplant und errichtet werden soll. Schwerpunkt dabei ist die Verwirklichung „des Projektes Innovative Wohn- und Pflegehäuser“. Darin wird unter der Leistungsgruppe 1 (Seite 31f) ausgeführt, dass die Aufgabenstellung in der Erarbeitung eines Projektvorschlages für eine Neubebauung des Planungsareals unter besonderer Berücksichtigung unter anderem „der Erfüllung der räumlichen und funktionellen Anforderungen an den Standard und das Leitbild des KWP für Innovative Wohn- und Pflegehäuser gemäß „IWP-Standardraum- und Funktionskonzept“ nach dem WWPG entsprechen soll. Auch in der Leistungsgruppe 2 (Seite 32) soll eine Konzeption für die Sanierung des bestehenden Pensionisten-Wohnhauses im Sinne der räumlichen und funktionellen Anforderungen an den Standard und das Leitbild des KBW für Innovative Wohn- und Pflegehäuser gemäß „IWP-Standardraum- und Funktionskonzept“ vorgeschlagen werden. Der Teil römisch zwei der Ausschreibungsunterlage behandelt unter dem Abschnitt E zunächst die Aufgabenstellung, die ausführlich und im Detail dargelegt wird. Darin führt die Auftraggeberin vor allem aus, nach welchen Vorgaben der Zubau zum Pensionisten-Wohnhaus Liebhartstal römisch zwei geplant und errichtet werden soll. Schwerpunkt dabei ist die Verwirklichung „des Projektes Innovative Wohn- und Pflegehäuser“. Darin wird unter der Leistungsgruppe 1 (Seite 31f) ausgeführt, dass die Aufgabenstellung in der Erarbeitung eines Projektvorschlages für eine Neubebauung des Planungsareals unter besonderer Berücksichtigung unter anderem „der Erfüllung der räumlichen und funktionellen Anforderungen an den Standard und das Leitbild des KWP für Innovative Wohn- und Pflegehäuser gemäß „IWP-Standardraum- und Funktionskonzept“ nach dem WWPG entsprechen soll. Auch in der Leistungsgruppe 2 (Seite 32) soll eine Konzeption für die Sanierung des bestehenden Pensionisten-Wohnhauses im Sinne der räumlichen und funktionellen Anforderungen an den Standard und das Leitbild des KBW für Innovative Wohn- und Pflegehäuser gemäß „IWP-Standardraum- und Funktionskonzept“ vorgeschlagen werden.

Im Abschnitt E.4 werden die Qualitätsanforderungen an das Innovative Wohn- und Pflegehaus Liebhartstal II wie folgt dargestellt: Im Abschnitt E.4 werden die Qualitätsanforderungen an das Innovative Wohn- und Pflegehaus Liebhartstal römisch zwei wie folgt dargestellt:

E.4.1 Allgemeines

Besonderes Augenmerk ist auf die Einhaltung der gesetzlichen Rahmenbedingungen und behördlichen Auflagen zu legen: An erster Stelle ist hier das Wiener Wohn- und Pflegehausgesetz und seine Durchführungsverordnung zu berücksichtigen. Zusätzlich wird die Einhaltung der ÖNORM B1600 und 1601, sowie der TRVB verlangt.

Des Weiteren ist auf eine wirtschaftliche Realisierbarkeit innerhalb der Wiener Wohnbauförderung zu achten.

Energetisch muss das Projekt zumindest den Niedrigenergiehausstandard erreichen.

Auf eine ökonomische Bauweise insbesondere im Betrieb ist zu achten, wie etwa Vermeidung langer Gänge, etc.

Es ist auf die lange Nutzungsdauer des Hauses zu verweisen, diese soll die erforderliche Flexibilität aufweisen, um durch technisch einfache Umbauten an den jeweils aktuellen Bedarf und dem damit erforderlichen Stand der Pflege angepasst werden zu können.

Um die zur Verfügung stehenden Baukosten vor allem qualitätssteigernd einsetzen zu können, haben wir hier für Sie die häufigsten Kostentreiber zusammengestellt. Ebenso belasten einige Punkte auch unnötig die späteren Betriebskosten des Gebäudes.

- -Strichaufzählung
Das konstruktive System soll nach Möglichkeit von der Tiefgarage bis in das letzte Geschoss durchgezogen werden. Das tragende System ist idealerweise mit den Trennwänden der Bewohnerzimmer identisch.
- -Strichaufzählung
Ver- und Entsorgungsschächte sind stets geradlinig zu führen. Wenn möglich nur ein Schacht für zwei Bewohnerzimmer.
- -Strichaufzählung
Durch ein Optimieren des Oberflächen – Volumsverhältnisses lassen sich hohe Dämmstoffstärken bzw. niedrige k-Werte bei Fenstern vermeiden. Im Idealfall beträgt das Oberflächen – Volumsverhältnis 3 oder höher und das Verhältnis zwischen Nutzfläche und der gedämmten Außenhaut des Gebäudes 1,0 oder darunter. Passive Sonnenenergie lässt sich im Wesentlichen nur bei südseitig ausgerichteten Fenstern generieren.
- -Strichaufzählung
Um die Schallschutzanforderungen für Außenwände gemäß Bauordnung auch wirtschaftlich erfüllen zu können, darf der Fensteranteil in der Außenwand (bezogen auf den Raum) nicht über 45% liegen.
- -Strichaufzählung
In einer effizient geplanten Garage benötigt ein Stellplatz nicht mehr als 25 m² Bruttogrundrissfläche (inkl. Rampe und Fahrstraßen).

E.4.2 Anforderungen an das Gebäude

- -Strichaufzählung
Die Stiegenhäuser sollen so geplant werden, dass eine Trennung von den Nutzungen im EG möglich ist und sollen hell und wenn möglich natürlich belichtet sein.
- -Strichaufzählung
Stiegenhaus-, und mögliche Laubengangverglasungen sollen einfach, gefahrlos und ohne den Einsatz von speziellen Hilfsmitteln geöffnet und gereinigt werden können. Bei der Verglasung von Stiegenhäusern, insbesondere bei Glasüberdachungen ist auf die sommerliche Überwärmung zu achten.
- -Strichaufzählung
Personenlifte sollten im Sichtbereich des Stützpunktes angeordnet werden. Andere Ver- und Entsorgungslifte könnten entsprechend dem gewählten Konzept auch anders situiert werden.
- -Strichaufzählung
Vorrangig ist die alternative Nutzungsmöglichkeit von Bewohnerzimmern als abgeschlossene Wohnung oder Wohneinheiten für eine oder mehrere Personen durch folgende Maßnahmen zu schaffen:
- -Strichaufzählung

Wahlweise als Bad oder Küche nutzbare Nassräume durch bauseitig vorgesehene, entsprechende Installationsmöglichkeit.

- -Strichaufzählung

Flexible Tragstruktur – mit ausreichendem Achsmaß der Bewohnerzimmer (mind. 4 m)

- -Strichaufzählung

Statisches System ist bevorzugt als Außenwand - Mittelwand – Außenwand herzustellen

E.4.3 Bewohnerappartements:

Das Bewohnerzimmer sowie das eigene Bad, der Vorraum und die Loggia bilden den „primären Wohnbereich“.

Bezogen auf das gesamte IWP als bauliche Einheit, sollte die Lage aller Bewohnerzimmer als Wohn-/Aufenthaltsräume auch im Hinblick auf Himmelsrichtung, Belichtung, Ausblick und Nähe zur vertikalen Erschließung festgelegt werden.

Größe der Einzelappartements: 31,0 m²

Einbettzimmer: 22,0 m²

Du/WC 5,0 m²

Vorzimmer 4,0 m²

Folgende Ansprüche sind zu berücksichtigen:

- -Strichaufzählung
nach Möglichkeit die Zimmer zur Sonne und zum Garten hin ausrichten – keine reine Nordlage
- -Strichaufzählung
Nähe zu Kommunikations-, und Gemeinschaftsbereichen, sowie Gemeinschaftsräumen
- -Strichaufzählung
Näher zum Personalstützpunkt – die Zimmer sollen nach Möglichkeit winkelförmig an den zentralen Stützpunkt anschließen, um Wegelängen zu minimieren und eine gute Übersichtlichkeit zu gewährleisten.
- -Strichaufzählung
Jedes Zimmer soll einen gewissen Grad an Flexibilität aufweisen. Bei Einbettzimmern sind generell Sollbruchstellen zur Verbindung vorzusehen, um die Zimmer an verändernde Lebensbedingungen (z.B. bei „Partnerstübchen“, wo Partner getrennt schlafen wollen) anpassen zu können.
- -Strichaufzählung
Gestaltungs- und Möblierungsmöglichkeiten – Pflege von beiden Seiten muss möglich sein.
- -Strichaufzählung
Fenster sollen einfach, gefahrlos und ohne den Einsatz von speziellen Hilfsmitteln geöffnet und gereinigt werden können.
- -Strichaufzählung
Im Vorraum muss Platz für Garderobe und ggf. Abstellflächen zur Verfügung stehen.
- -Strichaufzählung
Im Bewohnerbad (behindertengerecht) sollte neben den barrierefrei zugänglichen Sanitärgegenständen genügend Platz für im Sitzen erreichbare Ablageregele oder -schränke (für Waschutensilien) und eine getrennte Aufhängevorrichtung für Waschtücher und Handtücher sein.
- -Strichaufzählung
Im Falle, dass Loggien errichtet werden, ist darauf zu achten, dass die verwendete Größe des Pflegebettes berücksichtigt wird. Bei der Ausbildung der Loggia und der Grenze zum Zimmer ist darauf zu achten, dass die Bettrollen diese Schwelle ohne Widerstand (barrierefrei) überwinden können. Die Baukosten der Loggien sollen merklich unter den Baukosten der Wohnräume liegen

Abschnitt E.6 betrifft das Raum- und Funktionsprogramm. E.6 RAUM- UND FUNKTIONSPROGRAMM

Das diesem Projekt zugrunde gelegte Raum- und Funktionsprogramm wurde von HHC & Partner verfasst und wird als Beilage D.1 dieser Ausschreibung beigelegt.

Das von HHC & Partner verfasste „IWP-Standard Raum- und Funktionskonzept“ stellt ein prinzipielles Raum- und Funktionskonzept für sämtliche Häuser, die künftig als Innovative Wohn- und Pflegehäuser geführt werden sollen.

Aus diesem Grund ist das Konzept modular aufgebaut und fasst Räumlichkeiten nach ihrer Funktion und Nutzung zusammen.

Die detaillierte Beschreibung der einzelnen Module ist dem „IWP- Standard raum- und Funktionskonzept" (D.1) zu entnehmen. Nachfolgend werden in dieser Ausschreibung nur zusammenfassende bzw. ergänzende Feststellungen zum Raum- und Funktionsprogramm (RFP) gegeben.

Verkehrs- und Erschließungsflächen ergeben sich nicht nach dem RFP sondern sind gemäß architektonischer bzw. planerischer Umsetzung zu erfassen.

Die einzelnen Flächengrößen der Module ist dem Raum- und Funktionsprogramm (Zusatzinformation D.2) zu entnehmen.

E.6.1 Raum- und Funktionsmodule

Die genaue Beschreibung der Module ist dem „IWP-Standard Raum- und Funktionskonzept" zu entnehmen. Nachstehend werden lediglich projektspezifische Besonderheiten, Ergänzungen und Erläuterungen dazu angeführt.

E.6.1.6 Zusammenfassung RFP

Zusammenfassend wird im RFP folgende Größenordnung der Funktionsbereiche festgelegt:

Verwaltung	248 m2
Zentrale Einrichtungen	574 m2
Archiv / Lager	276 m2
Sonstiges	351 m2
Pflegewohnen (Modul A 10 – 16 Bew.)	5.992 – 8.217 m2
SUMME NNF (NEUBAU)	7.441 - 9.666 m2
Pflegewohnen im Andockbereich Altbestand	856 – 1.399 m2
Ordination und Hausambulanz (Altbestand)	74 m2
SUMME NNF (BESTAND)	930 - 1473 m2
SUMME NNF (GESAMT)	8.371 – 11.139 m2
SUMME BGF (GESAMT)	12.980 – 17.260 m2
zuzügl. Tiefgarage für rd. 120 StPl.	3.000 m2
SUMME BGF (ober- + unterirdisch)	15.980 – 20.260 m2

Im Kapitel F der Ausschreibung ist unter Zusatzinformationen unter F.2 ein Raum- und Funktionsprogramm angeschlossen. Eine Festlegung, dass die Erfüllung des RFP jedenfalls nachzuweisen ist („Musskriterium"), findet sich in der Ausschreibung nicht.

Am 17.11.2008 wurden die eingelangten Erstangebote geöffnet. Von den fünf zur Angebotsabgabe in der zweiten Stufe des Verfahrens eingeladenen Bietern haben vier Angebote, darunter auch die Antragstellerin, gelegt. Das anonymisierte Angebot der Antragstellerin hat die Kennzahl 0002 erhalten.

Die Angebote wurden in Folge den Vorprüfern zur Prüfung übergeben. In einer ersten Einschätzung haben die Vorprüfer festgehalten, dass in formaler Hinsicht sämtliche Angebote korrekt eingebracht wurden.

Es findet sich sodann in den Vergabeakten im Vorprüfbericht 1. Abgabe vom 2.12.2008. Darin werden die abgegebenen Angebote zunächst gemeinsam behandelt und in Abschnitt 3 zur Einhaltung der Rahmenbedingungen ausgeführt:

„Entsprechend der Aufgabenstellung für das Verhandlungsverfahren haben alle Teilnehmer die vorgegebene Aufgabenstellung

Errichtung eines neuen „Innovativen Wohn- und Pflegehauses" als Zubau zum bestehenden Haus

Errichtung eines Grünraumes

Sanierung/Umbau des Bestandsgebäudes

erfüllt".

Unter Punkt 8.1 „Durchschnittliche Zimmergrößen" wird im Vorprüfbericht festgehalten:

„Gemäß der Ausschreibung wurde eine Appartementgröße von 31 m² für das Einzelappartement und

51 m² inklusive Loggia für das Doppelappartement

vorgegeben.

In sämtlichen Angeboten wurden die 31 m² für das Einzelappartement eingehalten. Für das Doppelappartement inklusive Loggia variieren die Vorschläge im Bereich des Neubaus wie folgt:

Angebot 1 62 m², Angebot 2 51 m², Angebot 3 58 m² und Angebot 4 52 m²". Sodann wird das Ergebnis der Prüfung jedes einzelnen Angebotes in je einem Kapitel dargestellt. Dieser Vorprüfungsbericht ist der Bewertungskommission in ihrer ersten Beurteilungssitzung vom 3.12.2008 vorgelegen. Schriftführerin war ***. Aus diesem Protokoll ist festzuhalten, dass der Vorprüfer *** seinen Bericht vorgetragen hat und ausführte, dass „die formalen Kriterien von den Teilnehmern eingehalten wurden und die Aufgabenstellung von allen in einem ausreichend ablesbaren Bearbeitungsgrad bearbeitet und dargestellt wurde". Anschließend wurden den Mitgliedern des Beurteilungsgremiums die jeweiligen Angebote anhand der Ergebnisse der Vorprüfung erläutert (architektonische Aspekte, Grünraum, Einhaltung des Raum- und Funktionsprogramms, Verteilung der Funktionen usw.). Sodann wurden die angebotenen Lösungen diskutiert. Im Protokoll ist die Bemerkung der Vertreterin der Auftraggeberin festgehalten, wonach ein Planungsspielraum für die Architekten „deren Auftrag darin besteht sinnvolle Vorschläge zu entwickeln", wichtig sei. „Sollte sich die Notwendigkeit ergeben, die Funktionen autark zu gestalten, kann das dann in einem späteren Zeitpunkt der Planungsphase nachgeholt werden". Zusammenfassend wurde zu den Angeboten festgehalten: „Der Auftraggeber hält fest, dass die wesentliche Beurteilungsgrundlage der Beurteilungskommission die genaue Einhaltung des Raum- und Funktionsprogramms ist" (Seite 3 des Protokolls). Sodann wurde ein erster Wertungsdurchgang durchgeführt und die einzelnen Angebote detailliert diskutiert.

Zum Angebot 2 (Antragstellerin) wurde im Protokoll unter der Überschrift „funktionelle, ökologische und innovative Qualität" festgehalten:

„Neubau:

Die prinzipielle Verteilung der Funktionsbereiche erscheint geglückt. Die engen Abstandsflächen zwischen den Gebäuden bedingen Belichtungsprobleme in den Wohnbereichen.

Die Zimmerkonfiguration ist für den geforderten Zweck ungeeignet (Türbreiten, Vorräume, Gangbreiten zu schmal).

Innere Erschließung nicht optimiert, Kernbereiche bedingen sehr schmale Gänge.

Rampensystem, insbesondere im EG untragbar.

Garagenerschließung erscheint sinnvoll.

Altbau: Situierung der C-Module ist funktionell ungünstig (lange Wege) und bringt

Belichtungsprobleme mit sich".

Schließlich wurden „gemäß der in der Ausschreibung unter Punkt B.5 festgelegten Vorgangsweise ... die Angebote jeweils entsprechend den Zuschlagskriterien gemäß Punkt B.6.1 bis B.6.3 beurteilt und gereiht". Als Ergebnis der Bewertung wurde das Angebot 2 mit 6,4 gewichteten Punkten vor dem Angebot des Teilnehmers 3 mit 5 gewichteten Punkten gereiht.

Aufgrund dieses Ergebnisses ist das Beurteilungsgremium einstimmig zum Ergebnis gelangt, das Angebot 4 (1,6 gewichtete Punkte) nicht weiter zu verfolgen und die Angebote 1 (3,6 gewichtete Punkte), 2 und 3 für die nächste Phase des Verfahrens vorzuschlagen.

Im Anschluss an diese Bewertung wurden vom Vorsitzenden die Verfasserbriefe geöffnet und die Namen der Bieter damit bekannt gegeben.

Als Anhang zum Protokoll finden sich Empfehlungen und offene Fragen zu den drei erstgereichten Angeboten. Zum Angebot der Antragstellerin wird darin unter anderem festgehalten, dass „die angegebenen Mindestflächen und Mindestanforderungen des Raumprogramms keinesfalls zu unterschreiten“ sind und die Anordnung von einem C (Staff)-Modul je Wohngeschoß einzuhalten ist. Die Empfehlungen und offenen Fragen zum Angebot 2 sind auf insgesamt drei Seiten festgehalten.

Am 11.12.2008 hat mit der Antragstellerin ein Bietergespräch stattgefunden. Mit der Einladung wurden der Antragstellerin die Fragen und Empfehlungen zu ihrem Angebot übermittelt, die sich mit dem Anhang zum Protokoll der ersten Beurteilungssitzung decken. Dem Inhalt dieses Protokolls ist lediglich zu entnehmen, dass nach Beendigung der Angebotsvorstellung „der Vorsitzende den Bietern die positiven Punkte, die im Gremium Erwähnung gefunden haben“ erläutert und auch die Kritikpunkte verdeutlicht hat. Weiters wird festgehalten, „dass die Bieter aufgefordert sind, sämtliche Empfehlungen des Protokolls zur Beurteilungssitzung für die Endabgabe (LBO) zu beachten. Anschließend wurden vom Beurteilungsgremium Fragen gestellt bzw. nochmals ausgewählte Empfehlungen erörtert, die sich im Wesentlichen mit dem Begleitschreiben zur Einladung zum Bietergespräch decken. Unter den im Protokoll angeführten „ausgewählten Empfehlungen“ wird die Einhaltung des Raum- und Funktionsprogramms nicht konkret angeführt.

Die drei Bieter, die von der Antragsgegnerin zu Bietergesprächen eingeladen waren, haben rechtzeitig Letztangebote gelegt. Diese wurden am 15.1.2009 geöffnet. Die abgegebenen Angebote samt allen Beilagen wurden in der Folge den Vorprüfern zur Begutachtung übermittelt. Es findet sich sodann in den Vergabeakten eine Niederschrift über die formale und rechtliche Prüfung der Letztangebote. Zum Letztangebot der Antragstellerin wird dazu abschließend festgehalten, dass dieses Angebot „formal dem BVergG und den Ausschreibungsunterlagen“ entspricht. Von den Vorprüfern wurde sodann ein Vorprüfbericht zur Vorbereitung der zweiten Beurteilungssitzung des Preisgerichtes am 28.1.2009 erstellt. Dieser als Beilage 29 der Vergabeakten erliegende Vorprüfbericht hält zunächst allgemein fest, dass sämtliche Bieterplanunterlagen und Berichte abgegeben haben, die im Wesentlichen eine ausreichende Ausarbeitung aufweisen, um die Erfüllung der Aufgabenstellung mit hinreichender Deutlichkeit ablesen zu können und die ebenfalls der in der Ausschreibung geforderten Ausführung der einzureichenden Arbeiten entsprechen (Seite 2).

Zur Einhaltung der Rahmenbedingungen wird hinsichtlich der drei Angebote festgehalten, dass „entsprechend der Aufgabenstellung für das Verhandlungsverfahren ... alle Teilnehmer die vorgegebene Aufgabenstellung Errichtung eines neuen Innovativen Wohn- und Pflegehauses als Zubau zum bestehenden Haus

Errichtung eines Grünraumes

Sanierung/Umbau des Bestandsgebäudes

erfüllt“ haben (Seite 3).

Weiter wird festgestellt, dass die vom Beurteilungsgremium in der ersten Beurteilungssitzung formulierten und in den jeweiligen Bietergesprächen diskutierten Empfehlungen im Wesentlichen von den Bietern in ihre Angebote eingearbeitet wurden (Seite 4).

Zu den durchschnittlichen Zimmergrößen wird im Vorprüfungsbericht (Seite 11) festgehalten, dass die nach der Ausschreibung vorgegebene Appartementgröße von 31 m² für das Einzelappartement und 51 m² inklusive Loggia hinsichtlich der Einzelappartements in sämtlichen Angeboten eingehalten wurden. Hinsichtlich des Doppelappartements inklusive Loggia variieren die Vorschläge im Bereich des Neubaus jedoch zwischen 62 und 64 m².

Nach diesen allgemeinen Bewertungen werden die Einzelangebote jeweils im Detail behandelt. Im Deckblatt zum Angebot der Antragstellerin wird auch der Umfang der Einarbeitung der Empfehlungen dargestellt. Als Probleme des Angebotes werden zusammenfassend bezeichnet:

„C-Modul entspricht nicht dem vorgegebenen RFP, tw. Belichtungsprobleme, WC-Anlagen B-Modul zu klein; Ess- und Wohnbereiche A-Module tw. zu klein; Kochnische im Wohnbereich problematisch.“

Anschließend an diese Ausführungen finden sich Tabellen mit Berechnungen zur Flächenbilanz, gebäude- und nutzungsbezogenen Kennzahlen sowie über Nutzflächen nach Funktionsbereich. Der Vorprüfungsbericht wurde am 27.1.2009 erstellt.

In der zweiten Beurteilungssitzung des Preisgerichtes vom 28. Jänner 2009 ist allen Mitgliedern der Vorbericht

betreffend die Letztangebote der verbliebenen Bieter vorgelegen. Die Vertreterin der Antragsgegnerin hat eingangs der Sitzung „nochmals eindringlich erläutert, dass der wesentliche Anspruch des Auslobers an den auszuwählenden Entwurf ein funktionierendes IWP für eine Zielgruppe von Menschen im Alter 80+ ist. Das Gebäude soll den Vorgaben des Raum- und Funktionsprogramms soweit wie möglich entsprechen. Die Vorgaben im Bezug auf die Funktionalität sind wesentliches Kriterium für die Umsetzung des innovativen Betriebs- und Organisationskonzepts. Wesentlich für die Konzeptentwicklung war die Ausrichtung an den Bedürfnissen der zukünftigen Bewohner/innen in Verbindung mit einem ökonomisch effizienten Betrieb.“ Im Anschluss an diese Erklärung hat der Vorsitzende die Leitung der Sitzung übernommen. Sodann hat *** anhand des zweiten Vorprüfberichtes die Ergebnisse der Vorprüfung in zusammenfassender und vergleichender Art wiedergegeben. Nach dem Protokoll hat der Vorprüfer erklärt, dass „die formalen Kriterien ... von den Teilnehmern eingehalten und die Aufgabenstellung von allen in einem ausreichend ablesbaren Bearbeitungsgrad bearbeitet und dargestellt“ wurden. Nach einem „gemeinsamen Rundgang“ der Mitglieder des Beurteilungsgremiums, bei dem den Mitgliedern vor dem jeweiligen Angebot die Ergebnisse der Vorprüfung pro Angebot besonders hinsichtlich der vertieft abgefragten Punkte und Empfehlungen erläutert wurden, wurde die um 9.00 Uhr begonnene Sitzung um 12.30 Uhr für eine Dreiviertelstunde unterbrochen.

Nach der Mittagspause hat das Beurteilungsgremium die Diskussion zu den Angeboten fortgesetzt, wobei festgehalten wird, dass jeder Juror die Gelegenheit erhält, die positiven und negativen Aspekte der Angebote aus seiner Sicht zu erläutern. Zum Angebot 2 wird – offenbar als Ergebnis dieser Erörterungen – unter anderem festgehalten, dass „die Umsetzung des Raumprogramms ... aus Sicht des Betreibers als unzureichend angesehen“ wird. Weiters wird dazu festgehalten, dass die C-Module nach wie vor nicht den Anforderungen des Raum- und Funktionsprogramms entsprechen, dass die vorgeschlagenen Stahlskelettbauweise vom Bauherrn abgelehnt werde, etc..

Im Anschluss an diese Ausführungen wird festgehalten, dass keine Einstimmigkeit für ein Angebot erzielt werden kann, weshalb die Juroren Punkte nach den in der Ausschreibung genannten Zuschlagskriterien vergeben. Es findet sich sodann im Protokoll eine Tabelle über die von den drei Bietern erreichten Wertungspunkte bzw. Gesamtpunkte. Danach entfallen auf die Antragstellerin 97,11, auf das Angebot des Zweitgereihten 93,32 und auf das Angebot des Drittgereihten 68,32 Punkte. Im Anschluss an diese Tabelle wird festgehalten, dass aufgrund der abgegebenen Bewertung der einzelnen Mitglieder des Beurteilungsgremiums das Angebot 2 (= Antragstellerin) mit 97,11 Bewertungspunkten als erstgereihtes vorgeschlagen wird. Dem Protokoll angeschlossen sind neben der Anwesenheitsliste die Beurteilungsblätter der Mitglieder der Bewertungskommission.

In den Vergabeakten findet sich sodann je ein Schreiben vom 24.2.2009 an die drei verbliebenen Bieter mit dem Ersuchen, der Verlängerung der Zuschlagsfrist (Bindungswirkung des Angebotes) bis zum 12. Juni 2009 zuzustimmen. Alle drei Bieter haben diesem Ersuchen entsprochen.

Aus den vorgelegten Vergabeakten ist eine weitere Bearbeitung der Angebote nicht ersichtlich. Es findet sich schließlich ein Schreiben vom 12.3.2009 an die Antragstellerin mit folgendem Inhalt:

„Ihr Angebot wurde in der Sitzung der Bewertungskommission vom 28.1.2009 positiv bewertet und kommt daher für die Zuschlagserteilung im gegenständlichen Verfahren in Betracht. Die Bewertungskommission hat ihre Entscheidung in dem Wissen getroffen, dass Projekte in einem so frühen Stadium der Planung notwendiger Weise gewisse Defizite aufweisen.

Da es sich aber beim gegenständlichen Verfahren um ein Verhandlungsverfahren handelt, das grundsätzlich mit einem Zuschlag auf ein bestimmtes Angebot enden muss, ist es vor Erteilung des Zuschlages wesentlich zu überprüfen, ob die in Ihrem Projekt von der Vorprüfung bzw. von der Bewertungskommission festgestellten Mängel die Realisierung des von Ihnen vorgelegten Projektes im Rahmen der in der Ausschreibung gemachten Vorgaben unmöglich machen oder nicht.

Sollte sich im Rahmen dieser Aufklärung zeigen, dass das Ihrem Angebot zugrunde liegende Projekt im Rahmen der Vorgaben der Ausschreibung nicht realisierbar ist, würden wir uns zu unserem großen Bedauern gezwungen sehen, Ihr Angebot gem § 129 Abs 1 Z (7) BVergG auszuschneiden. Sollte sich im Rahmen dieser Aufklärung zeigen, dass das Ihrem Angebot zugrunde liegende Projekt im Rahmen der Vorgaben der Ausschreibung nicht realisierbar ist, würden wir uns zu unserem großen Bedauern gezwungen sehen, Ihr Angebot gem Paragraph 129, Absatz eins, Z (7) BVergG auszuschneiden.

Wir laden Sie daher ein, den Nachweis zu führen, dass Sie unten stehende Vorgaben der Ausschreibung mit Ihrem

Projekt erfüllen können.

Wir ersuchen Sie, Ihre Nachweise längstens bis 27.03.2009 der Einlaufstelle (***) zu übermitteln, verspätete Nachweise werden nicht berücksichtigt und führen zum Ausscheiden des Angebotes.

Der Nachweis ist jedenfalls schriftlich, erforderlichenfalls auch planlich, zu führen.

FESTSTELLUNGEN ZU IHREM ANGEBOT (Angebot 2)

- -Strichaufzählung
Die Flächenvorgaben des Raum- und Funktionsprogramms (RFP) sind Mindestanforderungen und jedenfalls einzuhalten. Die Raum- bzw. Flächenvorgaben sind absolut oder wenn angegeben als „m2“ bzw „Bett“ einzuhalten.
- -Strichaufzählung
Sämtliche Räume sind gemäß den Vorgaben des RFP nachzuweisen (das gilt für alle Module) insbesondere
- -Strichaufzählung
A-Module: Wohnzimmer und Küche – Essbereich zu klein (Wegflächen sind nicht einzuberechnen)
- -Strichaufzählung
B-Module: WC-Damen/Herren zu klein; im Bestand EG und 1. OG nicht ausgewiesen
- -Strichaufzählung
C-Module entsprechen nicht dem vorgegebenen RFP
- -Strichaufzählung
Statik: Die durchgängige Lastabtragung bis ins UG ist nachzuweisen.
- -Strichaufzählung
Darstellung des Sonnenschutzes, sowie die Erbringung eines Sommertauglichkeitsnachweises nach ÖNORM 8110Teil 3 (gemäß Ausschreibung Pkt. E.5.3), sodass keine Klimatisierung notwendig ist.
- -Strichaufzählung
Eine Verbindungsmöglichkeit von 2 Einzelappartements zu einem Doppelappartement ist darzustellen (gemäß Ausschreibung Pkt. E.5.2)
- -Strichaufzählung
Entsprechend Vorgabe (gemäß Ausschreibung Pkt. E.4.1) sind die Ver- und Entsorgungsschächte zumindest überwiegend geradlinig zu führen.
- -Strichaufzählung
Das Brandschutzkonzept (insbesondere auch der 2. Fluchtweg) ist nachzuweisen. Die Umsetzbarkeit der Richtlinien lt. TRVB N13203 und N13378 ist nachzuweisen.
- -Strichaufzählung
Nachweis der einfachen Bedienbarkeit der Fensterelemente im Hinblick auf das „Zielpublikum“.
- -Strichaufzählung
In den Wohneinheiten ist jedenfalls die Nutzung der Fensternische richtig zu stellen (Sitznischen?).
- -Strichaufzählung
Für die verglasten Fensternischen ist im Fall der Verwendung von Sitznischen ein ganzjähriger Behaglichkeitsnachweis zu erbringen.
- -Strichaufzählung
Eine Detaillierung des Bauablaufes samt Nachweis der Umsetzbarkeit bei „laufendem Betrieb“ ist zu erbringen.
- -Strichaufzählung
Jedes Projekt benötigt zumindest ein C-Modul je Geschoss! (siehe auch Protokoll zur 1. Beurteilungssitzung vom 3.12.2008 und Pkt. E.6.1.3 des Ausschreibungstextes.)
- -Strichaufzählung
Die Ebenen „Bestand“ und „Neubau“ müssen jedenfalls niveaugleich sein, sonst 2 C-Module je Geschoss notwendig.

- -Strichaufzählung

Aufgrund der geforderten Flexibilität darf es zu keinen Umbauten der Wohneinheiten bei Änderung der Nutzung von „Wohnen“ und „Pflege“ kommen (Kochnische!).

- -Strichaufzählung

Ver- und Entsorgung

- -Strichaufzählung

Gedeckte Anlieferung mit einer lichten Höhe von mind. 4,50 m für mindestens 2 LKW ist nachzuweisen.

- -Strichaufzählung

Entsorgung im EG (gemäß Zusatzinformation F1 Pkt. 2.2.15) ist nachzuweisen (keinesfalls im Keller!)"

Ein ähnliches Schreiben, ebenfalls mit dem Ersuchen um Vorlage weiterer Nachweise ist mit gleichem Datum an den zweitgereihten Bieter ergangen. Beide Schreiben sind von der Geschäftsführerin der Antragsgegnerin gefertigt.

Obwohl die Antragsgegnerin ausdrücklich vorgebracht hat, der Inhalt dieses Schreibens sei das Ergebnis einer ganztägigen Sitzung der Vorprüfer sowie interner und externer Experten vom 6.3.2009 gewesen (Schriftsatz vom 27.5.2009, Vorbringen in der mündlichen Verhandlung), findet sich in den Vergabeakten diesbezüglich keine wie immer geartete Dokumentation. Den Vergabeakten ist auch nicht zu entnehmen, ob und in welchem Umfang mit dem Inhalt des Aufforderungsschreibens vom 12.3.2009 die Bewertungskommission befasst worden ist, auch nicht, dass dieses Schreiben den Mitgliedern der Bewertungskommission nachträglich zur Kenntnis gebracht wurde.

In den Vergabeakten findet sich sodann ein Antwortschreiben der Antragstellerin, datiert mit 17.3.2009, in dem diese den Standpunkt vertritt, dass deren Angebot aufgrund der Ergebnisse der Sitzung der Bewertungskommission vom 28.1.2009 für die Zuschlagserteilung in Betracht kommt. Dieses Schreiben lautet auszugsweise wie folgt:

„Mit Ihrem Schreiben haben Sie uns aber nun (über die Ausschreibung hinaus) nochmals aufgefordert, Nachweise darüber zu erbringen, dass das unserem Angebot zugrunde liegende Projekt nicht nur im Rahmen der Vorgaben der Ausschreibung, sondern auch nach den erstmals am 12.3.2009 ergänzend dargelegten Anforderungen realisierbar ist, andernfalls unser Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 ausgeschieden werde. Der schriftliche Nachweis sei der Einlaufstelle bis längstens 27.3.2009 zu übermitteln.“ „Mit Ihrem Schreiben haben Sie uns aber nun (über die Ausschreibung hinaus) nochmals aufgefordert, Nachweise darüber zu erbringen, dass das unserem Angebot zugrunde liegende Projekt nicht nur im Rahmen der Vorgaben der Ausschreibung, sondern auch nach den erstmals am 12.3.2009 ergänzend dargelegten Anforderungen realisierbar ist, andernfalls unser Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 ausgeschieden werde. Der schriftliche Nachweis sei der Einlaufstelle bis längstens 27.3.2009 zu übermitteln.

Dazu erlauben wir uns wie folgt Stellung zu nehmen:

Wir haben ein Angebot abgegeben, das weder den Ausschreibungsbestimmungen widerspricht, noch fehlerhaft oder unvollständig war. In der 2. Beurteilungssitzung des Preisgerichts am 28.1.2009 wurde unser Angebot von der Bewertungskommission daher an erster Stelle gereiht. Nach der geltenden Ausschreibung (Punkt B.8, Seite 15) hat der Auftraggeber nur dann das Recht, erneut mit mehreren Bietern in Verhandlungen zu treten und weitere Letztangebote einzuholen, wenn beim Zuschlagsverfahren mehrere Angebote punktegleich auf dem ersten Rang zu liegen kommen. Die jeweils in den Kriterien erzielten Bewertungspunkte werden zusammengezählt und daraus eine Gesamtreihung ermittelt. Das auf diese Weise ermittelte Bestangebot ist für den Zuschlag vorzusehen.

Da unser Angebot nach eingehender Vorprüfung im Hinblick auf die Erfüllung der Aufgabenstellung, nach Beurteilung durch die Bewertungskommission in erster Sitzung, nach den Verhandlungen über die Festlegungen des Leistungsvertrages und in der entscheidenden zweiten Sitzung der Bewertungskommission als Bestangebot bewertet wurde, ist aufgrund der vorliegenden Ausschreibungskriterien der Zuschlag zu erteilen.

Eine weitere Konkretisierung des Wettbewerbsentwurfes hat nicht im Vergabeverfahren, sondern allenfalls nach Zuschlagserteilung im Rahmen des üblichen Planungsfortschrittes zu erfolgen. Für die nun über die Ausschreibung hinausgehenden zusätzlichen Anforderungen besteht zum gegenwärtigen Stand des Vergabeverfahrens keine Rechtsgrundlage und auch kein wie auch immer gearteter Anlass, zumal die Bearbeitung dieser zusätzlichen Anforderungen mit einem erheblichen Aufwand und Kosten verbunden wären. Wir werden sämtliche Anforderungen

des Auftraggebers zu gegebener Zeit im Rahmen des Planungsauftrages und im Rahmen des jeweiligen Planungsfortschrittes selbstverständlich erfüllen. Dies ist keinesfalls ein Grund zum Ausscheiden unseres Bestangebotes.

Wir haben Sie daher aufzufordern, Ihre Aufforderung vom 12.3.2009 (aufgrund der Diktion Ihres Schreibens gehen wir davon aus, dass dieses an mehrere Bieter ergangen ist) gegenüber allen Bietern zurückzuziehen und ausschreibungs- und vergaberechtskonform vorzugehen. Für den Nachweis, dass die Zurückziehung Ihrer Aufforderung gegenüber allen Bietern erfolgt ist, merken wir uns den 20.3.2009, 14.00 Uhr vor.

Sollte unser Angebot unter Berufung auf die entgegen den Bestimmungen des BVergG 2006 geforderten Nachweise ausgeschieden werden, oder sonst eine vergaberechtswidrige Entscheidung erfolgen, so werden wir diese vor der Vergabekontrollbehörde bekämpfen."

Als Reaktion auf dieses Schreiben hat die Antragsgegnerin am 20.3.2009 ihre Absicht erklärt, das Angebot der Antragsteller gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 und Abs. 2 BVergG auszuschneiden. Diese Ausscheidungsentscheidung ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen. Als Begründung führt die Antragsgegnerin die Nichterfüllung nachstehender Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen an: Als Reaktion auf dieses Schreiben hat die Antragsgegnerin am 20.3.2009 ihre Absicht erklärt, das Angebot der Antragsteller gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7 und Absatz 2, BVergG auszuschneiden. Diese Ausscheidungsentscheidung ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen. Als Begründung führt die Antragsgegnerin die Nichterfüllung nachstehender Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen an:

„Die Einhaltung der Flächenvorgaben des Raum- und Funktionsprogramms (RFP) gemäß Ausschreibung Pkt E.6 iVm Zusatzinformation F.2; „Die Einhaltung der Flächenvorgaben des Raum- und Funktionsprogramms (RFP) gemäß Ausschreibung Pkt E.6 in Verbindung mit Zusatzinformation F.2;

die Ausführung sämtliche Räume gemäß den Vorgaben des RFP (das gilt für alle Module) gemäß Ausschreibung Pkt E.6 iVm Zusatzinformation F.2 insbesondere die Ausführung sämtliche Räume gemäß den Vorgaben des RFP (das gilt für alle Module) gemäß Ausschreibung Pkt E.6 in Verbindung mit Zusatzinformation F.2 insbesondere

- -Strichaufzählung
A-Module: Wohnzimmer und Küche – Essbereich ist zu klein,
- -Strichaufzählung
B-Module: WC-Damen/Herren ist zu klein; somit im Bestand EG und 1. OG nicht ausgewiesen;
- -Strichaufzählung
C-Module entsprechen nicht dem vorgegebenen RFP;
- -Strichaufzählung
Statik: Die durchgängige Lastabtragung bis ins UG wurde nicht nachgewiesen;
- -Strichaufzählung
die Darstellung des Sonnenschutzes, sowie die Erbringung eines Sommertauglichkeitsnachweises nach ÖNORM 8110 Teil 3 (gemäß Ausschreibung Pkt. E.5.3), sodass keine Klimatisierung notwendig ist, wurde nicht nachgewiesen;
- -Strichaufzählung
eine Verbindungsmöglichkeit von 2 Einzelappartements zu einem Doppelappartement ist darzustellen (gemäß Ausschreibung Pkt. E.5.2) wurde nicht dargestellt;
- -Strichaufzählung
die Ver- und Entsorgungsschächte sind nicht geradlinig geführt (gemäß Ausschreibung Pkt E.4.1);
- -Strichaufzählung
Das Brandschutzkonzept (insbesondere auch der 2. Fluchtweg) und die Umsetzbarkeit der Richtlinien lt. TRVB N13203 und N13378 wurden nicht nachgewiesen;
- -Strichaufzählung
die einfache Bedienbarkeit der Fensterelemente im Hinblick auf das „Zielpublikum“ wurde nicht nachgewiesen;
- -Strichaufzählung

In den Wohneinheiten wurde die Nutzung der Fensternische nicht nachgewiesen;
darüber hinaus fehlt der Behaglichkeitsnachweis;

- -Strichaufzählung
eine Detaillierung des Bauablaufes samt Nachweis der Umsetzbarkeit bei „laufendem Betrieb" wurde nicht vorgelegt;
- -Strichaufzählung
die Planung zumindest eines C-Modul je Geschoss wurde nicht nachgewiesen (siehe auch Protokoll zur 1. Begutachtungssitzung vom 3.12.2008 und Pkt E.6.1.3 der Ausschreibung);
- -Strichaufzählung
die Niveaugleichheit der Ebene im „Bestand" und „Neubau" ist nicht gegeben;
- -Strichaufzählung
aufgrund der geforderten Flexibilität wurde kein Nachweis dafür erbracht, dass es zu keinen Umbauten der Wohneinheiten bei Änderung der Nutzung von „Wohnen" und „Pflege" kommt;
- -Strichaufzählung
Ver- und Entsorgung
- -Strichaufzählung
die gedeckte Anlieferung mit einer lichten Höhe von mind. 4,50 m für mindestens 2 LKW wurde nicht nachgewiesen;
- -Strichaufzählung
die Entsorgung im EG (gemäß Zusatzinformation F.1 Pkt. 2.2.15) wurde nicht nachgewiesen;

Damit widerspricht das Angebot den Ausschreibungsbestimmungen bzw. weist es Mängel auf, die nicht behoben wurden. Das Angebot wird daher gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden. Damit widerspricht das Angebot den Ausschreibungsbestimmungen bzw. weist es Mängel auf, die nicht behoben wurden. Das Angebot wird daher gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden.

Überdies haben Sie es unterlassen, die mit Schreiben vom 12.3.2009 verlangten Aufklärungen zu geben. Das Angebot wird daher auch gemäß § 129 Abs 2 BVergG aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden. Überdies haben Sie es unterlassen, die mit Schreiben vom 12.3.2009 verlangten Aufklärungen zu geben. Das Angebot wird daher auch gemäß Paragraph 129, Absatz 2, BVergG aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden.

Darüber hinaus weisen wir Ihre Darstellung, wonach unser Schreiben vom 12.3.2009 die Aufnahme weiterer Verhandlungen darstellt, ausdrücklich zurück. Bei diesem Schreiben handelt es sich um ein vergaberechtlich zulässiges und inhaltlich gebotenes Aufklärungsersuchen.

Weiters weisen wir Ihre Darstellung, wonach in unserem Schreiben vom 12.3.2009 über die Ausschreibungsunterlagen hinausgehende bzw. ergänzende Anforderungen gestellt wurden, ausdrücklich zurück.

Wie im Schreiben vom 12.3.2009 detailliert und unter Verweis auf die jeweilige Bestimmung der Ausschreibungsunterlage dargestellt wurde, ist die Einhaltung der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Vorgaben aus Ihrem Angebot nicht ersichtlich."

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung ist am 26.3.2009 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich.

Zu diesen ergänzenden Feststellungen gelangt der Senat vor allem aufgrund des Inhaltes der (vollständig?) vorgelegten Vergabeakten, der Schriftsätze der beiden Parteien sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 4.6.2009. Soweit im Rahmen der Feststellungen der Inhalt der Ausschreibungsunterlagen für die zweite Verfahrensstufe wiedergegeben werden, sind die Belegstellen entsprechend zitiert. Dass die Antragsgegnerin die Umsetzung des der Ausschreibungsunterlage angeschlossenen Raum- und Funktionskonzept als jedenfalls zu erfüllendes Kriterium („Musskriterium") festgelegt hätte, war weder der Ausschreibungsunterlage noch sonst den Vergabeakten zu entnehmen. Das Vorbringen der Antragsgegnerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung, wonach die

Auftraggeberin an das Ergebnis der Bewertungskommission nicht gebunden sei, lässt sich gleichfalls nicht aus den Ausschreibungsunterlagen ableiten. Nach der Aktenlage ist jedenfalls erwiesen, dass allen Mitgliedern der Bewertungskommission sowohl vor der ersten als auch vor der abschließenden zweiten Sitzung die Vorprüfberichte vorgelegen sind. Anhand der Protokolle dieser beiden Sitzungen, aber auch des Protokolls über das Bietergespräch vom 11.12.2008 war als erwiesen anzunehmen, dass jene Punkte, die die Antragsgegnerin letztlich als Gründe für die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin anführt, stets Gegenstand der Besprechungen bzw. der Verhandlung waren. Dies gilt insbesondere für die Erfüllung des Raum- und Funktionsprogramms. Dass die Mitglieder der Bewertungskommission trotz der divergierenden Standpunkte, insbesondere des Standpunktes der Vertreter der Auftraggeberin, letztlich nach Diskussion zum Ergebnis gekommen sind, über die Angebote abstimmen zu können, ergibt sich nicht nur aus den Vergabeakten sondern auch aus den Vorbringen der Geschäftsführerin der Antragsgegnerin (Seite 6 des Protokolls). In diesem Zusammenhang hat sie erklärt, dass „die Frage, ob das Angebot der Antragstellerin wegen Nichterfüllung des Raum- und Funktionsprogramms auszuschneiden wäre, ... sich weder für mich noch für sonstige Kommissionsmitglieder gestellt“ hat. Sie sei davon ausgegangen, dass sie nach dem 28.1.2009 eine Reihung der Angebote habe und ihr noch Zeit und Raum zur Verfügung gestanden sei, diese Angebote nochmals zu prüfen. Aufgrund dieser ergänzenden Prüfung sei es zum Aufforderungsschreiben vom 12.3.2009 gekommen (Seite 6 des Protokolls). Aufgrund des Vorbringens der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung hat sie zwar den Mitgliedern der Kommission mitgeteilt zu beabsichtigen, die beiden erstgereihten Angebote (nachträglich) einer weiteren Prüfung zu unterziehen. Das Aufklärungsschreiben vom 12.3.2009 wurde jedoch weder den Mitgliedern der Kommission noch deren Vorsitzenden zur Kenntnis gebracht. Auch die diesbezüglichen Vorgänge im Zusammenhang mit dem „Workshop“ vom 6.3.2009 sind in den Vergabeakten nicht dokumentiert.

In der rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Dazu ist auf die §§ 1, 2 lit. a, 5 Z 1 und 2 sowie 10 der Satzung des Kuratoriums Wiener Pensionisten Wohnhäuser in der Fassung des Vorstandsbeschlusses vom 18. April 2005, genehmigt mit Bescheid des Magistrats der Stadt Wien, MA 62, vom 9.5.2005, Zl. MA 62 – II/13316/05, zu verweisen. Sie führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe der Generalplanerleistung für den Zubau zum und die Sanierung des Pensionistenwohnhauses Liebhartstal II in Wien 16. Es handelt sich dabei um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich, die nach dem Bestbieterprinzip erfolgen soll. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Nach § 1 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 ist der Vergabekontrollsenat jedenfalls „für die Nachprüfung der Vergabe von Aufträgen durch Stiftungen, Fonds und Anstalten im Sinne des Art. 127 Abs. 1 und des Art. 127a Abs. 1 B-VG“ zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um einen Fonds im Sinne der zeit. Bestimmungen des B-VG. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens berufen. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Dazu ist auf die Paragraphen eins, 2, Litera a,, 5 Ziffer eins und 2 sowie 10 der Satzung des Kuratoriums Wiener Pensionisten Wohnhäuser in der Fassung des Vorstandsbeschlusses vom 18. April 2005, genehmigt mit Bescheid des Magistrats der Stadt Wien, MA 62, vom 9.5.2005, Zl. MA 62 – II/13316/05, zu verweisen. Sie führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe der Generalplanerleistung für den Zubau zum und die Sanierung des Pensionistenwohnhauses Liebhartstal römisch zwei in Wien 16. Es handelt sich dabei um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich, die nach dem Bestbieterprinzip erfolgen soll. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Nach Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 ist der Vergabekontrollsenat jedenfalls „für die Nachprüfung der Vergabe von Aufträgen durch Stiftungen, Fonds und Anstalten im Sinne des Artikel 127, Absatz eins und des Artikel 127 a, Absatz eins, B-VG“ zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um einen Fonds im Sinne der zeit. Bestimmungen des B-VG. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens berufen.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die

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

Die Ausscheidungsentscheidung ist der Antragstellerin am 20.3.2009 zugekommen. Ihr am 26.3.2009 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher gemäß § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007 rechtzeitig. Die Ausscheidungsentscheidung ist der Antragstellerin am 20.3.2009 zugekommen. Ihr am 26.3.2009 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher gemäß Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007 rechtzeitig.

Der Nachprüfungsantrag ist im Ergebnis auch berechtigt.

Auszugehen ist davon, dass die Antragsgegnerin die Vergabe der Generalplanerleistungen für einen Zubau und die Sanierung des Pensionistenwohnhauses Liebhartstal II im Wege eines Verhandlungsverfahrens nach vorheriger Bekanntmachung beabsichtigt. Bei den ausgeschriebenen Leistungen handelt es sich unzweifelhaft um geistige Dienstleistungen im Sinne des § 2 Z 18 BVergG 2006. Dementsprechend hat die Antragsgegnerin ein Verhandlungsverfahren nach § 30 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 gewählt. Der Ablauf des Verhandlungsverfahrens wird in einigen Paragraphen, vor allem in § 105 BVergG 2006 punktuell geregelt. Auszugehen ist davon, dass die Antragsgegnerin die Vergabe der Generalplanerleistungen für einen Zubau und die Sanierung des Pensionistenwohnhauses Liebhartstal römisch zwei im Wege eines Verhandlungsverfahrens nach vorheriger Bekanntmachung beabsichtigt. Bei den ausgeschriebenen Leistungen handelt es sich unzweifelhaft um geistige Dienstleistungen im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 18, BVergG 2006. Dementsprechend hat die Antragsgegnerin ein Verhandlungsverfahren nach Paragraph 30, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 gewählt. Der Ablauf des Verhandlungsverfahrens wird in einigen Paragraphen, vor allem in Paragraph 105, BVergG 2006 punktuell geregelt.

Dabei ist dem Auftraggeber ein weiter Spielraum bei der Regelung des Verfahrens gegeben. Soweit daher im BVergG keine Regelung besteht, ist der Auftraggeber in der Gestaltung des Vergabeverfahrens frei, jedoch an die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts gebunden. Der Auftraggeber hat jedoch nach § 105 Abs. 2 BVergG 2006 die von ihm gewählte Vorgangsweise entweder in der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben (Schramm Öhler ua BVergG 2006, Rz 23 zu § 105). Dabei ist dem Auftraggeber ein weiter Spielraum bei der Regelung des Verfahrens gegeben. Soweit daher im BVergG keine Regelung besteht, ist der Auftraggeber in der Gestaltung des Vergabeverfahrens frei, jedoch an die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts gebunden. Der Auftraggeber hat jedoch nach Paragraph 105, Absatz 2, BVergG 2006 die von ihm gewählte Vorgangsweise entweder in der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben (Schramm Öhler ua BVergG 2006, Rz 23 zu Paragraph 105.).

Neben dem zwingenden Ausschreibungsinhalt (§§ 102 und 103 BVergG 2006) hat der Auftraggeber im Verhandlungsverfahren aufgrund seiner Verfahrensstrukturierungspflicht die Aufgabe, jene sonstigen Verfahrenfestlegungen in den Ausschreibungsunterlagen zu treffen, die für eine Planung der Verhandlungen und eine Ausrichtung der Angebote der Bieter im Verhandlungsverfahren erforderlich sind. In den EBRV zu § 105 BVergG 2006 wurden hiezu folgende grundlegende Erläuterungen gemacht: Neben dem zwingenden Ausschreibungsinhalt

(Paragraphen 102 und 103 BVergG 2006) hat der Auftraggeber im Verhandlungsverfahren aufgrund seiner Verfahrensstrukturierungspflicht die Aufgabe, jene sonstigen Verfahrensfestlegungen in den Ausschreibungsunterlagen zu treffen, die für eine Planung der Verhandlungen und eine Ausrichtung der Angebote der Bieter im Verhandlungsverfahren erforderlich sind. In den EBRV zu Paragraph 105, BVergG 2006 wurden hierzu folgende grundlegende Erläuterungen gemacht:

„Bei der Umsetzung der Vergabe-RL 2004 wurde versucht, die Formalisierung des Verhandlungsverfahrens auf ein Minimum zu beschränken, da es sich beim Verhandlungsverfahren um einen Verfahrenstyp handelt, der dem Auftraggeber einen gewissen Spielraum geben soll. Die vom Auftraggeber vorgenommenen Festlegungen über den Ablauf des Verhandlungsverfahrens können daher auch in abstrakter Weise erfolgen und müssen nicht detailliert sein. Außerdem soll dem Auftraggeber ein möglichst großer Gestaltungsspielraum eingeräumt werden“. In einem Verhandlungsverfahren als weitgehend nicht formalen Verfahren sind daher alle jene Verfahrensfestlegungen zulässig, die nicht gegen ausdrückliche Bestimmungen des Vergaberechts verstoßen oder vergaberechtliche Grundsätze verletzen. Dies bedeutet aber auch, dass, wenn diese Verfahrensfestlegungen unangefochten bleiben, sowohl die Bieter als auch der Auftraggeber zwingend an sie gebunden ist. Diesen Grundsätzen hat die Auftraggeberin durch die Fassung des Ausschreibungstextes für die zweite Verhandlungsstufe entsprochen. Ihrer Verfahrensstrukturierungspflicht ist die Antragsgegnerin in vergaberechtlich unbedenklicher Weise nachgekommen. Damit hat sie den Ablauf des Verhandlungsverfahrens in jedem Verfahrensstadium in einem für die Bieter erforderlichen Maß planbar und klar dargestellt. Von diesem Verfahrensablauf darf die Antragsgegnerin jedoch nicht überraschend oder willkürlich abweichen. Hinsichtlich der von der Auftraggeberin getroffenen Verfahrensfestlegungen besteht daher auch eine Selbstbindung des Auftraggebers (vgl. ZVB 2007/41 ua). „Bei der Umsetzung der Vergabe-RL 2004 wurde versucht, die Formalisierung des Verhandlungsverfahrens auf ein Minimum zu beschränken, da es sich beim Verhandlungsverfahren um einen Verfahrenstyp handelt, der dem Auftraggeber einen gewissen Spielraum geben soll. Die vom Auftraggeber vorgenommenen Festlegungen über den Ablauf des Verhandlungsverfahrens können daher auch in abstrakter Weise erfolgen und müssen nicht detailliert sein. Außerdem soll dem Auftraggeber ein möglichst großer Gestaltungsspielraum eingeräumt werden“. In einem Verhandlungsverfahren als weitgehend nicht formalen Verfahren sind daher alle jene Verfahrensfestlegungen zulässig, die nicht gegen ausdrückliche Bestimmungen des Vergaberechts verstoßen oder vergaberechtliche Grundsätze verletzen. Dies bedeutet aber auch, dass, wenn diese Verfahrensfestlegungen unangefochten bleiben, sowohl die Bieter als auch der Auftraggeber zwingend an sie gebunden ist. Diesen Grundsätzen hat die Auftraggeberin durch die Fassung des Ausschreibungstextes für die zweite Verhandlungsstufe entsprochen. Ihrer Verfahrensstrukturierungspflicht ist die Antragsgegnerin in vergaberechtlich unbedenklicher Weise nachgekommen. Damit hat sie den Ablauf des Verhandlungsverfahrens in jedem Verfahrensstadium in einem für die Bieter erforderlichen Maß planbar und klar dargestellt. Von diesem Verfahrensablauf darf die Antragsgegnerin jedoch nicht überraschend oder willkürlich abweichen. Hinsichtlich der von der Auftraggeberin getroffenen Verfahrensfestlegungen besteht daher auch eine Selbstbindung des Auftraggebers vergleiche ZVB 2007/41 ua).

Dieser Verpflichtung ist die Antragsgegnerin mit ihrer Ausschreibungsunterlage zur zweiten Verfahrensstufe nachgekommen. Darin hat sie im Abschnitt B den Ablauf des Vergabeverfahrens im Detail, einschließlich eines Terminplanes, festgelegt. Sie hat vorgesehen, dass die in der zweiten Stufe zu legenden Angebote zunächst einer Vorprüfung durch von ihr genannte Experten unterzogen werden. Ausdrücklich wird im Punkt B.4 festgelegt, dass die Mängel der vorgelegten Angebote von der Vorprüfung lediglich festgehalten und der Bewertungskommission zur Kenntnis gebracht werden, wobei „die endgültige Bewertung ... allein der Bewertungskommission“ unterliegt. In Kapitel B werden auch die Zuschlagskriterien sowie die Bewertung der Angebote durch die Kommission (Punkt B.6) bis ins Detail geregelt. Abschließend wird in Kapitel B festgelegt, dass die jeweils in den Kriterien erzielten Bewertungspunkte zusammengezählt und daraus eine Gesamtreihung ermittelt wird. Ausdrücklich festgestellt wird, dass „das auf diese Weise ermittelte Bestangebot ... für einen Zuschlag vorzusehen“ ist.

Der Abschnitt D betrifft die Einrichtung der Bewertungskommission und legt deren Aufgaben dahingehend fest, dass sie insbesondere eine Beurteilung der Angebote anhand der angeführten Kriterien, die Auswahl des Bestbieters und gegebenenfalls eine Reihung der Angebote sowie die Abgabe von ausführlich begründeten Empfehlungen zur weiteren Vorgangsweise für das Verhandlungsverfahren vorzunehmen hat (D.4.2). Als Hilfsinstrument der Bewertungskommission wird die Vorprüfung bezeichnet.

Im Teil II wird die Aufgabenstellung für die Bieter umfangreich dargestellt, darunter im Abschnitt E.6 auf das Raum- und Funktionsprogramm hingewiesen. Weder den Bestimmungen des Punktes E.6 noch den Bestimmungen zu E.6.1.6 „Zusammenfassung RFB“ ist zu entnehmen, dass die Einhaltung des Raum- und Funktionsprogramms eine Mindestanforderung bzw. ein Musskriterium wäre. Soweit sich die Antragsgegnerin auf Punkt E.6.1.6 beruft, werden in diesem Punkt nur die für die einzelnen Organisationseinheiten und Pflegewohnungen gewünschten Gesamtflächen zusammengefasst, deren zwingende Einhaltung aber nicht verlangt. Im Teil römisch zwei wird die Aufgabenstellung für die Bieter umfangreich dargestellt, darunter im Abschnitt E.6 auf das Raum- und Funktionsprogramm hingewiesen. Weder den Bestimmungen des Punktes E.6 noch den Bestimmungen zu E.6.1.6 „Zusammenfassung RFB“ ist zu entnehmen, dass die Einhaltung des Raum- und Funktionsprogramms eine Mindestanforderung bzw. ein Musskriterium wäre. Soweit sich die Antragsgegnerin auf Punkt E.6.1.6 beruft, werden in diesem Punkt nur die für die einzelnen Organisationseinheiten und Pflegewohnungen gewünschten Gesamtflächen zusammengefasst, deren zwingende Einhaltung aber nicht verlangt.

Mit dem Ausschreibungstext zur zweiten Verfahrensstufe hat die Antragsgegnerin auch den Ablauf und die Vorgangsweise bei der Bewertung der Angebote festgelegt. Sowohl die Bieter als auch die Antragsgegnerin sind an diese Festlegungen bei der Durchführung des Verhandlungsverfahrens gebunden. Aus diesen Bestimmungen ergibt sich, dass entgegen dem Standpunkt der Antragsgegnerin die Erfüllung des Raum- und Funktionsprogramms nicht als zwingend zu erfüllendes Musskriterium vorgegeben war. Es geht damit der Vorwurf der Antragsgegnerin, die Antragstellerin hätte in ihrem Angebot die Erfüllung eines zwingend vorgegebenen Raum- und Funktionsprogramms nicht nachgewiesen, womit ein Ausscheidungsstatbestand gegeben wäre, ins Leere. Die Erfüllung des Raum- und Funktionsprogramms kann nach dem klaren Wortlaut des Ausschreibungstextes nur als Vorgabe gesehen werden, die von den Bietern mehr oder weniger gut erfüllt wird, wobei diese Erfüllung im Rahmen des Qualitätskriteriums einer Beurteilung zu unterziehen war. Dass auch die in der Bewertungskommission vertretene Geschäftsführerin der Auftraggeberin dies so gesehen haben dürfte, ergibt sich aus dem Protokoll der zweiten Beurteilungssitzung vom 28.1.2009, wonach sie ausgeführt hat, dass das zu planende Gebäude „den Vorgaben des Raum- und Funktionsprogramms soweit wie möglich entsprechen“ soll. Dass die Erfüllung des Raum- und Funktionsprogramms in der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens stets Diskussionspunkt gewesen ist, ergibt sich nicht nur aus den Protokollen der Beurteilungssitzungen des Preisgerichtes sondern auch aus den beiden, vor diesen beiden Sitzungen vorgelegten Berichten der Vorprüfer. Die Vorprüfer haben in ihren Berichten zum Erfüllungsgrad eindeutig Stellung genommen und die Planung als ausreichend bezeichnet. Diese Beurteilung wurde offenbar von der Bewertungskommission in ihren Sitzungen übernommen und die von ihr nach der ersten Sitzung gegebenen Empfehlungen danach ausgerichtet. Der Inhalt der Protokolle über die beiden Sitzungen der Bewertungskommission geben keinen Hinweis darauf, dass etwa von einem Mitglied, auch nicht von den Vertretern der Antragsgegnerin, der Antrag gestellt worden wäre, die Frage der Erfüllung des Raum- und Funktionsprogramms einer weiteren Überprüfung zu unterziehen. Dazu wäre die Bewertungskommission jedenfalls berechtigt gewesen, zumal nach ihrer Geschäftsordnung (D.4.5) die Vorprüfung ein Hilfsmittel der Bewertungskommission ist. Offenbar haben die Mitglieder der fachkundig besetzten Kommission in ihrer zweiten Sitzung am 28.1.2009 die Ansicht vertreten, dass eine ausreichende Prüfung der Angebote gegeben ist, und – entsprechend den Ausführungen der Vorprüfer – mit den Letztangeboten die formalen Kriterien von den Teilnehmern eingehalten werden und die Aufgabenstellung von allen Teilnehmern in einem ausreichend ablesbaren Bearbeitungsgrad bearbeitet und dargestellt wurden. Nach dem Inhalt der Beratungsprotokolle hat sich die Frage der Ausscheidung eines Angebotes, insbesondere jenes der Antragstellerin, für die Bewertungskommission nicht gestellt. Dies wurde von der Geschäftsführerin der Antragsgegnerin auch im Zuge der mündlichen Verhandlung insofern bestätigt, als sie angab die Frage, ob das Angebot der Antragstellerin wegen Nichterfüllung des Raum- und Funktionsprogramms auszuschneiden wäre, habe sich weder für sie noch für sonstige Kommissionsmitglieder gestellt (Protokoll Seite 6).

Soweit die Antragsgegnerin zuletzt in der mündlichen Verhandlung die Ansicht vertreten hat, es sei nicht Aufgabe der Bewertungskommission gewesen, die Ausschreibungskonformität der Angebote abschließend zu prüfen, die Tätigkeit der Bewertungskommission sei nicht die eines entscheidenden Organs, sondern nur jene eines beratenden Organs gewesen, wobei der Auftraggeber an das Ergebnis der Bewertungskommission nicht gebunden gewesen wäre (Protokoll Seite 3), steht dies im eindeutigen Widerspruch zu Punkt B.4 des Ausschreibungstextes, wonach „Mängel der vorgelegten Angebote ... von der Vorprüfung lediglich festgehalten und der Bewertungskommission zur Kenntnis gebracht“ werden und „die endgültige Bewertung obliegt allein der Bewertungskommission“. Danach war es sehr wohl

Aufgabe der Bewertungskommission allfällige, von der Vorprüfung aufgezeigte Ausscheidungsgründe zu prüfen und darüber zu entscheiden, ob ihrer Ansicht nach diese gegeben sind oder nicht. Unstrittig ist, dass eine Ausscheidungsentscheidung aufgrund der Empfehlung der Bewertungskommission jedoch formal von der Auftraggeberin zu fassen und mitzuteilen gewesen wäre. Dass die Bewertungskommission nicht nur „beratende Funktion“ hatte, ergibt sich aber letztlich daraus, dass die Antragsgegnerin im Ausschreibungstext unter Punkt B.8.1, letzter Satz festgelegt hat, dass das „auf diese Weise ermittelte Bestangebot für den Zuschlag vorzusehen ist“.

Damit ergibt sich für den Senat, dass die Antragsgegnerin den Ablauf der zweiten Verhandlungsphase genau festgelegt hat und die Tätigkeit der Bewertungskommission mit der abschließenden Bewertung der Letztangebote bzw. deren Reihung ihr Ende finden sollte. Zutreffend verweist die Antragstellerin darauf, dass weder im Ausschreibungstext zur zweiten Verfahrensstufe vorgesehen ist, dass die Antragsgegnerin nach Vorliegen des Ergebnisses der Bewertungskommission das bestgereichte Angebot einer neuerlichen Prüfung, noch dazu durch einen gegenüber der Vorprüfung erweiterten Personenkreis, zu unterziehen hat, um festzustellen, ob Ausscheidungsgründe gegeben sind oder nicht, noch dass das Verhandlungsverfahren nach Abgabe und Bewertung der Letztangebote (LBO) fortzuführen wäre. Auch der Terminplan sieht nach der abschließenden Bewertung der Angebote nach zwei Tagen eine Zuschlagsentscheidung vor. Da auch die Antragsgegnerin an die Regeln, die sie für den Ablauf der zweiten Verfahrensstufe festgelegt hat, gebunden ist, war es ihr verwehrt, ohne weitere Befassung der Bewertungskommission, das Angebot der Antragstellerin, das an erster Stelle gereiht wurde, einer abermaligen Prüfung zu unterziehen, wobei diese Prüfung, wie sich aus der Aktenlage eindeutig ergibt, jene Punkte betroffen hat, die sowohl in den Vorprüfberichten bereits einer Prüfung unterzogen worden sind, als auch in den beiden Sitzungen der Bewertungskommission behandelt wurden. Gerade die Einhaltung der Vorgaben des Raum- und Funktionsprogramms, die im Rahmen des Qualitätskriteriums zu bewerten waren, sind offenbar von der Vertreterin der Antragsgegnerin während der zweiten Verfahrensstufe wiederholt zur Diskussion gestellt worden, ohne dass die von ihr geäußerten Bedenken und Wünsche von den übrigen Mitgliedern der Bewertungskommission übernommen worden wären. Alle in der angefochtenen Ausscheidungsentscheidung angeführten Punkte sind bereits vor der Entscheidung der Bewertungskommission am 28.1.2009 behandelt worden, wenn auch nicht mit dem von der Auftraggeberin gewünschten Ergebnis.

Der Auftraggeber hat zum Zwecke der transparenten Verfahrensstrukturierung den Bietern den Abschluss der Verhandlungen vorab bekannt zu geben. Diesen Anforderung hat die Antragsgegnerin dahingehend entsprochen, dass sie im Punkt B.7 festgelegt hat, dass von den Bietern im Anschluss an das Verhandlungsgespräch ein LBO (letztes verbindliches Angebot) zu legen ist. Der zeitliche Ablauf dazu wurde von ihr im Grobterminplan des Verfahrens bereits festgelegt, sodass allen Bietern klar gewesen ist, wann mit einer Entscheidung der Bewertungskommission über die Letztangebote gerechnet werden kann. Mit der Entscheidung der Bewertungskommission war jedenfalls die Angebotsprüfung abgeschlossen und die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens beendet.

Die Antragsgegnerin hat in ihrer Ausschreibungsunterlage eindeutig festgelegt, dass das von der Bewertungskommission „auf diese Weise ermittelte Bestangebot ... für den Zuschlag vorzusehen“ ist (Punkt B.8.1).

Da die fachkundig besetzte Bewertungskommission offenbar einhellig die Ansicht vertreten hat in der zweiten Sitzung eine abschließende Bewertung der Angebote vornehmen zu können, ist die Antragsgegnerin an das Ergebnis aufgrund ihrer eigenen Festlegungen gebunden. Sie kann davon, ohne neuerliche Befassung der Bewertungskommission nicht abgehen, ohne die von ihr festgelegten „Spielregeln“ zu verletzen. Im Ergebnis hat die Antragsgegnerin mit ihrer im Übrigen in den Vergabeakten nicht näher dokumentierten Vorgangsweise, das Angebot der Antragstellerin nach dem 28.1.2009 neuerlich einer Prüfung zu unterziehen, versucht, das Ergebnis der Bewertungskommission – ohne deren Befassung – zu korrigieren. Wenn die Antragsgegnerin ihre Bedenken für so gewichtig erachtet, dass sie geeignet sind, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, hätte sie damit die Bewertungskommission befassen und deren neuerliche Entscheidung einholen müssen. Die von ihr gewählte Vorgangsweise nach der Aufforderung zur Abgabe des Letztangebotes und nach Vorliegen der Entscheidung der Bewertungskommission das Angebot der Antragstellerin einer neuerlichen Prüfung zu unterziehen, widerspricht nicht nur dem von ihr festgelegten Verfahrensablauf, sondern stellt auch eine Verletzung des Transparenzgebotes dar.

Soweit die Antragsgegnerin den Standpunkt vertritt, der Nachweis der Einhaltung des Raum- und Funktionsprogramms wäre eine zwingend zu erfüllende Mindestanforderung im Sinne eines Muss- oder KO - Kriteriums gewesen, findet sich diesbezüglich im Ausschreibungstext keine Grundlage. Dieser enthält lediglich

Zuschlagskriterien, deren Erfüllung von der Bewertungskommission zu beurteilen war. An den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien darf, sofern in den Ausschreibungsunterlagen nichts anderes festgelegt wurde, während des Verhandlungsverfahrens keine Änderung vorgenommen werden (§ 105 Abs. 5 BVergG 2006). Wenn nun die Auftraggeberin versucht, die von ihr festgelegten Zuschlagskriterien im Sinne von Musskriterien umzudeuten, verstößt sie gegen das Verbot der Änderung der Zuschlagskriterien. Soweit die Antragsgegnerin den Standpunkt vertritt, der Nachweis der Einhaltung des Raum- und Funktionsprogramms wäre eine zwingend zu erfüllende Mindestanforderung im Sinne eines Muss- oder KO - Kriteriums gewesen, findet sich diesbezüglich im Ausschreibungstext keine Grundlage. Dieser enthält lediglich Zuschlagskriterien, deren Erfüllung von der Bewertungskommission zu beurteilen war. An den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien darf, sofern in den Ausschreibungsunterlagen nichts anderes festgelegt wurde, während des Verhandlungsverfahrens keine Änderung vorgenommen werden (Paragraph 105, Absatz 5, BVergG 2006). Wenn nun die Auftraggeberin versucht, die von ihr festgelegten Zuschlagskriterien im Sinne von Musskriterien umzudeuten, verstößt sie gegen das Verbot der Änderung der Zuschlagskriterien.

Die von der Antragsgegnerin in ihrer Ausscheidungsentscheidung angeführten Ausscheidungsgründe im Sinne des § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 liegen demnach nicht vor, da Mindestanforderungen, die vom Angebot der Antragstellerin zwingend zu erfüllen gewesen wären, im Ausschreibungstext der zweiten Verfahrensstufe nicht festgelegt wurden. Die von der Antragsgegnerin in ihrer Ausscheidungsentscheidung angeführten Ausscheidungsgründe im Sinne des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 liegen demnach nicht vor, da Mindestanforderungen, die vom Angebot der Antragstellerin zwingend zu erfüllen gewesen wären, im Ausschreibungstext der zweiten Verfahrensstufe nicht festgelegt wurden.

Die Antragsgegnerin hat sich in der angefochtenen Entscheidung auch auf den Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 2 BVergG 2006 gestützt, den sie darin erblickt, dass die Antragstellerin ihrer Aufforderung vom 12.3.2009 zur Nachreichung von Nachweisen nicht entsprochen hat. Da mit dem Beschluss der Bewertungskommission vom 28.1.2009, an den die Antragsgegnerin jedenfalls gebunden ist, das Verhandlungsverfahren beendet war, war die Antragstellerin nicht mehr gehalten, dem Aufforderungsschreiben vom 12.3.2009 zu entsprechen. Damit liegt aber auch der Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 2 BVergG 2006 nicht vor. Die Antragsgegnerin hat sich in der angefochtenen Entscheidung auch auf den Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 gestützt, den sie darin erblickt, dass die Antragstellerin ihrer Aufforderung vom 12.3.2009 zur Nachreichung von Nachweisen nicht entsprochen hat. Da mit dem Beschluss der Bewertungskommission vom 28.1.2009, an den die Antragsgegnerin jedenfalls gebunden ist, das Verhandlungsverfahren beendet war, war die Antragstellerin nicht mehr gehalten, dem Aufforderungsschreiben vom 12.3.2009 zu entsprechen. Damit liegt aber auch der Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 nicht vor.

Aus all diesen Gründen war daher dem Begehren der Antragstellerin, die Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin vom 20.3.2009 für nichtig zur erklären, stattzugeben.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 2.4.2009 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 2.4.2009 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

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

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

Schlagworte

2stufiges Verhandlungsverfahren; Auftraggeber an die Festlegungen über die Durchführung gebunden; Nach Entscheidung der Bewertungskommission keine weiteren Verhandlungen bzw. nachträgliche Angebotsausscheidung.

Zuletzt aktualisiert am

18.01.2010

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at