

TE Verg Bescheid 2006/10/13 N/0072-BVA/07/2006-60

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.10.2006

Norm

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §75 Abs1 Z7

BVergG 2006 §126 Abs1 Z7

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §318

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §325 Abs1

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 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

Text

BESCHIED

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 303 Abs 1 BVergG 2006 durch den ersten Vertreter der Vorsitzenden des Senats 6, Mag. Gerhard Prünster, sowie Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 303, Absatz eins, BVergG 2006 durch den ersten Vertreter der Vorsitzenden des Senats 6, Mag. Gerhard Prünster, sowie Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite, wie folgt entschieden:

Spruch

I. römisch eins.

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006 (BVergG 2006), betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvertrag über Generalplanerleistungen am Ausbau und Umbau des Hanuschkrankenhauses der WGKK“ des Auftraggebers Wiener Gebietskrankenkasse, Wienerbergstraße 15-19, 1100 Wien, vertreten durch X***, wird der Antrag der Bietergemeinschaft 1. A*** und 2. B***, vertreten durch Y***, vom 4. September 2006, auf „Nichtigerklärung der von der Auftraggeberin mit Telefax vom 28.8.2006 mitgeteilten Entscheidung, der C*** (gemeint: D*** & E***) den Zuschlag erteilen zu wollen (Zuschlagsentscheidung)“, abgewiesen. Im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, (BVergG 2006), betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvertrag über Generalplanerleistungen am Ausbau und Umbau des Hanuschkrankenhauses der WGKK“ des Auftraggebers Wiener Gebietskrankenkasse, Wienerbergstraße 15-19, 1100 Wien, vertreten durch X***, wird der Antrag der Bietergemeinschaft 1. A*** und 2. B***, vertreten durch Y***, vom 4. September 2006, auf „Nichtigerklärung der von der Auftraggeberin mit Telefax vom 28.8.2006 mitgeteilten Entscheidung, der C*** (gemeint: D*** & E***) den Zuschlag erteilen zu wollen (Zuschlagsentscheidung)“, abgewiesen.

II. römisch zwei.

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006 (BVergG 2006), betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvertrag über Generalplanerleistungen am Ausbau und Umbau des Hanuschkrankenhauses der WGKK" des Auftraggebers Wiener Gebietskrankenkasse, Wienerbergstraße 15-19, 1100 Wien, vertreten durch X***, wird der Antrag der Bietergemeinschaft 1. A*** und 2. B***, vertreten durch Y***, vom 4. September 2006, auf "auf Gebührenersatz gemäß § 319 Abs 3 BVergG 2006, indem das Bundesvergabeamt der Antragsgegnerin auftragen möge, der Antragstellerin zu Händen ihres ausgewiesenen Vertreters die für den Antrag auf Nichtigerklärung und den Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von je EUR 1.600,--, insgesamt sohin EUR 3.200,-- binnen 2 Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen", abgewiesen. Im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, (BVergG 2006), betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvertrag über Generalplanerleistungen am Ausbau und Umbau des Hanuschkrankenhauses der WGKK" des Auftraggebers Wiener Gebietskrankenkasse, Wienerbergstraße 15-19, 1100 Wien, vertreten durch X***, wird der Antrag der Bietergemeinschaft 1. A*** und 2. B***, vertreten durch Y***, vom 4. September 2006, auf "auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG 2006, indem das Bundesvergabeamt der Antragsgegnerin auftragen möge, der Antragstellerin zu Händen ihres ausgewiesenen Vertreters die für den Antrag auf Nichtigerklärung und den Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von je EUR 1.600,--, insgesamt sohin EUR 3.200,-- binnen 2 Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen", abgewiesen.

Begründung

Die Bietergemeinschaft 1. A*** und 2. B***, vertreten durch Y*** (i.d.F. Antragstellerin), beantragte mit Schriftsatz vom 4. September 2006 die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr. Die Bietergemeinschaft 1. A*** und 2. B***, vertreten durch Y*** in der Fassung Antragstellerin), beantragte mit Schriftsatz vom 4. September 2006 die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr.

Die Antragstellerin brachte hiezu im Wesentlichen vor, dass Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens die Wiener Gebietskrankenkasse sei. Der Auftraggeber führe ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Rahmenvertrages über Generalplanerleistungen durch. Gegenstand des Vergabeverfahrens sei somit ein Dienstleistungsauftrag. Der Schwellenwert sei bei Weitem überschritten.

Die Antragstellerin habe sich am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt und einen Teilnahmeantrag abgegeben. Nach Abschluss der ersten Verfahrensstufe sei sie zur Angebotslegung aufgefordert worden. Als Zuschlagskriterien seien der Preis, die Verlängerung der Gewährleistungsfrist und die Verfügbarkeit des Schlüsselpersonals festgelegt gewesen.

Wertungsgegenstand beim Kriterium Verfügbarkeit des Schlüsselpersonals sei die in Stunden anzugebende Reisedistanz vom Bürostandort des Schlüsselpersonals der Fachgebiete Architektur/Projektsteuerung/TGA + Medizintechnische Gebäudeausrüstung an Werktagen zwischen 8.00 Uhr und 18.00 Uhr. Die Antragstellerin könne aus der Stellungnahme des Auftraggebers vom 30.8.2006 nur ableiten, dass anstelle der Stunden ein Bürostandort bewertet worden sei. Die Antragstellerin habe beim Kriterium Verfügbarkeit des Schlüsselpersonals einen Wert von 0,316 Stunden angeboten. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass dieser bewertungsrelevante Wert bei der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin jedenfalls höher sei als bei der Antragstellerin.

Beim Zuschlagskriterium Preis sei ursprünglich eine Bemessungsgrundlage von Euro 85 Mio. Netto-Herstellungskosten vorgesehen gewesen. Darin seien auch die Position c2 "Planung Medizintechnische Ausrüstung" enthalten gewesen. In einer Anfragebeantwortung vom 5. Juli 2006 habe der Auftraggeber mitgeteilt, dass die Teilleistung c2 nicht (mehr) anzubieten sei. Entsprechend diesen Festlegungen habe die Antragstellerin ein Erstangebot mit einem Netto-Honorar vom Euro 9,861.931,59 abgegeben (Bemessungsgrundlage Euro 85 Mio. ohne Planung Medizintechnische Ausrüstung). Im Rahmen der am 18. August 2006 durchgeführten Verhandlungsrunde habe der Auftraggeber den Leistungsgegenstand dahin geändert, dass Euro 10 Mio. für die Medizintechnische Ausrüstung als Bemessungsgrundlage vorgegeben worden seien und auch die Planung Medizintechnische Ausrüstung bis 22. August 2006 angeboten werden sollte. Auf dieser Grundlage habe die Antragstellerin fristgerecht ihr 2. Honorarangebot mit einem reduzierten Nettohonorar von Euro 9,532.827,22 abgegeben (Bemessungsgrundlage Euro 95 Mio. mit Planung Medizintechnische Ausrüstung).

Mit Telefax vom 28. August 2006 sei der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung zugunsten der D*** und E*** mit einer Vergabesumme von Euro 9,795.240,-- bekannt gegeben worden.

Mit Schreiben vom 29. August 2006 habe der Auftraggeber eine "Angebotsauswertung" übermittelt. In dieser seien ausgehend von unterschiedlichen Bemessungsgrundlagen und Angebotsinhalten insgesamt 3 Bewertungsvarianten dargestellt gewesen. Lediglich in der 2. Variante seien die oben genannte Punkteanzahl von 91,28 Punkten (Anm.: der Antragstellerin) und die Vergabesumme von Euro 9,795.240,-- (Anm: der präsumtiven Zuschlagsempfängerin) ausgewiesen gewesen. Diese Bewertungsvariante gehe hinsichtlich der angebotenen Honorare von einer Bemessungsgrundlage von Euro 85 Mio. Netto-Herstellungskosten inklusive Planung Medizintechnischer Ausrüstung aus. Für diese Variante sei jedoch die Antragstellerin weder bei der 1. Angebotslegung noch in der Verhandlungsrunde zur Angebotslegung aufgefordert worden. Mit Schreiben vom 29. August 2006 habe der Auftraggeber eine "Angebotsauswertung" übermittelt. In dieser seien ausgehend von unterschiedlichen Bemessungsgrundlagen und Angebotsinhalten insgesamt 3 Bewertungsvarianten dargestellt gewesen. Lediglich in der 2. Variante seien die oben genannte Punkteanzahl von 91,28 Punkten Anmerkung, der Antragstellerin) und die Vergabesumme von Euro 9,795.240,-- Anmerkung, der präsumtiven Zuschlagsempfängerin) ausgewiesen gewesen. Diese Bewertungsvariante gehe hinsichtlich der angebotenen Honorare von einer Bemessungsgrundlage von Euro 85 Mio. Netto-

Herstellungskosten inklusive Planung Medizintechnischer Ausrüstung aus. Für diese Variante sei jedoch die Antragstellerin weder bei der 1. Angebotslegung noch in der Verhandlungsrunde zur Angebotslegung aufgefordert worden.

Die vorgenommene Preisbewertung verstoße gegen § 130 BVergG 2006, wonach der Auftraggeber bei der Angebotsbewertung an die in der Ausschreibung festgelegten Zuschlagskriterien gebunden sei. Nach den Angaben in der Ausschreibung werde der Angebotspreis bewertet. Damit sei klar, dass nur ein Preis - nämlich der letztgültige - für das Preiskriterium herangezogen werden könne. Davon abweichend habe der Auftraggeber jedoch rechtswidrig die Zuschlagskriterien verändert. Die Veränderung bestehe darin, dass der Auftraggeber nicht den zuletzt angebotenen Preis bewertet habe, sondern willkürlich zwischen 3 verschiedenen Preisvarianten gewählt habe. Die vorgenommene Preisbewertung verstoße gegen Paragraph 130, BVergG 2006, wonach der Auftraggeber bei der Angebotsbewertung an die in der Ausschreibung festgelegten Zuschlagskriterien gebunden sei. Nach den Angaben in der Ausschreibung werde der Angebotspreis bewertet. Damit sei klar, dass nur ein Preis - nämlich der letztgültige - für das Preiskriterium herangezogen werden könne. Davon abweichend habe der Auftraggeber jedoch rechtswidrig die Zuschlagskriterien verändert. Die Veränderung bestehe darin, dass der Auftraggeber nicht den zuletzt angebotenen Preis bewertet habe, sondern willkürlich zwischen 3 verschiedenen Preisvarianten gewählt habe.

Die Bewertung verstoße auch gegen den Grundsatz der Bietergleichbehandlung. Der Auftraggeber habe zum Nachteil der Antragstellerin gerade jene Preisvariante für die Bewertung herangezogen, bei der die Antragstellerin die geringste Punkteanzahl erhalte.

Die Preisbewertung verstoße auch gegen den Grundsatz der Vergleichbarkeit der Angebote. Den 3 Bewertungsvarianten lägen jeweils unterschiedliche Leistungsvarianten zugrunde. Diese seien:

Bemessungsgrundlage Euro 85 Mio. ohne Planung Medizintechnischer Ausrüstung, Bemessungsgrundlage Euro 85 Mio. mit Planung Medizintechnischer Ausrüstung bzw. Bemessungsgrundlage Euro 95 Mio. mit Planung Medizintechnischer Ausrüstung. Im Fall der Antragstellerin habe der Auftraggeber gerade jene Leistungsvariante herangezogen, für die er keinen Preis gefordert und auch nicht erhalten habe (Bemessungsgrundlage Euro 85 Mio. mit Planung medizintechnischer Ausrüstung). Um die Angebote vergleichbar zu machen, hätte der Auftraggeber die Antragstellerin zur Abgabe eines Angebotes für diese Leistungsvariante auffordern müssen. Dies habe er jedoch rechtswidriger Weise unterlassen.

In den Teilnahmeunterlagen sei als Eignungskriterium geregelt, dass als Mindest-Nettojahresumsatz in der Sparte Architekten- bzw. Generalplanerleistungen netto 1,200.000-- p.a. für die Jahre 2003, 2004, 2005 nachzuweisen sei. Laut KSV-Finanzprofil vom 28. August 2006 würde die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die geschätzten Gesamtumsatzzahlen in den Geschäftsjahren 2002/2003, 2003/2004 bzw 2004/2005 nicht erreichen. Aus der Bestätigung der F*** vom 22. Mai 2006 würde nach Ansicht der Antragstellerin nicht hervorgehen, "was konkret bestätigt worden sei". Insbesondere sei für die Antragstellerin nicht ersichtlich, welche bzw. wessen Umsatzzahlen bestätigt worden sein sollten. Diese Mindestanforderung werde von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin somit nicht erfüllt. Deren Angebot wäre daher mangels Eignung gemäß § 329 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 auszuscheiden gewesen. Schon aus diesem Grund sei die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig und für nichtig zu erklären. In den Teilnahmeunterlagen sei als Eignungskriterium geregelt, dass als Mindest-Nettojahresumsatz in der Sparte Architekten- bzw. Generalplanerleistungen netto 1,200.000-- p.a. für die Jahre 2003, 2004, 2005 nachzuweisen sei. Laut KSV-Finanzprofil vom 28. August 2006 würde die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die geschätzten Gesamtumsatzzahlen in den Geschäftsjahren 2002 aus 2003,, 2003 aus 2004, bzw 2004 aus 2005, nicht erreichen. Aus der Bestätigung der F*** vom 22. Mai 2006 würde nach Ansicht der Antragstellerin nicht hervorgehen, "was konkret bestätigt worden sei". Insbesondere sei für die Antragstellerin nicht ersichtlich, welche bzw. wessen Umsatzzahlen bestätigt worden sein sollten. Diese Mindestanforderung werde von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin somit nicht erfüllt. Deren Angebot wäre daher mangels Eignung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 auszuscheiden gewesen. Schon aus diesem Grund sei die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig und für nichtig zu erklären.

Die Antragstellerin erachte sich in ihren Rechten auf Zuschlagserteilung, auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens, auf rechtskonforme Prüfung und Bewertung der Angebote, auf Gleichbehandlung der Bieter, auf Vergleichbarkeit der Angebote, auf Mitteilung der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots, auf

Nichtberücksichtigung des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers und auf Ausscheiden des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Angebotes, verletzt.

In einer weiteren Stellungnahme der Antragstellerin vom 22. September 2006 wurde zu der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bestrittenen Antragslegitimation ausgeführt, dass die Antragstellerin mit ihrem Teilnahmeantrag mehr als 10 Projekte der Sparte Spitalsplanung vorgelegt habe, bei denen jeweils ein Bundesland oder eine öffentlich rechtliche Körperschaft Eigentümer des jeweiligen Objektes sei. Diese Objekte stünden gemäß § 2 Abs 1 Denkmalschutzgesetz ex lege unter Denkmalschutz. In Pkt. 6.3.3 der Teilnahmeunterlage sei eine Bestätigung des Bundesdenkmalamtes gefordert, dass die vorgenommenen Umbauten im als Referenz angegebenen denkmalgeschützten Objekten unter Einhaltung aller Auflagen erfolgt seien. Es sei nicht gefordert, dass es sich um ein Objekt der Sparte Spitalsplanung handeln müsse. Die Antragstellerin habe mit ihrem Teilnahmeantrag auch zwei Bestätigungen des Bundesdenkmalamtes vorgelegt, wonach die vorgenommenen Um- und Zubauten im als Referenz angegebenen denkmalgeschützten Objekt unter Einhaltung aller Auflagen erfolgt seien. Der Antragstellerin fehle also keineswegs die Antragslegitimation. In einer weiteren Stellungnahme der Antragstellerin vom 22. September 2006 wurde zu der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bestrittenen Antragslegitimation ausgeführt, dass die Antragstellerin mit ihrem Teilnahmeantrag mehr als 10 Projekte der Sparte Spitalsplanung vorgelegt habe, bei denen jeweils ein Bundesland oder eine öffentlich rechtliche Körperschaft Eigentümer des jeweiligen Objektes sei. Diese Objekte stünden gemäß Paragraph 2, Absatz eins, Denkmalschutzgesetz ex lege unter Denkmalschutz. In Pkt. 6.3.3 der Teilnahmeunterlage sei eine Bestätigung des Bundesdenkmalamtes gefordert, dass die vorgenommenen Umbauten im als Referenz angegebenen denkmalgeschützten Objekten unter Einhaltung aller Auflagen erfolgt seien. Es sei nicht gefordert, dass es sich um ein Objekt der Sparte Spitalsplanung handeln müsse. Die Antragstellerin habe mit ihrem Teilnahmeantrag auch zwei Bestätigungen des Bundesdenkmalamtes vorgelegt, wonach die vorgenommenen Um- und Zubauten im als Referenz angegebenen denkmalgeschützten Objekt unter Einhaltung aller Auflagen erfolgt seien. Der Antragstellerin fehle also keineswegs die Antragslegitimation.

Weiters sei festzuhalten, dass die Ausführungen des Auftraggebers zur Preisbewertung nicht nachvollziehbar seien. Die Argumentation des Auftraggebers baue im Wesentlichen auf einer Differenzierung zwischen medizintechnischer Einrichtung und medizintechnischer Ausrüstung auf. Abgesehen davon, dass diese Differenzierung nicht dem Branchenverständnis entspreche, habe auch der Auftraggeber – etwa in der Anfragebeantwortung vom 5.7.2006 – die Begriffe vermengt. Bemerkenswert sei weiters, dass auch die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin für die Bemessungsgrundlage von EUR 95 Mio ein Angebot gelegt habe. Offensichtlich sei auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin von diesem Begriffsverständnis ausgegangen.

In der Ausschreibung sei ein Mindest-Netto-Jahresumsatz für die letzten 3 Geschäftsjahre gefordert gewesen. In der Bestätigung der F*** vom 22.5.2006 wäre aber lediglich ein Mittelwert angeführt. Die für jedes Geschäftsjahr in gleicher Höhe festgelegten Mindestumsätze würden daher von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wohl nicht erreicht werden.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 27. September 2006 betonte die Antragstellerin neuerlich, dass nur ein als Referenz angegebenes Objekt gefordert gewesen sei und dass das vom Bundesdenkmalamt bestätigte Referenzprojekt nicht zwangsläufig ein Spitalsprojekt betreffen müsse. Selbst wenn man dies unzutreffend in gegenteiliger Weise auslegen würde, hätte die Antragstellerin den Mangel beheben können und habe ihn auch bereits behoben (Anm: "Schnittbildzentrum Krankenhaus Lainz"). Zum Referenzprojekt "Lainz" werde vorgebracht, dass sich dieses zwar auf das Jahr 1991 beziehe, in der Ausschreibung jedoch kein Maximalalter der Referenz angeführt sei. Die Bestimmung des BVergG, wonach der Auftraggeber nur Referenzen der letzten 3 Jahre verlangen dürfe, richte sich nur an den Auftraggeber und sei im Übrigen auch so nicht in die Ausschreibung eingeflossen. Die Antragstellerin könne auch weitere Bestätigungen für weitere Projekte vorlegen und sei im Rahmen einer ordnungsgemäßen Angebotsprüfung jederzeit bereit, allfällige Unklarheiten auszuräumen. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 27. September 2006 betonte die Antragstellerin neuerlich, dass nur ein als Referenz angegebenes Objekt gefordert gewesen sei und dass das vom Bundesdenkmalamt bestätigte Referenzprojekt nicht zwangsläufig ein Spitalsprojekt betreffen müsse. Selbst wenn man dies unzutreffend in gegenteiliger Weise auslegen würde, hätte die Antragstellerin den Mangel beheben können und habe ihn auch bereits behoben. Anmerkung, "Schnittbildzentrum Krankenhaus Lainz"). Zum Referenzprojekt "Lainz" werde vorgebracht, dass sich dieses zwar auf das Jahr 1991 beziehe, in der Ausschreibung jedoch kein Maximalalter der Referenz angeführt sei. Die Bestimmung des BVergG, wonach der

Auftraggeber nur Referenzen der letzten 3 Jahre verlangen dürfe, richte sich nur an den Auftraggeber und sei im Übrigen auch so nicht in die Ausschreibung eingeflossen. Die Antragstellerin könne auch weitere Bestätigungen für weitere Projekte vorlegen und sei im Rahmen einer ordnungsgemäßen Angebotsprüfung jederzeit bereit, allfällige Unklarheiten auszuräumen.

Die Antragstellerin erläuterte weiters, dass der Denkmalschutz nicht davon abhängen, ob die genannten Spitäler in einer Verordnung aufgelistet seien und auch nicht davon, ob der Denkmalschutz im Grundbuch vermerkt sei.

Auch habe eine klare Unterscheidung der Leistungsteile Technische Gebäudeausrüstungen entsprechend Definition der HOIT (c1) und Medizintechnische Gebäudeausrüstungen (c2) nicht vorgelegen. Sogar der Auftraggeber selbst habe in seiner Fragebeantwortung vom 5. Juli 2006 diese beiden Begriffe vermischt.

Die Antragstellerin habe die Ausschreibung so verstanden, dass eine Bemessungsgrundlage von Euro 85 Mio. Netto-Herstellungskosten (NHK) zugrunde gelegen sei, wobei der Leistungsgegenstand insbesondere auch die Planung Medizintechnische Einrichtung umfasse. Die Anfragenbeantwortung vom 5. Juli 2006 habe ergeben, dass entgegen der ursprünglichen Ausschreibung die Leistungsteile c2 und anteilig d) nicht anzubieten gewesen seien. Die Antragstellerin sei hinsichtlich der Bemessungsgrundlage beim Letztangebot von Euro 95 Mio. ausgegangen. In der Verhandlungsrunde vom 18. August 2006 sei vom Auftraggebervertreter N*** gesagt worden, dass Euro 85 Mio. + Euro 10 Mio. für Medizintechnische Einrichtung zugrunde zu legen seien. Deshalb habe die Antragstellerin am 21. August 2006 ein Angebot mit einer Bemessungsgrundlage von Euro 95 Mio. gelegt. Gemäß Punkt 5 der Ausschreibungsunterlagen erfolge die Abrechnung nicht nach der vom Auftraggeber angenommenen Bemessungsgrundlage, sondern nach den tatsächlichen Nettoherstellungskosten. Diese seien zur Zeit der Angebotslegung noch nicht bekannt. Die in allen Angeboten ausgewiesenen Summen seien daher insofern "nur fiktiv". Entscheidend seien die angebotenen Honorarprozentsätze. Diese würden auch dann gelten, wenn die tatsächlichen Nettoherstellungskosten nur Euro 85 Mio. betragen würden. Die Antragstellerin habe somit jedenfalls ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt.

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe zuletzt ein Angebot auf einer Bemessungsgrundlage von Euro 95 Mio. angeboten. Dies bedeute, dass damit das ursprüngliche Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin mit einer Bemessungsgrundlage von Euro 85 Mio. aufgehoben worden sei. Nach dem Standpunkt der Auftraggeberin müsste sie aber genau dieses Angebot ausscheiden.

Die Antragstellerin bezweifle, dass die beiden vorgelegten Honorarnoten des G*** vom 1.6.2004 für die Sparte Architekten- bzw. Generalplanerleistungen relevant seien. Im Übrigen könne ein derartiger "künstlicher Umsatz" für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmens nicht relevant sein, da solche Umsätze von jedem Bieter - auch ohne Erbringung entsprechender Leistungen - generiert werden könnten. Weiters brachte die Antragstellerin vor, dass das Geschäftsjahr der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin jeweils am 30. Juni ende, die Abgabe der Teilnahmeanträge jedoch laut Ausschreibung bis 30. Mai 2006 vorzunehmen gewesen sei. Zu diesem Zeitpunkt (Anm: 30. Mai 2006) wären daher "die letzten 3 Geschäftsjahre" die Geschäftsjahre 2002/2003, 2003/2004, 2004/2005 gewesen. Das Geschäftsjahr 2002/2003 sei im Testat der F*** jedoch nicht ausgewiesen. Die Antragstellerin bezweifle, dass die beiden vorgelegten Honorarnoten des G*** vom 1.6.2004 für die Sparte Architekten- bzw. Generalplanerleistungen relevant seien. Im Übrigen könne ein derartiger "künstlicher Umsatz" für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmens nicht relevant sein, da solche Umsätze von jedem Bieter - auch ohne Erbringung entsprechender Leistungen - generiert werden könnten. Weiters brachte die Antragstellerin vor, dass das Geschäftsjahr der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin jeweils am 30. Juni ende, die Abgabe der Teilnahmeanträge jedoch laut Ausschreibung bis 30. Mai 2006 vorzunehmen gewesen sei. Zu diesem Zeitpunkt (Anmerkung, 30. Mai 2006) wären daher "die letzten 3 Geschäftsjahre" die Geschäftsjahre 2002 aus 2003, 2003 aus 2004, 2004 aus 2005, gewesen. Das Geschäftsjahr 2002 aus 2003, sei im Testat der F*** jedoch nicht ausgewiesen.

Festzuhalten sei weiters, dass der Auftraggeber die Bieter offenbar ungleich behandle, da er hinsichtlich der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin auf die Nachreichung fehlender Nachweise unter Fristsetzung verzichtet habe.

Mit Schriftsatz vom 10. Oktober 2006 hat die Antragstellerin über Aufforderung des Bundesvergabebeamten eine Projektbeschreibung des bereits am 26. September 2006 vorgelegten Projektes "Schnittbildzentrum Krankenhaus Lainz" vorgelegt. Weiters wurde darauf hingewiesen, dass gemäß § 80 Abs 2 BVergG 2006 die vom Auftraggeber

verlangten Eignungsnachweise in die Ausschreibungsunterlagen aufzunehmen sind. Der Auftraggeber könne auf diese Weise (Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen) etwa bei Dienstleistungsaufträgen gemäß § 75 Abs 7 BVergG 2006 eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Dienstleistungen verlangen. Dies habe der Auftraggeber im vorliegenden Fall aber gerade nicht getan. Es sei vielmehr der Nachweis über mindestens 1 ausgeführtes bzw in Ausführung befindliches und unter Denkmalschutz stehendes Projekt der Sparte Spitalsplanung gefordert gewesen. Eine zeitliche Einschränkung sei dabei nicht festgelegt gewesen. Es werde darauf hingewiesen, dass Auftraggeber an die Vorgaben der Ausschreibung selbst dann gebunden seien, wenn diese Vorgaben unzumutbar oder sogar rechtswidrig seien. Mit Schriftsatz vom 10. Oktober 2006 hat die Antragstellerin über Aufforderung des Bundesvergabeamtes eine Projektbeschreibung des bereits am 26. September 2006 vorgelegten Projektes "Schnittbildzentrum Krankenhaus Lainz" vorgelegt. Weiters wurde darauf hingewiesen, dass gemäß Paragraph 80, Absatz 2, BVergG 2006 die vom Auftraggeber verlangten Eignungsnachweise in die Ausschreibungsunterlagen aufzunehmen sind. Der Auftraggeber könne auf diese Weise (Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen) etwa bei Dienstleistungsaufträgen gemäß Paragraph 75, Absatz 7, BVergG 2006 eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Dienstleistungen verlangen. Dies habe der Auftraggeber im vorliegenden Fall aber gerade nicht getan. Es sei vielmehr der Nachweis über mindestens 1 ausgeführtes bzw in Ausführung befindliches und unter Denkmalschutz stehendes Projekt der Sparte Spitalsplanung gefordert gewesen. Eine zeitliche Einschränkung sei dabei nicht festgelegt gewesen. Es werde darauf hingewiesen, dass Auftraggeber an die Vorgaben der Ausschreibung selbst dann gebunden seien, wenn diese Vorgaben unzumutbar oder sogar rechtswidrig seien.

Weiters wurde eine Bestätigung des Bundesdenkmalamtes vom 9. Oktober 2006, adressiert an B***, für das Projekt "Therapiezentrum und Krankenhausstrukt Payerbach, Planung" samt Projektbeschreibung vorgelegt.

Am 11. September 2006 wurden vom Auftraggeber die Unterlagen des Vergabeverfahrens vorgelegt. Mit Schriftsatz vom 12. September 2006 brachte der Auftraggeber, vertreten durch X***, vor, dass die Zuschlagsentscheidung zugunsten der präsumtiven Bestbieterin rechtsrichtig erfolgt sei. Die im Nachprüfungsantrag geltend gemachten Rechtswidrigkeiten würden nicht vorliegen. Die Zuschlagsentscheidung sei im Rahmen eines BVergG-konformen Vergabeverfahrens erfolgt, insbesondere sei die Prüfung und Bewertung der Angebote rechtskonform gewesen.

Zur Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin:

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin erfülle die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Eignungskriterien. Gemäß Punkt 6.2.1 und 6.2.2. der Teilnahmeunterlagen seien für die Geschäftsjahre 2003, 2004 und 2005 in der Sparte Architekten- bzw. Generalplanerleistungen ein Mindest-Nettojahresumsatz von Euro 1,2 Mio. und in der speziellen Sparte Spitalsplanung ein Mindest-Nettojahresumsatz von Euro 300.000,-- nachzuweisen. Wie sich aus der Bestätigung der F*** vom 22. Mai 2006 ergebe, erfülle die präsumtive Zuschlagsempfängerin dieses Eignungskriterium. Deren Angebot sei somit nicht auszuschneiden.

Zur Preisbewertung:

Die Preisbewertung sei korrekt erfolgt. Die zu vergebenden Leistungen seien v.a. im Punkt 2 der Ausschreibungsunterlage geregelt. Gemäß diesen und gemäß den vom Auftraggeber im Laufe des Verfahrens getroffenen Festlegungen, seien die 3 Leistungen:

Einrichtungsplanung Architektur, Einrichtungsplanung Medizintechnik und Planung medizintechnische Gebäudeausrüstung von einander abzugrenzen. Während die Einrichtungsplanung Architektur Bestandteil der ausgeschriebenen Leistung sei, sei die Medizintechnik-Einrichtungsplanung niemals Gegenstand der Ausschreibung gewesen. Dies ergebe sich insbesondere aus der Anfragebeantwortung vom 7. Juli 2006 sowie aus der den Bietern übermittelten Beilage "Hanusch-Krankenhaus-Strukturplanung" Seite

1. 26.Ziffer 26

Die Leistungsteile Planung der medizintechnischen Gebäudeausrüstung und der diesbezüglichen örtlichen Bauaufsicht (vgl. Leistungspositionen c2 und d) seien hingegen - obwohl noch Teil der versendeten Fassung der Ausschreibungsunterlagen - noch vor Ende der 1. Angebotsrunde in der 1. Anfragebeantwortung des Auftraggebers vom 5. Juli 2006 "heraus genommen worden". Vor derDie Leistungsteile Planung der medizintechnischen Gebäudeausrüstung und der diesbezüglichen örtlichen Bauaufsicht vergleiche Leistungspositionen c2 und d) seien hingegen - obwohl noch Teil der versendeten Fassung der Ausschreibungsunterlagen - noch vor Ende der 1. Angebotsrunde in der 1. Anfragebeantwortung des

Auftraggebers vom 5. Juli 2006 "heraus genommen worden". Vor der

2. 2.Ziffer 2

und letzten Angebotsrunde habe die Auftraggeberin den Leistungsgegenstand dahingehend geändert, dass die Leistungsteile c2 und d) wieder anzubieten gewesen wären (Verhandlungsprotokoll vom 18. August 2006, letzte Seite). Dabei seien Euro 10 Mio. als Basis für medizintechnische Einrichtungen als Planungsvorgabe für die Honorarermittlung angegeben und um Bekanntgabe des entsprechenden Honorars von c2 und d) bzw. der dahingehend überarbeiteten Letztangebote bis 22. August 2006 ersucht worden. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin habe der Auftraggeber diese Summe für die medizintechnische Einrichtung und nicht für die medizintechnische Ausrüstung angegeben. Die Bekanntgabe der Kostenschätzung für die medizintechnische Einrichtung habe ausschließlich den Zweck verfolgt, den Bietern die Kalkulation der Leistungsteile c2 (medizintechnische Gebäudeausrüstung/Planung) und d (anteilige örtliche Bauaufsicht für die medizintechnische Gebäudeausrüstung) zu erleichtern. Dies deshalb, da der Aufwand für die medizintechnische Einrichtung gewisse Rückschlüsse auf den Aufwand für die Planung der medizintechnischen Gebäudeausrüstung zulasse. Die auf Euro 85 Mio. lautende Bemessungsgrundlage sei dabei jedoch nicht erhöht worden. Hätte der Auftraggeber die Bemessungsgrundlage geändert, hätte er dies den Bietern ausdrücklich mitgeteilt.

Warum im Angebot der Antragstellerin die Bemessungsgrundlage von Euro 85 Mio. durchgestrichen und durch Euro 95 Mio. ersetzt worden sei, sei dem Auftraggeber unergründlich. Dies umso mehr, als die Antragstellerin selbst in der Verhandlung vom 18. August 2006 angegeben habe, dass sie bereits in ihrem 1. Angebot Kosten in der Höhe von Euro 10,2 Mio. für die medizintechnische Einrichtung mit einkalkuliert, die Leistungsteile c2 und d) entsprechend der 1. Anfragebeantwortung jedoch nicht angeboten worden seien. Da jedoch der im Begleitschreiben zum Angebot der Antragstellerin und dem beigelegten Kalkulationsblatt genannte Angebotspreis sowohl für die Bemessungsgrundlage Euro 85 Mio. als auch Euro 95 Mio. gelte und sich nur die jeweiligen, einzeln ausgewiesenen Prozentsätze der beiden Varianten voneinander unterscheiden würden, sei der Auftraggeber bislang davon ausgegangen, dass die Antragstellerin auch ein Angebot auf Basis der Bemessungsgrundlage von Euro 85 Mio. gelegt habe. Falls dies nicht zutreffe, wäre das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden und ihre Anträge mangels Antragslegitimation zurückzuweisen.

Die im Prüfprotokoll aufscheinenden "Bewertungen" der in der 1. Angebotsrunde eingelangten Angebote (Herstellungskosten Euro 85 Mio. ohne Planung der medizintechnischen Ausrüstung) seien lediglich zur Ersichtlichmachung der Angebotsveränderung zwischen der 1. und 2. Angebotsrunde erfolgt. Die Bewertungen der Preise auf Basis von Nettoherstellungskosten in Höhe von Euro 95 Mio. (Herstellungskosten Euro 95 Mio. inkl. Planung der medizintechnischen Ausrüstung) seien zur Kontrolle der Preisangemessenheit und zur Kontrolle, dass selbst für den Fall, dass die von den Bietern irrtümlich getroffenen Annahmen zutreffen sollten, kein anderes Verfahrensergebnis erzielt worden wäre, erfolgt. Für die Bestbieterermittlung seien diese "Bewertungen" jedoch irrelevant.

Wie aus dem Prüfprotokoll vom 28. August 2006 ersichtlich, erlange die Antragstellerin in jedem Fall weniger Punkte als die präsumtive Zuschlagsempfängerin und zwar unabhängig von der herangezogenen "Preisvariante". Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei bei jeder der 3 "Preisvarianten" Bestbieterin. Das Angebot der Antragstellerin sei hingegen nie an

1. 1.Ziffer eins

Stelle zu reihen. Eine gesondert anfechtbare Entscheidung sei gemäß § 325 Abs.1 Z 2 BVergG nur dann für nichtig zu erklären, wenn die festgestellte Rechtswidrigkeit Auswirkungen auf den Verfahrensausgang haben könnte. Im vorliegenden Fall sei die Möglichkeit eines Bietersturzes jedenfalls nicht gegeben. Selbst dann, wenn man wie die Antragstellerin unterstelle, dass die zum Zweck der Preisangemessenheit im Prüfprotokoll enthaltenen zusätzlichen Informationen "als Preisvarianten anzusehen seien", wäre unabhängig von der herangezogenen "Preisvariante" das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin immer das technisch wirtschaftlich günstigste Angebot. Damit sei die Ermittlung eines anderen Bestbieters und damit verbunden ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens jedenfalls denkunmöglich. Stelle zu reihen. Eine gesondert anfechtbare Entscheidung sei gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG nur dann für nichtig zu erklären, wenn die festgestellte Rechtswidrigkeit Auswirkungen auf den Verfahrensausgang haben könnte. Im vorliegenden Fall sei die Möglichkeit eines Bietersturzes jedenfalls nicht gegeben. Selbst dann, wenn man wie die Antragstellerin

unterstelle, dass die zum Zweck der Preisangemessenheit im Prüfprotokoll enthaltenen zusätzlichen Informationen "als Preisvarianten anzusehen seien", wäre unabhängig von der herangezogenen "Preisvariante" das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin immer das technisch wirtschaftlich günstigste Angebot. Damit sei die Ermittlung eines anderen Bestbieters und damit verbunden ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens jedenfalls denkunmöglich

Zur Bewertung der Verfügbarkeit des Schlüsselpersonals:

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe in ihrem Angebot die Reisedistanz vom Bürostandort des Schlüsselpersonals in das Hanuschkrankenhaus in Stunden angegeben. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei in diesem Kriterium 2. gereiht gewesen und seien ihr daher 16 Punkte zugesprochen worden. Die Antragstellerin sei hier 3. gereiht gewesen und habe 12 Punkte erreicht. Eine von der Antragstellerin geltend gemachte rechtswidrige Bewertung dieses Kriteriums sei nicht gegeben.

In einer weiteren Stellungnahme des Auftraggebers vom 26. September 2006 wurde ergänzend vorgebracht, dass es sowohl in der Überschrift als auch im Text zu Punkt 6.3.3 heiße "das" Referenzobjekt (also das bereits in Punkt 6.3.2 erwähnte) und nicht "ein" (beliebiges) Referenzobjekt. Daraus sei klar ersichtlich, dass eine Bestätigung des Bundesdenkmalamtes für das in Punkt 6.3.2 genannte Referenzobjekt verlangt worden sei. Der Punkt 6.3.2 normiere die Anforderungen an das Referenzobjekt, während Punkt 6.3.3. bestimme, wie die Erfüllung dieser Anforderungen nachzuweisen sei. Das Hanusch-Krankenhaus stehe aufgrund einer gemäß § 2a Denkmalschutzgesetz erlassenen Verordnung des Bundesdenkmalamtes seit 15. Juni 2004 unter Denkmalschutz. Dies sei auch grundbücherlich vermerkt. In einer weiteren Stellungnahme des Auftraggebers vom 26. September 2006 wurde ergänzend vorgebracht, dass es sowohl in der Überschrift als auch im Text zu Punkt 6.3.3 heiße "das" Referenzobjekt (also das bereits in Punkt 6.3.2 erwähnte) und nicht "ein" (beliebiges) Referenzobjekt. Daraus sei klar ersichtlich, dass eine Bestätigung des Bundesdenkmalamtes für das in Punkt 6.3.2 genannte Referenzobjekt verlangt worden sei. Der Punkt 6.3.2 normiere die Anforderungen an das Referenzobjekt, während Punkt 6.3.3. bestimme, wie die Erfüllung dieser Anforderungen nachzuweisen sei. Das Hanusch-Krankenhaus stehe aufgrund einer gemäß Paragraph 2 a, Denkmalschutzgesetz erlassenen Verordnung des Bundesdenkmalamtes seit 15. Juni 2004 unter Denkmalschutz. Dies sei auch grundbücherlich vermerkt.

Der Auftraggeber lege größten Wert darauf, dass die Bewerber bereits Erfahrungen in der Planung des Um-/Neubaus von tatsächlich unter Denkmalschutz stehenden (und nicht bloß von der gesetzlichen Vermutung des § 2 Abs.1 DMSG erfassten) Spitälern und in der Abstimmung der Spitalsplanung mit den Vorgaben des Bundesdenkmalamtes habe. Diese Erfahrung sei durch die in PunktDer Auftraggeber lege größten Wert darauf, dass die Bewerber bereits Erfahrungen in der Planung des Um-/Neubaus von tatsächlich unter Denkmalschutz stehenden (und nicht bloß von der gesetzlichen Vermutung des Paragraph 2, Absatz eins, DMSG erfassten) Spitälern und in der Abstimmung der Spitalsplanung mit den Vorgaben des Bundesdenkmalamtes habe. Diese Erfahrung sei durch die in Punkt

6.3.3 verlangte Bestätigung nachzuweisen.

Die Antragstellerin habe in ihrem Teilnahmeantrag zwar Nachweise für mehrere Projekte in der Sparte Spitalsplanung und - unabhängig davon - zwei Bestätigungen des zuständigen Bundesdenkmalamtsvertreters für denkmalgeschützte Projekte vorgelegt. Diese Bestätigungen würden jedoch kein Projekt in den Sparten Spitalsplanung betreffen, sondern die Sanierung von Schloss Schlosshof und die Sanierung des Kongresszentrums in der Wiener Hofburg. In der Folge habe der Auftraggeber mit Schreiben vom 20. September 2006 die Antragstellerin aufgefordert, den Mangel bis 26. September, 12.00 Uhr, zu verbessern. Mit Schreiben vom 26. September 2006 habe die Antragstellerin eine Bestätigung des Bundesdenkmalamtes zum Projekt "Schnittbildzentrum Krankenhaus Lainz" vorgelegt. Diese Bestätigung betreffe keine der von der Antragstellerin ursprünglich vorgelegten Referenzen. Auch könne aufgrund der mangelhaften Informationen die Erfüllung der Eignungskriterien nicht überprüft werden. Auch handle es sich um ein Projekt aus dem Jahre 1991, sodass auch aus diesem Grunde das nachgereichte Referenzobjekt für die Eignungsprüfung nicht zu berücksichtigen sei. Da die Antragstellerin den Mangel sohin nicht verbessert habe, fehle es ihr an der geforderten Eignung und in der Folge an der Antragslegitimation. Ein nicht erfolgtes Ausscheiden durch den Auftraggeber vermöge daran nichts zu ändern.

In der Leistungsposition c2 sei nicht die Planung für "Medizintechnische Ausrüstung", sondern die Planung für die Medizintechnische Gebäudeausrüstung anzubieten gewesen. Die Antragstellerin verwechsle die unterschiedlichen

Begriffe. Die Planung der Medizin-technischen Gebäudeausrüstung sei in der HO-IT (Honorarleitlinie für industrielle Technik - technische Gebäudeausrüstung) erfasst. Demgegenüber betreffe die Medizintechnik-Einrichtungsplanung die Planung, wo welche medizintechnischen Geräte aufzustellen seien. Die Medizintechnik-Einrichtungsplanung sei nicht Gegenstand der HO-IT. Die Medizintechnik-Einrichtungsplanung sei zu keinem Zeitpunkt Gegenstand der Ausschreibung gewesen (vgl. Anfragenbeantwortung vom 7. Juli 2006, Frage 2 und 3). In der Leistungsposition c2 sei nicht die Planung für "Medizintechnische Ausrüstung", sondern die Planung für die Medizintechnische Gebäudeausrüstung anzubieten gewesen. Die Antragstellerin verwechsle die unterschiedlichen Begriffe. Die Planung der Medizin-technischen Gebäudeausrüstung sei in der HO-IT (Honorarleitlinie für industrielle Technik - technische Gebäudeausrüstung) erfasst. Demgegenüber betreffe die Medizintechnik-Einrichtungsplanung die Planung, wo welche medizintechnischen Geräte aufzustellen seien. Die Medizintechnik-Einrichtungsplanung sei nicht Gegenstand der HO-IT. Die Medizintechnik-Einrichtungsplanung sei zu keinem Zeitpunkt Gegenstand der Ausschreibung gewesen (vergleiche Anfragenbeantwortung vom 7. Juli 2006, Frage 2 und 3).

Dass auch der präsumtive Zuschlagsempfänger ein Angebot für die Bemessungsgrundlage von Euro 95 Mio. gelegt habe, sei für die Bestbieterermittlung irrelevant. Einerseits erfolge nämlich die Bestbieterermittlung aus den Angeboten mit einer Bemessungsgrundlage von Euro 85 Mio. und andererseits würde eine "Bewertung" der Preise für die Bemessungsgrundlage von Euro 95 Mio. zu keinem Bietersturz führen.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe dem Auftraggeber im Zuge des Nachprüfungsverfahrens eine weitere Bestätigung der F*** übermittelt. Aus dieser Bestätigung vom 12. September 2006 gehe hervor, dass die in den Teilnahmeunterlagen geforderten Mindest-Nettojahresumsätze in den letzten 3 Geschäftsjahren vom präsumtiven Zuschlagsempfänger jedenfalls erreicht worden seien. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe somit die Eignungskriterien erfüllt.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 27.9.2006 hat der Auftraggeber ergänzend vorgebracht, dass die von der Antragstellerin nachgereichte Referenz "Schnittbildzentrum Krankenhaus Lainz" aus dem Jahr 1991 stamme und somit nicht geeignet sei. Gemäß BVergG dürften Referenzen nicht älter als 3 Jahre sein. Auch widerspreche die nachgereichte Referenz den Teilnahmeunterlagen, da sie die in Pkt. 6.3.2. dritter Absatz geforderten Angaben, warum die angeführte Referenz besonders geeignet sei, nicht enthalte.

Bei der Prüfung der Teilnahmeanträge betreffend die Referenzen (Punkt 6.3.2. und 6.3.3.) sei dem Auftraggeber insofern ein weiterer "Fehler" unterlaufen, als er der irrigen Ansicht gewesen sei, dass jedes Krankenhaus, welches im Eigentum der öffentlichen Hand stehe, von der gesetzlichen Vermutung des § 2 Denkmalschutzgesetzes umfasst sei. Da die von der Antragstellerin vorgelegten Referenzen (u.a. UKH Linz, UKH Klagenfurt, LKH Graz, LKH Enns) Krankenhäuser betroffen hätten, die im Landeseigentum stünden, sei davon ausgegangen worden, dass diese genannten Krankenhäuser von der Vermutung des § 2 DMSG umfasst seien. Bei der Prüfung der Teilnahmeanträge betreffend die Referenzen (Punkt 6.3.2. und 6.3.3.) sei dem Auftraggeber insofern ein weiterer "Fehler" unterlaufen, als er der irrigen Ansicht gewesen sei, dass jedes Krankenhaus, welches im Eigentum der öffentlichen Hand stehe, von der gesetzlichen Vermutung des Paragraph 2, Denkmalschutzgesetzes umfasst sei. Da die von der Antragstellerin vorgelegten Referenzen (u.a. UKH Linz, UKH Klagenfurt, LKH Graz, LKH Enns) Krankenhäuser betroffen hätten, die im Landeseigentum stünden, sei davon ausgegangen worden, dass diese genannten Krankenhäuser von der Vermutung des Paragraph 2, DMSG umfasst seien.

Unabhängig von der Frage, ob nun alle Krankenhäuser unter Denkmalschutz stünden oder nicht, habe der Auftraggeber jedenfalls auf Grund der in der Vergangenheit erforderlichen umfangreichen Abstimmung mit dem Bundesdenkmalamt von den Bewerbern verlangt, dass Erfahrungen in der Abstimmung mit dem Bundesdenkmalamt vorgewiesen würden und dass diese Erfahrungen auch durch das Bundesdenkmalamt im Bezug auf ein Spitalsprojekt bestätigt würden.

Die Antragstellerin sei der mit Schreiben des Auftraggebers vom 20. September 2006 erfolgten Verbesserungsaufforderung nicht nachgekommen. Deren Angebot wäre daher auszuschneiden. Das BVergG verlange das Vorliegen einer aktuellen Leistungsfähigkeit. Dieses Erfordernis sei durch die mehr als 15 Jahre zurückliegende Referenz des Vorgängerbüros der Antragstellerin jedenfalls nicht erfüllt. Es sei davon auszugehen, dass die damaligen Mitarbeiter nicht mehr bei der Antragstellerin beschäftigt seien.

Bei der Einrichtungsplanung Medizintechnik bzw der medizintechnischen Gebäudeausrüstung handle es sich um zwei

verschiedene Leistungsteile. Dies sei für jeden sachkundigen Bieter ersichtlich. Die medizintechnische Einrichtungsplanung, die nie Gegenstand der Ausschreibung gewesen sei, werde teilweise von der WGKK selbst durchgeführt, teilweise bediene sich der Auftraggeber hierfür externer Planer. In der Fragebeantwortung vom 7. Juli 2006 sei nochmals klargestellt worden, dass die medizintechnische Einrichtungsplanung nicht Ausschreibungsgegenstand sei.

Punkt c1 betreffe die allgemeine technische Gebäudeausrüstung. Darunter sei etwa die Sanitärausrüstung zu verstehen. Punkt c.2 betreffe hingegen etwa Auslässe für medizinische Gase. Gegenstand der Ausschreibung seien Generalplanerleistungen Architektur sowie der Leistungsteil c.2 und anteilig d gewesen. Die Bemessungsgrundlage für diesen Ausschreibungsumfang betrage Euro 85 Mio. Nettoherstellungskosten. Dies ergebe sich auch aus Seite 26 der Beilage "HKH-Strukturplanung/Kostenschätzung" vom Mai 2005. Trotz der Verringerung des Leistungsumfanges (Anm: Leistungsteile c2 und d waren ab 5. Juli 2006 nicht mehr anzubieten) habe sich die Bemessungsgrundlage nicht geändert, sondern sei bei Euro 85 Mio. geblieben. Punkt c1 betreffe die allgemeine technische Gebäudeausrüstung. Darunter sei etwa die Sanitärausrüstung zu verstehen. Punkt c.2 betreffe hingegen etwa Auslässe für medizinische Gase. Gegenstand der Ausschreibung seien Generalplanerleistungen Architektur sowie der Leistungsteil c.2 und anteilig d gewesen. Die Bemessungsgrundlage für diesen Ausschreibungsumfang betrage Euro 85 Mio. Nettoherstellungskosten. Dies ergebe sich auch aus Seite 26 der Beilage "HKH-Strukturplanung/Kostenschätzung" vom Mai 2005. Trotz der Verringerung des Leistungsumfanges Anmerkung, Leistungsteile c2 und d waren ab 5. Juli 2006 nicht mehr anzubieten) habe sich die Bemessungsgrundlage nicht geändert, sondern sei bei Euro 85 Mio. geblieben.

Gemäß den Ausschreibungsunterlagen ende das Preisband für das Honorar bei + /- 20 % der Bemessungsgrundlage. Zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung müsse natürlich von einer einheitlichen Bemessungsgrundlage ausgegangen werden, damit eine Vergleichbarkeit der Angebote gegeben sei.

In der Verhandlungsrunde vom 18. August 2006 sei seitens des Auftraggebers ein Betrag von Euro 10 Mio. als Grundlage für die Kalkulation für c2 und d angegeben worden. Die Bemessungsgrundlage von Euro 85 Mio. Nettoherstellungskosten sei vom Auftraggeber nicht geändert worden.

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auf der Bemessungsgrundlage von Euro 95 Mio. sei als wirtschaftliches Alternativangebot zu werten, da der Leistungsumfang ein anderer sei. Die beiden Angebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerin seien nicht als zwei Hauptangebote angesehen worden. Dasselbe gelte auch für das Angebot der Antragstellerin, da in dem, dem Angebot beiliegenden Kalkulationsblatt, ein Honorar sowohl auf Basis von Euro 85 Mio. als auch auf Basis von Euro 95 Mio. ausgewiesen sei und das Honorar für beide Bemessungsgrundlagen identisch sei. Die Antragstellerin habe also - im Hinblick auf die Bemessungsgrundlage und den Ausschreibungsumfang - ein der Ausschreibung entsprechendes Angebot gelegt.

Der Prüfer des Auftraggebers, H***, habe die im Testat der F*** vom 22. Mai 2006 verwendete Formulierung "im Mittel" überlesen. Dass hier eine Aufklärung stattfinden hätte müssen, sei ihm erst einige Zeit später bewusst geworden. Ein der Ausschreibung entsprechendes Testat sei jedoch vom Auftraggeber nicht nachgefordert worden. Ein solches sei unaufgefordert vom präsumtiven Zuschlagsempfänger vorgelegt worden. Laut Ausschreibung wäre ein Nachweis betreffend die Nettogesamtumsätze in den letzten 3 Geschäftsjahren (2003 - 2005) gefordert gewesen. Dies bedeute, dass der Mindestnettojahresumsatz von den Bietern für die Wirtschaftsjahre/Geschäftsjahre 2003/2004, 2004/2005 und 2005/2006 nachzuweisen gewesen sei. Keinesfalls könne dies jedoch mit dem Wirtschafts-/Geschäftsjahr 2002/2003 beginnen. Daraus folge, dass das Wirtschafts- bzw. Geschäftsjahr 2005/2006 maßgeblich sei. Dies ergebe sich auch aus dem BVergG, wo als Eignungskriterium die letzten 3 Geschäftsjahre heranzuziehen seien. Unter Geschäftsjahr sei das Wirtschaftsjahr zu verstehen. Keineswegs gemeint ist ein Kalenderjahr. Der Prüfer des Auftraggebers, H***, habe die im Testat der F*** vom 22. Mai 2006 verwendete Formulierung "im Mittel" überlesen. Dass hier eine Aufklärung stattfinden hätte müssen, sei ihm erst einige Zeit später bewusst geworden. Ein der Ausschreibung entsprechendes Testat sei jedoch vom Auftraggeber nicht nachgefordert worden. Ein solches sei unaufgefordert vom präsumtiven Zuschlagsempfänger vorgelegt worden. Laut Ausschreibung wäre ein Nachweis betreffend die Nettogesamtumsätze in den letzten 3 Geschäftsjahren (2003 - 2005) gefordert gewesen. Dies bedeute, dass der Mindestnettojahresumsatz von den Bietern für die Wirtschaftsjahre/Geschäftsjahre 2003 aus 2004., 2004 aus 2005, und 2005 aus 2006, nachzuweisen gewesen sei. Keinesfalls könne dies jedoch mit dem Wirtschafts-/Geschäftsjahr 2002 aus 2003, beginnen. Daraus folge, dass das Wirtschafts- bzw. Geschäftsjahr 2005 aus 2006, maßgeblich sei. Dies ergebe sich auch aus dem BVergG, wo als Eignungskriterium die letzten 3 Geschäftsjahre

heranzuziehen seien. Unter Geschäftsjahr sei das Wirtschaftsjahr zu verstehen. Keineswegs gemeint ist ein Kalenderjahr.

In einer weiteren Stellungnahme des Auftraggebers vom 11. Oktober 2006 wurde erneut betont, dass die Antragstellerin durch die Vorlage der Unterlagen zum Schnittbildzentrum Krankenhaus Lainz am 26.9.2006 Mängel nicht ordnungsgemäß verbessert habe. Dieses Projekt liege mehr als 15 Jahre zurück. Gemäß § 75 Abs 7 BVergG dürften Referenzen hingegen nicht länger als 3 Jahre zurückliegen, da das Vergaberecht eine Eignungsprüfung an Hand aktueller Referenzen verlange. Gemäß § 80 Abs 2 BVergG seien die geforderten Eignungsnachweise in die Ausschreibungsunterlagen aufzunehmen. Dem sei der Auftraggeber durch Festlegung der Punkte 6.3.2 und 6.3.3 in den Teilnahmeunterlagen nachgekommen. Dem § 80 Abs 2 iVm § 75 Abs 7 BVergG ist daher genüge getan worden. Da sich die zeitliche Einschränkung für Referenzprojekte bereits aus dem Gesetz ergebe, bedürfe es keiner expliziten diesbezüglichen Erwähnung in den Teilnahmeunterlagen. Zu dem werde auf Pkt. 5.1 der Teilnahmeunterlagen auf die Bestimmungen des BVergG 2006 verwiesen. Durch diesen Verweis habe der Auftraggeber eine zeitliche Einschränkung für Referenzprojekte vorgenommen. Auch wenn sich Dreijahresgrenze nach dem Wortlaut primär an den Auftraggeber richte, so dürfe der Auftraggeber schon aus Gründen der Gleichbehandlung aller Bieter ältere Referenzen nicht werten. Darüber hinaus fehle in den vorgelegten Unterlagen der geforderte Textteil. Deshalb sei dem Auftraggeber die Überprüfung der Erfüllung der Eignungskriterien nicht möglich gewesen. Der Auftraggeber habe die Antragstellerin ordnungsgemäß unter klarer Formulierung zur Mängelbehebung binnen einer angemessenen Frist aufgefordert. Der Mängelbehebungsauftrag sei jedoch nicht ordnungsgemäß erfüllt worden, wodurch es der Antragstellerin an der Eignung fehle. Deshalb habe der Auftraggeber das Angebot der Antragstellerin mit Schreiben vom 11. Oktober 2006 ausgeschieden. Daher sei die Antragslegitimation der Antragstellerin zu verneinen und deren Antrag zurückzuweisen. Wenn man den (dritten) Mängelbehebungsversuch vom 9.10.2006 akzeptieren würde, würde lediglich der Mangel des fehlenden Textteiles behoben. Bestehen bliebe jedoch die Tatsache, dass das genannte Projekt zu alt sei. Jedenfalls das am 9.10.2006 vorgelegte Projekt Beauty- und Wellnessresort Payerbacher sei kein geeignetes Projekt. Überdies habe der Auftraggeber von einer weiteren Verbesserungsmöglichkeit abgesehen, da gemäß Pkt. 6 der Teilnahmeunterlagen die Projekte bei sonstigem Ausschluss bis zum Zeitpunkt der Antragstellung nachzuweisen gewesen seien. Daher seien die in der Verhandlung vom 27.9.2006 und die mit Schriftsatz vom 9.10.2006 vorgelegten Unterlagen nicht zu berücksichtigen. In einer weiteren Stellungnahme des Auftraggebers vom 11. Oktober 2006 wurde erneut betont, dass die Antragstellerin durch die Vorlage der Unterlagen zum Schnittbildzentrum Krankenhaus Lainz am 26.9.2006 Mängel nicht ordnungsgemäß verbessert habe. Dieses Projekt liege mehr als 15 Jahre zurück. Gemäß Paragraph 75, Absatz 7, BVergG dürften Referenzen hingegen nicht länger als 3 Jahre zurückliegen, da das Vergaberecht eine Eignungsprüfung an Hand aktueller Referenzen verlange. Gemäß Paragraph 80, Absatz 2, BVergG seien die geforderten Eignungsnachweise in die Ausschreibungsunterlagen aufzunehmen. Dem sei der Auftraggeber durch Festlegung der Punkte 6.3.2 und 6.3.3 in den Teilnahmeunterlagen nachgekommen. Dem Paragraph 80, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 75, Absatz 7, BVergG ist daher genüge getan worden. Da sich die zeitliche Einschränkung für Referenzprojekte bereits aus dem Gesetz ergebe, bedürfe es keiner expliziten diesbezüglichen Erwähnung in den Teilnahmeunterlagen. Zu dem werde auf Pkt. 5.1 der Teilnahmeunterlagen auf die Bestimmungen des BVergG 2006 verwiesen. Durch diesen Verweis habe der Auftraggeber eine zeitliche Einschränkung für Referenzprojekte vorgenommen. Auch wenn sich Dreijahresgrenze nach dem Wortlaut primär an den Auftraggeber richte, so dürfe der Auftraggeber schon aus Gründen der Gleichbehandlung aller Bieter ältere Referenzen nicht werten. Darüber hinaus fehle in den vorgelegten Unterlagen der geforderte Textteil. Deshalb sei dem Auftraggeber die Überprüfung der Erfüllung der Eignungskriterien nicht möglich gewesen. Der Auftraggeber habe die Antragstellerin ordnungsgemäß unter klarer Formulierung zur Mängelbehebung binnen einer angemessenen Frist aufgefordert. Der Mängelbehebungsauftrag sei jedoch nicht ordnungsgemäß erfüllt worden, wodurch es der Antragstellerin an der Eignung fehle. Deshalb habe der Auftraggeber das Angebot der Antragstellerin mit Schreiben vom 11. Oktober 2006 ausgeschieden. Daher sei die Antragslegitimation der Antragstellerin zu verneinen und deren Antrag zurückzuweisen. Wenn man den (dritten) Mängelbehebungsversuch vom 9.10.2006 akzeptieren würde, würde lediglich der Mangel des fehlenden Textteiles behoben. Bestehen bliebe jedoch die Tatsache, dass das genannte Projekt zu alt sei. Jedenfalls das am 9.10.2006 vorgelegte Projekt Beauty- und Wellnessresort Payerbacher sei kein geeignetes Projekt. Überdies habe der Auftraggeber von einer weiteren Verbesserungsmöglichkeit abgesehen, da gemäß Pkt. 6 der Teilnahmeunterlagen

die Projekte bei sonstigem Ausschluss bis zum Zeitpunkt der Antragstellung nachzuweisen gewesen seien. Daher seien die in der Verhandlung vom 27.9.2006 und die mit Schriftsatz vom 9.10.2006 vorgelegten Unterlagen nicht zu berücksichtigen.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger erstattete mit Schriftsatz vom 14.9.2006 begründete Einwendungen und brachte im Wesentlichen vor, dass der Antragstellerin die Antragslegitimation fehle. Begründend wurde hierfür angeführt, dass gemäß Pkt. 6.3.2 der Ausschreibung mindestens ein bereits ausgeführtes bzw. in Ausführung befindliches und unter Denkmalschutz stehendes Projekt der Sparte Spitalsplanung nachgewiesen werden müsse. Diese Teilnahmevoraussetzung werde aber von der Antragstellerin nicht erfüllt. Gemäß Pkt. 6.3.3 der Auslobungsgrundlage sei eine Bestätigung des für das Referenzprojekt zuständigen Bundesdenkmalamtsvertreters vorzulegen, dass die vorgenommenen Umbauten im denkmalgeschützten Objekt unter Einhaltung aller Auflagen erfolgt seien. Es sei daher zunächst zu überprüfen, ob das Bundesdenkmalamt der Antragstellerin ein Referenzprojekt im "Spitalsbereich und gleichzeitig Denkmalschutz" bestätigt habe. Des Weiteren sei davon auszugehen, dass auch bei einer Bietergemeinschaft alle Bieter die Voraussetzungen zu erfüllen hätten. Dies ergebe sich aus der analogen Anwendung der Bestimmung des § 70 Abs 5 BVergG, wonach alle Mitglieder einer Bietergemeinschaft die entsprechenden Befugnisse nachzuweisen hätten. Diese Bestimmung gelte auch für die Teilnahmevoraussetzung des Pkt. 6.3.3. Nach den Recherchen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin habe die antragstellende Bietergemeinschaft die Verfahrensteilnahmevoraussetzungen keinesfalls erfüllt und wäre daher auszuschneiden gewesen. Der präsumtive Zuschlagsempfänger erstattete mit Schriftsatz vom 14.9.2006 begründete Einwendungen und brachte im Wesentlichen vor, dass der Antragstellerin die Antragslegitimation fehle. Begründend wurde hierfür angeführt, dass gemäß Pkt. 6.3.2 der Ausschreibung mindestens ein bereits ausgeführtes bzw. in Ausführung befindliches und unter Denkmalschutz stehendes Projekt der Sparte Spitalsplanung nachgewiesen werden müsse. Diese Teilnahmevoraussetzung werde aber von der Antragstellerin nicht erfüllt. Gemäß Pkt. 6.3.3 der Auslobungsgrundlage sei eine Bestätigung des für das Referenzprojekt zuständigen Bundesdenkmalamtsvertreters vorzulegen, dass die vorgenommenen Umbauten im denkmalgeschützten Objekt unter Einhaltung aller Auflagen erfolgt seien. Es sei daher zunächst zu überprüfen, ob das Bundesdenkmalamt der Antragstellerin ein Referenzprojekt im "Spitalsbereich und gleichzeitig Denkmalschutz" bestätigt habe. Des Weiteren sei davon auszugehen, dass auch bei einer Bietergemeinschaft alle Bieter die Voraussetzungen zu erfüllen hätten. Dies ergebe sich aus der analogen Anwendung der Bestimmung des Paragraph 70, Absatz 5, BVergG, wonach alle Mitglieder einer Bietergemeinschaft die entsprechenden Befugnisse nachzuweisen hätten. Diese Bestimmung gelte auch für die Teilnahmevoraussetzung des Pkt. 6.3.3. Nach den Recherchen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin habe die antragstellende Bietergemeinschaft die Verfahrensteilnahmevoraussetzungen keinesfalls erfüllt und wäre daher auszuschneiden gewesen.

Vollkommen unverständlich sei es, wie das KSV-Finanzprofil auf die genannten Zahlen komme. Im Hinblick darauf werde auf das Testat der F*** verwiesen.

Hinsichtlich der behaupteten rechtswidrigen Preisbewertung könne von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin kein wie immer gearteter Mangel festgestellt werden.

Auch eine behauptete rechtswidrige Bewertung der Verfügbarkeit des Schlüsselpersonals liege nicht vor. Es sei lediglich die Verwaltung des präsumtiven Zuschlagsempfängers in XXX etabliert. Der operative Teil und somit sämtliche technischen Angestellten seien im Büro XXX tätig und angestellt. Dies sei auch aus einer Bestätigung der WGKK vom 11.9.2006 ersichtlich. Es sei daher lediglich zu überprüfen, ob die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angegebene Fahrzeit richtig sei. Vom Standort XXX zum Hanuschkrankenhaus in der Heinrich-Collin-Str. 30 sei lediglich eine Fahrzeit von 8 Minuten anzusetzen. Dies ergebe sich aus der Streckeninformation des Herold-routenplaners. Aus Gründen der Vorsicht sei jedoch für diese Strecke sogar ein höherer Wert, nämlich 15 Minuten, angesetzt worden. Anzumerken sei hiezu weiters, dass die Entfernung des Büros der Antragstellerin zum Krankenhaus ca. 12 km betrage und die kürzeste Fahrzeit laut Herold-routenplaner mit 20 Minuten angegeben werde. Auch eine behauptete rechtswidrige Bewertung der Verfügbarkeit des Schlüsselpersonals liege nicht vor. Es sei lediglich die Verwaltung des präsumtiven Zuschlagsempfängers in römisch 30 etabliert. Der operative Teil und somit sämtliche technischen Angestellten seien im Büro römisch 30 tätig und angestellt. Dies sei auch aus einer Bestätigung der WGKK vom 11.9.2006 ersichtlich. Es sei daher lediglich zu überprüfen, ob die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angegebene Fahrzeit richtig sei. Vom Standort römisch 30 zum Hanuschkrankenhaus in der Heinrich-Collin-Str. 30 sei lediglich eine Fahrzeit von 8 Minuten anzusetzen. Dies ergebe sich aus der Streckeninformation des Herold-

routenplaners. Aus Gründen der Vorsicht sei jedoch für diese Strecke sogar ein höherer Wert, nämlich 15 Minuten, angesetzt worden. Anzumerken sei hiezu weiters, dass die Entfernung des Büros der Antragstellerin zum Krankenhaus ca. 12 km betrage und die kürzeste Fahrzeit laut Herold-routenplaner mit 20 Minuten angegeben werde.

Mit Schriftsatz vom 26.9.2006 legte der präsuntive Zuschlagsempfänger u.a. ein berichtigtes bzw spezifiziertes Testat der F*** vom 12.9.2006, einen Umsatzsteuerbescheid für das Geschäftsjahr 2003/2004 sowie Umsatzsteuervoranmeldungen für die Jahre 2004/2005 und 2005/2006 vor. Der Nachweis des Netto-Gesamtumsatzes sei nunmehr nach Ansicht des präsuntiven Zuschlagsempfängers ausreichend erbracht. Mit Schriftsatz vom 26.9.2006 legte der präsuntive Zuschlagsempfänger u.a. ein berichtigtes bzw spezifiziertes Testat der F*** vom 12.9.2006, einen Umsatzsteuerbescheid für das Geschäftsjahr 2003 aus 2004, sowie Umsatzsteuervoranmeldungen für die Jahre 2004 aus 2005, und 2005 aus 2006, vor. Der Nachweis des Netto-Gesamtumsatzes sei nunmehr nach Ansicht des präsuntiven Zuschlagsempfängers ausreichend erbracht.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 27.9.2006 führte der präsuntive Zuschlagsempfänger aus, dass seiner Ansicht nach die Bemessungsgrundlage Euro 85 Mio. Nettoherstellungskosten gewesen seien. Dies exklusive der medizintechnischen Einrichtungskosten. In der Folge habe er am 21. August 2006 ein Angebot mit einer Bemessungsgrundlage von Euro 85 Mio. Nettoherstellungskosten gelegt. Am selben Tag (21.8.2006) habe er ein weiteres Angebot auf einer Bemessungsgrundlage von Euro 95 Mio. Nettoherstellungskosten gelegt. Dies für den Fall, dass für die Bemessungsgrundlage die Kosten der medizinischen Einrichtung mitzubewerten sein sollten.

Laut Ausschreibung sei ein Gesamtnettoumsatz von Euro 1,2 Mio. pro Jahr gefordert gewesen. Dies inklusive der Sparte Spitalsplanung. Weiters wurde vorgebracht, dass gemäß Punkt 4 der Ausschreibung die Frist zur Abgabe der Angebote am 14. Juli 2006 abgelaufen sei und somit dieses Datum Stichtag für die Berechnung sei, welche Geschäftsjahre "die letzten 3 Geschäftsjahre" seien.

In einer Stellungnahme des präsuntiven Zuschlagsempfängers vom 10. Oktober 2006 zur Urkundenvorlage der Antragstellerin vom selben Tag wurde zur vorgelegten Urkunde betreffend das Projekt "Schnittbildzentrum Krankenhaus Lainz" vorgebracht, dass diese Urkunde bereits Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sei. Die vom Auftraggebervertreter hiezu vertretene Rechtsansicht sei richtig sei. Auch werde darauf verwiesen, dass die Antragstellerin bei diesem Projekt lediglich Subunternehmerin gewesen sei und aus der Bestätigung nicht zu entnehmen sei, inwieweit diese Tätigkeiten eigenverantwortlich durch die I*** ausgeübt worden sei. Auftragnehmerin des Projektes sei die J***. Auch sei die Bestätigung hinsichtlich des Leiters mehr als ungewöhnlich, da K*** sicherlich nicht bei der erst 2000 gegründeten A*** beschäftigt gewesen sei. Bei wem er 1990 beschäftigt gewesen sei und wo er heute beschäftigt sei, bleibe offen. Der in der Ausschreibung geforderte Nachweis eines Referenzprojektes liege nicht vor.

Auch die nunmehr vorgelegte Bestätigung des Bundesdenkmalamtes für das Projekt "Therapiezentrum Payerbach" entspreche nicht den Ausschreibungsunterlagen. Die B*** habe bislang lediglich Planungsarbeiten vorgenommen. Gemäß Punkt 6.3.2. müsse aber das Werk bereits ausgeführt bzw in Ausführung befindlich sein. Dies aber klar ersichtlich hier (noch) nicht der Fall. Es sei nicht einmal sicher, ob dieses Projekt überhaupt ausgeführt werde, da die Finanzierung noch offen sei. Es handle sich lediglich um eine Studie, die von der L*** in Auftrag gegeben worden sei. Auch hier liege somit der in der Ausschreibung geforderte Nachweis eines Referenzprojektes nicht vor, der Antragstellerin fehle sohin die Antragslegitimation.

Aufgrund des Vorbringens der Parteien, dem Inhalt des Vergabeaktes sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Die Wiener Gebietskrankenkasse (WGKK) hat den gegenständlichen Beschaffungsvorgang am 10.5.2006 im Amtlichen Lieferungsanzeiger der Wiener Zeitung und am 11.5.2006 im Supplement zum Amtsblatt der EG bekannt gemacht. Gegenstand ist der Abschluss eines Rahmenvertrages über Generalplanerleistungen am Ausbau und Umbau des Hanuschkrankenhauses der WGKK inklusive der örtlichen Bauaufsicht. Es handelt sich um einen prioritären Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich, der in einem beschleunigten Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden soll. Die Vertragslaufzeit beträgt 120 Monate. Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge war der 30.5.2006 (siehe Bekanntmachung im ABl der EG). Ende der Angebotsfrist war der 14. Juli 2006, als Ablauf der Zuschlagsfrist ist der 14. Dezember 2006 vorgesehen. Die Wiener Gebietskrankenkasse (WGKK) hat den gegenständlichen Beschaffungsvorgang am 10.5.2006 im Amtlichen Lieferungsanzeiger der Wiener Zeitung und

am 11.5.2006 im Supplement zum Amtsblatt der EG bekannt gemacht. Gegenstand ist der Abschluss eines Rahmenvertrages über Generalplanerleistungen am Ausbau und Umbau des Hanuschkrankenhauses der WGKK inklusive der örtlichen Bauaufsicht. Es handelt sich um einen prioritären Dienstleistungsauftrag im Oberschwabenbereich, der in einem beschleunigten Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden soll. Die Vertragslaufzeit beträgt 120 Monate. Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge war der 30.5.2006 (siehe Bekanntmachung im Amtsblatt der EG). Ende der Angebotsfrist war der 14. Juli 2006, als Ablauf der Zuschlagsfrist ist der 14. Dezember 2006 vorgesehen.

Eine Aufteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Der Auftraggeber hat keine Angaben hinsichtlich der Zulässigkeit von Alternativangeboten gemacht (s Bekanntmachung).

Zum Leistungsumfang:

Dieser umfasst laut "HKH-Angebotsschreiben/Generalplaneranbot", Seiten 2ff) unter anderem:

- -Strichaufzählung
Architektenleistungen
- -Strichaufzählung
Haustechnikleistungen (Teilgebiete a, b, c, d; insbesondere mit Medizintechnische Gebäudeausrüstungen)
- -Strichaufzählung
Technisch geschäftliche Oberleitung und sonstige Generalplanerleistungen
- -Strichaufzählung
Örtliche Bauaufsicht

Auf den Seiten 21ff des "HKH-Angebotsschreiben/Generalplanerangebot" heißt es:

Bewertung der Teilleistungen und vorläufiges Honorar

1) Bewertung der Teilleistungen des Generalplanervertrages römisch eins) Bewertung der Teilleistungen des Generalplanervertrages

1. a) Litera a

Architekten-(Büro-)leistungen entsprechend den Definitionen der HOA: Anteiliges Honorar für Architekten-Büroleistungen: Inkl.

Medizintechnische Planung und der Behördengenehmigungen

hinsichtlich Baubehörde/Medizintechnische

Einrichtungen/Hygienevorschriften und sonstiger notwendiger

Genehmigungsverfahren.....%.

b) Statisch konstruktive Bearbeitung entsprechend der Definitionen

der HOB-S: Anteiliges Honorar für Statikerleistungen.....%.

c1) Haustechnikleistungen/Technische Gebäudeausrüstungen

entsprechend Definitionen der HOIT: Anteiliges Honorar für Techn.

Gebäudeausrüstungen.....%.

c2) Haustechnikleistungen/Medizinische Gebäudeausrüstungen

entsprechend Definition der HOIT: Anteiliges Honorar für für

Techn. Gebäudeausrüstungen.....%.

d) Örtliche Bauaufsicht aller Hochbaulichen Herstellungen/der

Technischen Gebäudeausrüstungen und der Medizintechnischen

Gebäudeausrüstungen: Anteiliges Honorar für Örtliche

Bauaufsicht..... %.

[...].

Laut Pkt 2.1.b des "HKH-Angebotsschreiben/Generalplaneranbot" ist neben dem "Bestand" vom Auftragnehmer der Strukturplan der WGKK vom Mai 2005 der Bearbeitung zugrunde zu legen. Auf Seite 26 des Strukturplanes der WGKK vom Mai 2005, Überschrift "Grobkostenschätzung zum Strukturentwurf", heißt es: Trennung in Baukosten und Einrichtungskosten jeweils inkl. Nebenkosten, jedoch ohne Kosten für medizin-technische Einrichtung.

Nicht Gegenstand des Auftrages war somit die Planung medizintechnische Einrichtung (s Strukturplan der WGKK vom Mai 2005, Seite 26; Pkt 2 HKH-Angebotsschreiben/Generalplaneranbot;

Bewertung der Teilleistungen und vorläufiges Honorar, Seite 21ff;

Aussagen des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung;

Anfragebeantwortung vom 7.7.2006 zu Frage 2). Anzubieten waren hingegen die Medizin(technische) Gebäudeausrüstung (Leistungsteil c2) und die diesbezügliche anteilige örtliche Bauaufsicht (Leistungsteil d).

Den Bewerbern war der tatsächliche Umfang der anzubietenden Leistungen aber offensichtlich nicht ausreichend klar. Dies wohl auch aufgrund semantischer Unschärfen in den Ausschreibungsunterlagen und Korrespondenzen (verwendete Begriffe:

Medizintechnische Gebäudeausrüstungen, Medizinische Gebäudeausrüstungen, Medizin-technische Einrichtung, Medizintechnische Einrichtungsgegenstände, Medizinische Einrichtung, Medizinische Technikausrüstung).

In der Folge kam es zu mehreren Bewerberanfragen. In einer Anfragebeantwortung vom 7.7.2006 wurde seitens des Auftraggebers „klar gestellt“: Die Art und Mengen der medizin-technischen Einrichtungsgegenstände sind vom Auftraggeber gestellte Vorgaben für die Planung, somit sind weder Planung noch Vorarbeiten für die Bestellung der notwendigen MT-Geräte Gegenstand der ausgeschriebenen Generalplanungsleistungen.

In einer Anfragenbeantwortung vom 5.7.2006 wurde festgehalten:

Somit sind in der Kalkulation für das Honorar der anzubietenden Generalplanerleistungen die Teilleistungen c2 nicht anzubieten.

Entgegen der ursprünglichen Ausschreibung (siehe oben) waren also die Leistungsteile c2 Medizin-technische Gebäudeausrüstungen sowie anteilig Leistungsteil d) örtliche Bauaufsicht für das Erstangebot vom 14.7.2006 nicht (mehr) anzubieten.

Im Rahmen der Verhandlungsgespräche mit den Bietern am 18.8.2006 hat der Auftraggeber jedoch festgelegt, dass die Leistungsteile c2 und anteilig d) wieder anzubieten waren.

Zu den Herstellungskosten (Bemessungsgrundlage):

Der Preis (Honorar) orientiert sich an den vom Auftraggeber vorgegebenen Nettoherstellungskosten.

Punkt 4 (Herstellungskosten) des "HKH-Angebotsschreiben/Generalplaneranbot", Seite 14, lautet: Der Honorarermittlung sind Herstellungskosten gemäß nachstehender Festlegungen zugrunde zu legen. Honorarbasis sind die unter Berücksichtigung der Definitionen der HOA ermittelten tatsächlichen Herstellungskosten. Solange diese noch nicht feststehen, sind

1. a)Litera a
für das Angebot die vom Auftraggeber genannten Euro 85.000.000,- NHK heranzuziehen.

2. b)Litera b
Honorarbasis die vom Auftragnehmer ermittelten und vom Auftraggeber freigegebenen Herstellungskosten. [...].

Gemäß Pkt 5 ("Generalplanerhonorar") der HKH-Angebotsschreiben/Generalplaneranbot, wird gemäß Pkt. 4 nach tatsächlichen Nettoherstellungskosten abgerechnet. Die angebotenen Honorarsätze und Preise gelten hinsichtlich der Höhe des Honorarsatzes als fix bis zu einer Abweichung von +/-20% von den mit Euro 85 Mio angegebenen Gesamt-Nettoherstellungskosten. Bei Abweichungen von exakt größer +/-20% von den angegebenen Nettoherstellkosten können beide Vertragspartner die Anpassung des Generalplaner-Honorarsatzes auf nachgewiesener Basis der ursprünglichen Kalkulation verlangen.

Laut Ausschreibung (s HKH-Angebotsschreiben/Generalplaneranbot, Seite 23), war von vorläufigen Nettoherstellungskosten in Höhe von Euro 85 Mio inklusive der Leistungsteile c2 und d) aber ohne Planung medizin-

technische Einrichtung auszugehen. Auch nach der Herausnahme der Leistungsteile c2 und d) am 5.7.2006 blieb die Bemessungsgrundlage von Euro 85 Mio Netto-Herstellungskosten unverändert (vgl auch die diesbezüglichen Angaben des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung). Laut Ausschreibung (s HKH-Angebotsschreiben/Generalplanerangebot, Seite 23), war von vorläufigen Nettoherstellungskosten in Höhe von Euro 85 Mio inklusive der Leistungsteile c2 und d) aber ohne Planung medizin-technische Einrichtung auszugehen. Auch nach der Herausnahme der Leistungsteile c2 und d) am 5.7.2006 blieb die Bemessungsgrundlage von Euro 85 Mio Netto-Herstellungskosten unverändert vergleiche auch die diesbezüglichen Angaben des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung).

Die Antragstellerin hat in der Folge am 12.7.2006 ein 1. Angebot mit einem Preis (Honorarpreis) von Euro 10.256.408,86 inkl. Nebenkosten ohne USt gelegt. Bemessungsgrundlage waren NHK von Euro 85 Mio. Die Teilleistung c2 "Haustechnikleistungen/Medizintechnische Gebäudeausrüstungen entspr. Definitionen der HOIT" wurde nicht angeboten. Die Teilleistung d) "Örtliche Bauaufsicht aller Hochbaulichen Herstellungen/der Technischen Gebäudeausrüstungen" wurde exklusive der Medizintechnischen Gebäudeausrüstungen angeboten. Der Angebotspreis wurde mit 59,52 Punkten bewertet.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat am 13.7.2006 ein 1. Angebot mit einem Honorarpreis von Euro 10.174.500, — inkl. NK ohne USt gelegt. Bemessungsgrundlage waren NHK von Euro 85 Mio. Die Teilleistung c2 "Haustechnikleistungen/Medizintechnische Gebäudeausrüstungen entspr. Definitionen der HOIT" sowie die entsprechende Teilleistung in d) wurden nicht angeboten. Der Angebotspreis wurde mit 60 Punkten bewertet.

Im Rahmen der Verhandlungsgespräche am 18.8.2006 wurde vom Auftraggeber für die "Einrichtungsplanung Medizintechnik" (Anm:

die nie Teil der Ausschreibung war; siehe oben) eine "Bemessungsgrundlage" von 10 Mio Euro genannt. Es wurde festgehalten, "dass Euro 10 Mio als Basis für Medizinische Einrichtung als Planungsvorgabe für die Honorarermittlung angegeben wurde. Der AG ersucht um Bekanntgabe des entsprechenden Honorars von c2 und d bis 22.8.2006" (s Protokoll der Verhandlungsgespräche vom 18.8.2006).

Nach "Ansicht" des Auftraggebers hat sich durch die Bekanntgabe von Euro 10 Mio als Basis für Medizinische Einrichtung als Planungsvorgabe für die Honorarermittlung jedoch die Bemessungsgrundlage von Euro 85 Mio Netto-Herstellungskosten nicht geändert. Den Bietern war jedoch offensichtlich nicht klar, ob die Bemessungsgrundlage weiterhin Euro 85 Mio NHK beträgt oder sich – erhöht um die vom Auftraggeber genannte Summe von Euro 10 Mio als Planungsvorgabe für die Honorarermittlung – nunmehr auf Euro 95 Mio NHK belief. In der Folge wurden von den Bietern Angebote mit unterschiedlichen Bemessungsgrundlagen gelegt (siehe hiezu genauer unten).

So hat die Antragstellerin am 21.8.2006 ein zweites Angebot mit einem Preis von Euro 9.914.140,31 inkl. NK ohne USt gelegt. Bemessungsgrundlage war hier Euro 95 Mio inklusive der Leistungsteile c2 und d) [im Angebot war die Bemessungsgrundlage Euro 85 Mio durchgestrichen und durch eine Bemessungsgrundlage von Euro 95 Mio ersetzt worden]. Dieser Angebotspreis wurde mit 59,85 Punkten bewertet. Ein weiteres Angebot mit einem Preis von Euro 9.914.140,31 inkl. NK ohne USt auf einer Bemessungsgrundlage von Euro 85 Mio inkl c2 und d) wurde von der Antragstellerin am 22.8.2006 gelegt. In dieser "Variante" erhielt das Angebot 59,28 Punkte. Die Punkteanzahl der Antragstellerin hinsichtlich des Kriteriums "Preis" belief sich somit je nach "Variante" auf 51,28, 51,52 bzw 51,85 Punkte (vgl Prüfprotokoll vom 28.8.2006). So hat die Antragstellerin am 21.8.2006 ein zweites Angebot mit einem Preis von Euro 9.914.140,31 inkl. NK ohne USt gelegt. Bemessungsgrundlage war hier Euro 95 Mio inklusive der Leistungsteile c2 und d) [im Angebot war die Bemessungsgrundlage Euro 85 Mio durchgestrichen und durch eine Bemessungsgrundlage von Euro 95 Mio ersetzt worden]. Dieser Angebotspreis wurde mit 59,85 Punkten bewertet. Ein weiteres Angebot mit einem Preis von Euro 9.914.140,31 inkl. NK ohne USt auf einer Bemessungsgrundlage von Euro 85 Mio inkl c2 und d) wurde von der Antragstellerin am 22.8.2006 gelegt. In dieser "Variante" erhielt das Angebot 59,28 Punkte. Die Punkteanzahl der Antragstellerin hinsichtlich des Kriteriums "Preis" belief sich somit je nach "Variante" auf 51,28, 51,52 bzw 51,85 Punkte vergleiche Prüfprotokoll vom 28.8.2006).

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat am 21.8.2006 ein zweites Angebot gelegt. Der Angebotspreis belief sich auf Euro 9.795.240 inkl. NK ohne USt. Bemessungsgrundlage waren hier NHK von Euro 85 Mio inklusive der Leistungsteile c2 und d). Auch hier erhielt die präsumtive Zuschlagsempfängerin 60 Punkte (Anm: Auf dieses Angebot lautete schließlich die Zuschlagsentscheidung). Ein drittes Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vom 21.8.2006

belief sich auf Euro 9.889.740,-- inkl. NK ohne USt. Bemessungsgrundlage waren hier Euro 95 Mio inklusive der Leistungsteile c2 und d). Dieser Angebotspreis wurde ebenfalls mit 60 Punkten bewertet. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat am 21.8.2006 ein zweites Angebot gelegt. Der Angebotspreis belief sich auf Euro 9.795.240 inkl. NK ohne USt. Bemessungsgrundlage waren hier NHK von Euro 85 Mio inklusive der Leistungsteile c2 und d). Auch hier erhielt die präsumtive Zuschlagsempfängerin 60 Punkte Anmerkung, Auf dieses Angebot lautete schließlich die Zuschlagsentscheidung. Ein drittes Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vom 21.8.2006 belief sich auf Euro 9.889.740,-- inkl. NK ohne USt. Bemessungsgrundlage waren hier Euro 95 Mio inklusive der Leistungsteile c2 und d). Dieser Angebotspreis wurde ebenfalls mit 60 Punkten bewertet.

Die Bietergemeinschaft M*** hat am 21.8.2006 ein Angebot mit einer Bemessungsgrundlage von Euro 95 Mio inkl. der Leistungsteile c2 und d gelegt. Begründet wurde dies im Begleitschreiben zum Angebot damit, dass "wir ihre Auslobung so verstehen, dass für allfällige Teilrechnungen oder Abschnitte diese Prozentwerte in Folge angewandt werden sollen. Wir hoffen, dass wir das Gespräch und die uns anhand gegebenen veränderten Ziffern der Bemessungsgrundlage von 85 auf 95 Mio EUR und das uns anhand gegebene Protokoll über die Besprechung in ihrem Hause richtig verstanden haben.

Mit E-mail des Auftraggebers vom 24.8.2006 wurde der Bietergemeinschaft M*** mitgeteilt: Leider müssen wir Sie als Federführenden der Bietergemeinschaft ersuchen, die Anbots-Tabelle zu ergänzen. Infolge eines Kommunikationsfehlers bei den Verhandlungsgesprächen benötigen wir unbedingt auch das Anbot für Euro 85.000.00,— inkl. Medizintechnikausrüstung. Wir ersuchen höflichst um Zusendung per Fax und E-Mail, wenn möglich bis morgen Freitag 25.08.2006, 15.00 Uhr, zu Händen Herrn N***/WGKK: In der Folge hat die Bietergemeinschaft M*** am 24.8.2006 das Angebot auch auf einer Bemessungsgrundlage von 85 Mio Euro "dargestellt".

Die Bietergemeinschaft O*** & L*** hat am 21.8.2006 ihr last and best offer auf einer Bemessungsgrundlage von Euro 85 Mio gelegt.

Mit E-mail des Auftraggebers vom 24.8.2006 wurde der Bietergemeinschaft O*** & L*** mitgeteilt: Leider müssen wir Sie als Federführenden der Bietergemeinschaft ersuchen, die Anbots-Tabelle zu ergänzen. Infolge eines Kommunikationsfehlers bei den Verhandlungsgesprächen benötigen wir unbedingt auch das Anbot für Euro 95.000.00,— inkl. Med. Technikausrüstung. Wir ersuchen höflichst um Zusendung per Fax und E-Mail, wenn möglich bis morgen Freitag 25.08.2006, 15.00 Uhr, zu Händen Herrn N***:

Am 24.8.2006 hat die Bietergemeinschaft O*** & L*** das nachgeforderte Angebot mit einer Bemessungsgrundlage von Euro 95 Mio vorgelegt.

Aufgrund der "Nachforderungen" des Auftraggebers vom 24.8.2006 haben schlussendlich sämtliche Bieter jeweils Angebote mit Bemessungsgrundlagen von Euro 85 Mio und Euro 95 Mio und mit identem Leistungsumfang (Anm: inkl. c2 und d) gelegt. Aufgrund der "Nachforderungen" des Auftraggebers vom 24.8.2006 haben schlussendlich sämtliche Bieter jeweils Angebote mit Bemessungsgrundlagen von Euro 85 Mio und Euro 95 Mio und mit identem Leistungsumfang Anmerkung, inkl. c2 und d) gelegt.

Zu den Eignungskriterien (auszugsweise):

Gemäß Punkt 6 der HKH-Grundlage zum Verhandlungsverfahren der WGKK ("Verfahrensteilnahmevoraussetzungen/Eignungskriterien der Teilnehmer") sind die folgenden Mindestanforderungen bis zum Zeitpunkt der Antragstellung (Anm: Zeitpunkt der Stellung der Teilnahmeanträge) bei sonstigem Ausschluss nachzuweisen bzw zu erbringen: Gemäß Punkt 6 der HKH-Grundlage zum Verhandlungsverfahren der WGKK ("Verfahrensteilnahmevoraussetzungen/Eignungskriterien der Teilnehmer") sind die folgenden Mindestanforderungen bis zum Zeitpunkt der Antragstellung Anmerkung, Zeitpunkt der Stellung der Teilnahmeanträge) bei sonstigem Ausschluss nachzuweisen bzw zu erbringen:

6.2.1. Angaben über den Netto-Gesamtumsatz in der Sparte Architektur bzw Generalplanerleistungen

In den letzten drei Geschäftsjahren (2003 – 2005). Als Mindest-Nettojahresumsatz sind in der Sparte Architekten- bzw Generalplanerleistungen: netto Euro 1.200.000,— pa für die Jahre 2003, 2004, 2005 nachzuweisen. Der Nachweis ist firmenmäßig durch den zeichnungsberechtigten/federführenden Antragsteller/-vertreter zu zeichnen, sowie von einem Steuerprüfungsunternehmen auf Richtigkeit der Angaben zu bestätigen (Testat).

6.2.2. Angaben über den Netto-Gesamtumsatz in der speziellen Sparte Spitalsplanung

in den letzten drei Geschäftsjahren (2003 – 2005). Als Mindest-Nettojahresumsatz sind in der speziellen Sparte Spitalsplanung netto Euro 300.000,— pa für die Jahre 2003, 2004, 2005 nachzuweisen. Der Nachweis ist firmenmäßig durch den zeichnungsberechtigten/federführenden Antragsteller/-vertreter zu zeichnen, sowie von einem Steuerprüfungsunternehmen auf Richtigkeit der Angaben zu bestätigen (Testat).

[...].

Diese Bestimmung ist so zu verstehen, dass der in Pkt. 6.2.1. genannte Betrag von Euro 1,2 Mio Mindest-Nettojahresumsatz sowohl die Sparten Architektur bzw Generalplanerleistungen als auch die spezielle Sparte Spitalsplanung umfasst. Dh der in 6.2.2. geforderte Mindestumsatz in der speziellen Sparte Spitalsplanung von Euro 300.000.- ist in den geforderten Euro 1,2 Mio enthalten (vgl auch die diesbezüglichen, vom Auftraggeber unwidersprochen gebliebenen, Angaben des präsumtiven Zuschlagsempfängers in der mündlichen Verhandlung). Diese Bestimmung ist so zu verstehen, dass der in Pkt. 6.2.1. genannte Betrag von Euro 1,2 Mio Mindest-Nettojahresumsatz sowohl die Sparten Architektur bzw Generalplanerleistungen als auch die spezielle Sparte Spitalsplanung umfasst. Dh der in 6.2.2. geforderte Mindestumsatz in der speziellen Sparte Spitalsplanung von Euro 300.000.- ist in den geforderten Euro 1,2 Mio enthalten vergleiche auch die diesbezüglichen, vom Auftraggeber unwidersprochen gebliebenen, Angaben des präsumtiven Zuschlagsempfängers in der mündlichen Verhandlung).

Laut des dem Teilnahmeantrag vom 30.5.2006 beigelegten Testates der F*** vom 22. Mai 2006, beträgt der Netto-Gesamtumsatz der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in der Sparte Architektur bzw Generalplanerleistungen in den Geschäftsjahren 2003/2004, 2004/2005 und 2005/2006 "im Mittel" Euro 1,2 Mio p.a. Der Netto-Gesamtumsatz in der speziellen Sparte Spitalsplanung liegt in den Geschäftsjahren 2003/2004, 2004/2005 und 2005/2006 "im Mittel" bei Euro 300.000,— p.a. Laut des dem Teilnahmeantrag vom 30.5.2006 beigelegten Testates der F*** vom 22. Mai 2006, beträgt der Netto-Gesamtumsatz der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in der Sparte Architektur bzw Generalplanerleistungen in den Geschäftsjahren 2003 aus 2004,, 2004 aus 2005, und 2005 aus 2006, "im Mittel" Euro 1,2 Mio p.a. Der Netto-Gesamtumsatz in der speziellen Sparte Spitalsplanung liegt in den Geschäftsjahren 2003 aus 2004,, 2004 aus 2005, und 2005 aus 2006, "im Mittel" bei Euro 300.000,— p.a.

Laut Angaben des Zeugen P***, F***, in der mündlichen Verhandlung, wurde mit Testat vom 22. Mai 2006 lediglich das Erreichen der Umsatzzahlen bestätigt. Bei der Formulierung "im Mittel" habe es sich seinen Angaben zufolge um eine "unglückliche und unklare Formulierung" gehandelt. Das Testat vom 22. Mai 2006 hat nur bestätigt, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Umsatzzahlen erreicht. Eine konkrete Darstellung ist nicht Gegenstand des Auftrages gewesen. Tatsächlich ist es so, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin in den geforderten Geschäftsjahren den geforderten Mindestnettojahresumsatz überschritten hat. Dies ergibt sich auch aus dem Testat vom 12. September 2006".

Laut Niederschrift über die Prüfung der Teilnahmeanträge 1. Stufe hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Kriterien 6.2.1 und 6.2.2. erfüllt. Der Prüfer des Auftraggebers, H***, hat hiezu in der mündlichen Verhandlung jedoch ausgeführt, dass ihm diesbezüglich ein Fehler unterlaufen ist. H*** hat die Formulierung im Testat vom 22.5.2006 "im Mittel" nicht beachtet. Dies ist ihm erst zu einem späteren Zeitpunkt bewusst geworden. Der Auftraggeber hat aber ein der Ausschreibung entsprechendes Testat nicht nachgefordert. Ein solches "spezifiziertes Testat" hat der präsumtive Zuschlagsempfänger – aufgrund des Schriftwechsels mit der Antragstellervertreterin – am 12.9.2006, sohin nach der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, vorgelegt (s oben). Das Testat der F*** vom 12.9.2006 bestätigt dem präsumtiven Zuschlagsempfänger für die Wirtschaftsjahre 2003/2004, 2004/2005 und das (noch nicht abgeschlossene) Wirtschaftsjahr 2005/2006 (s hiezu unten) jeweils einen Gesamt-Nettoumsatz pa. inkl. der speziellen Sparte Spitalsplanung von jeweils über 1,2 Mio Euro. Das Geschäftsjahr/Wirtschaftsjahr der präsumtiven Zuschlagsempfängerin läuft vom 1. Juli eines Jahres bis zum 30. Juni des Folgejahres (s Schriftsatz der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vom 26.9.2006; bestätigt auch vom Finanzamt XXX). Für das Wirtschaftsjahr 2002/2003 enthält das Testat keine Angaben. Laut Niederschrift über die Prüfung der Teilnahmeanträge 1. Stufe hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Kriterien 6.2.1 und 6.2.2. erfüllt. Der Prüfer des Auftraggebers, H***, hat hiezu in der mündlichen Verhandlung jedoch ausgeführt, dass ihm diesbezüglich ein Fehler unterlaufen ist. H*** hat die Formulierung im Testat vom 22.5.2006 "im Mittel" nicht beachtet. Dies ist ihm erst zu einem späteren Zeitpunkt bewusst geworden. Der Auftraggeber hat aber ein der Ausschreibung entsprechendes Testat nicht nachgefordert. Ein solches "spezifiziertes Testat" hat der präsumtive Zuschlagsempfänger – aufgrund des Schriftwechsels mit der

Antragstellervertreterin – am 12.9.2006, sohin nach der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, vorgelegt (s oben). Das Testat der F*** vom 12.9.2006 bestätigt dem präsumtiven Zuschlagsempfänger für die Wirtschaftsjahre 2003 aus 2004,, 2004 aus 2005, und das (noch nicht abgeschlossene) Wirtschaftsjahr 2005 aus 2006, (s hiezu unten) jeweils einen Gesamt-Nettoumsatz pa. inkl. der speziellen Sparte Spitalsplanung von jeweils über 1,2 Mio Euro. Das Geschäftsjahr/Wirtschaftsjahr der präsumtiven Zuschlagsempfängerin läuft vom 1. Juli eines Jahres bis zum 30. Juni des Folgejahres (s Schriftsatz der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vom 26.9.2006; bestätigt auch vom Finanzamt römisch 30). Für das Wirtschaftsjahr 2002 aus 2003, enthält das Testat keine Angaben.

Die Vorlage von Umsatzsteuerbescheiden bzw Umsatzsteuervoranmeldungen war laut Ausschreibung nicht gefordert.

Zu den Referenzen:

6.3.2. Referenzen: Bei Antragstellung muss mindestens 1 bereits ausgeführtes bzw in Ausführung befindliches und unter Denkmalschutz stehendes Projekt der Sparte Spitalsplanung nachgewiesen werden. [...]. In den Referenzunterlagen muss der Antragsteller in einem Textteil schlüssig darstellen, warum die jeweilige angeführte Referenz besonders geeignet ist, die geforderte technische Leistungsfähigkeit bezüglich der ausgeschriebenen Generalplanerleistungen bei Um- und Ausbau eines Spitalsbetriebes nachzuweisen. Die eingereichte(n) Referenz(en) werden nach den Auswahlkriterien des Punktes 8.) bewertet.

6.3.3. Bestätigung des Bundesdenkmalamtes für das Referenzprojekt

Eine Bestätigung des® für das Referenzprojekt zuständigen Bundesdenkmalamtsvertreters, dass die vorgenommenen Umbauten im als Referenz angegebenen denkmalgeschützten Objekt unter Einhaltung aller Auflagen erfolgt sind, ist bei Antragstellung beizubringen.

Keine Aussagen enthalten diese Bestimmungen zum tolerierten "Alter" der Referenz(en).

Die A*** hat mit ihrem Teilnahmeantrag vom 30.5.2006 insgesamt 19 Referenzprojekte vorgelegt, die Krankenhäuser und Rehabilitationszentren betreffen. Die B*** hat 2 Bestätigungen des Bundesdenkmalamtes vorgelegt, die Schloss Schloss Hof bzw das Konferenzzentrum Hofburg in Wien – und somit keine Projekte der Sparte Spitalsplanung - betreffen.

In einer Erklärung der A*** vom 28.9.2004 (????) heißt es: [...]. Um auf die besonderen Erfordernisse beim Umbau des Hanuschkrankenhauses eingehen zu können haben wir uns als einer der größten Krankenhausplaner Österreichs mit dem führenden Büro im Bezug auf den Denkmalschutz mit der B*** zusammengeschlossen. [...]. Die Bestätigungen des Bundesdenkmalamtes werden für 2 Referenzprojekte von der B*** vorgelegt [...].

Laut Niederschrift über die Prüfung der Teilnahmeanträge 1. Stufe hat die A*** dieses Kriterium "indirekt" durch die Einbringung des spezialisierten Büros B*** erfüllt. Außerdem auch durch Umbauten an LKH.

Der Auftraggeber hat durch seinen rechtsfreundlichen Vertreter die Antragstellerin mit Schreiben vom 20.9.2006, gerichtet an den Rechtsvertreter der Antragstellerin, nochmals aufgefordert, eine der Ausschreibung entsprechende Referenz vorzulegen, da die beiden vorgelegten Bestätigungen des Bundesdenkmalamtsvertreters kein Projekt der Sparte Spitalsplanung betreffen würden.

Ein Hinweis auf die Verpflichtung in Punkt 6.3.2. zur schlüssigen Darstellung in einem Textteil, warum die angeführte Referenz zum Nachweis besonders geeignet sei, wurden nicht vorgenommen.

In der Folge hat die Antragstellerin am 26.9.2006 eine Bestätigung des Bundesdenkmalamtes für das Projekt "Schnittbildzentrum Krankenhaus Lainz", betreffend die Jahre 1990/1991, nachgereicht. Sie enthielt keinen – wie in Pkt. 6.3.2. dritter Absatz der Ausschreibung gefordert – Textteil, in dem schlüssig dargestellt wird, warum die angeführte Referenz besonders geeignet im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung ist. In der Folge hat die Antragstellerin am 26.9.2006 eine Bestätigung des Bundesdenkmalamtes für das Projekt "Schnittbildzentrum Krankenhaus Lainz", betreffend die Jahre 1990 aus 1991,, nachgereicht. Sie enthielt keinen – wie in Pkt. 6.3.2. dritter Absatz der Ausschreibung gefordert – Textteil, in dem schlüssig dargestellt wird, warum die angeführte Referenz besonders geeignet im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung ist.

In der Folge hat das Bundesvergabeamt im Zuge der amtswegigen Prüfung der Antragslegitimation die Antragstellerin am 5.10.2006 aufgefordert, bis 10.10.2006, 9.00 Uhr, eine den Punkten 6.3.2. und 6.3.3. entsprechende Referenz vorzulegen. Die Antragstellerin hat hierauf am 10.10.2006 die von ihr – aufgrund eines Schriftwechsels mit dem

Rechtsvertreter des Auftraggebers am 26.9.2006 – vorgelegte Bestätigung des Bundesdenkmalamtes betreffend das Projekt "Schnittbildzentrum Krankenhaus Lainz" um den in der Ausschreibung geforderten "Textteil der besonderen Eignung dieses Projektes" ergänzt. Weiters wurde eine Bestätigung des Bundesdenkmalamtes, Landeskonservator für Niederösterreich, adressiert an B***, datiert vom 9.10.2006 und unterfertigt von Q***, vorgelegt. Hierin wird bestätigt, dass B*** im Auftrag der L*** ein Therapiezentrum mit eigenem Krankenhaustrakt für plastische Chirurgie in Payerbach [...] plant. Die bisherigen Überlegungen und Planungsschritte sind in zufrieden stellender Abstimmung mit der Marktgemeinde und dem Bundesdenkmalamt, Landeskonservator für Niederösterreich, erfolgt. In einer weiters beigelegten Bestätigung der L*** an die B*** vom 5.10. 2006 wird bestätigt, dass das Büro B*** im Rahmen der Projektentwicklung "Beauty- und Wellnessresort Payerbach das architektonische Konzept liefert. Das Projekt beinhaltet neben einer Hotel- und Gastronomiekomponente einen medizinischen Trakt mit OP-Einheit und soll als Krankenanstalt genehmigt werden".

Zuschlagskriterien:

Im "HKH-Angebotsschreiben/Generalplanerangebot" sind auf Seite 23 und 24 die Zuschlagskriterien und die Bewertung angeführt:

[...]

Der Zuschlag erfolgt demnach auf das wirtschaftlich und technisch günstigste Angebot. Zuschlagskriterien sind der Preis (bewertet mit 60 %), die Dauer der Gewährleistung (bewertet mit 20 %) und die Verfügbarkeit des Schlüsselpersonals (bewertet mit 20 %). Das billigste Angebot erhält 60 Punkte. Die Mindestgewährleistungsfrist beträgt 3 Jahre(= 40 Basispunkte*20%). Pro zusätzlich angebotenen Jahr werden 15 Zusatzpunkte*20% vergeben. Bei siebenjähriger Gewährleistung wird somit das Punktemaximum von 100*20% Punkten vergeben, insgesamt also 20 Punkte.

Beim Kriterium Verfügbarkeit des Schlüsselpersonals wird bewertet in welcher örtlichen Nahebeziehung zum Hanuschkrankenhaus Wien und der damit zu erzielenden Verfügbarkeitszeit seiner wesentlichen Entscheidungsträger (Schlüsselpersonal) auf den Gebieten Architekturplanung/Projektsteuerung/TGA + Medizintechn. Gebäudeausrüstung der Anbieter die Generalplanerabwicklung gewährleisten kann. Anzugeben ist die garantierte Reisedistanz vom Bürostandort des Schlüsselpersonals der Fachgebiete Architektur/Projektsteuerung/TGA + Medizintechnische Gebäudeausrüstung während der üblichen Arbeitszeiten (an den Werktagen zwischen 8.00 Uhr und 18.00 Uhr) zum Hanuschkrankenhaus, gemessen in Stunden. Die Verfügbarkeit des Schlüsselpersonals innerhalb 24 Stunden ist jedenfalls, unabhängig von der Art der gewählten Verkehrsmittel, zu garantieren. Die für den Auftraggeber kürzeste angebotene Verfügbarkeit wird mit 100 Basispunkten*20% bewertet, der nächstgereichte mit 80 Basispunkten*20%, der drittgereichte mit 60 Basispunkten*20%, der viertgereichte mit 40 Basispunkten*20%, der fünftgereichte mit 20 Basispunkten*20% bewertet. Maximal können 20 Punkte erreicht werden.

[...].

Die Zuschlagsentscheidung - lautend auf das Angebot der D*** & E*** - wurde den Bieterinnen per Telefax am 28.8.2006 mitgeteilt. Genannt wurde die Vergabesumme (Euro 9.795.240,--) und die Punktebewertung (96 Punkte präsumtive Zuschlagsempfängerin bzw 91,28 Punkte Antragstellerin).

Mit Bescheid vom 8. September 2006, GZ N/0072-BVA/06/2006-10, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (teilweise) stattgegeben und dem Auftraggeber bis 16.10.2006 untersagt, den Zuschlag zu erteilen. Auch wurde die Zuschlagsentscheidung für diesen Zeitraum ausgesetzt..

Mit Schreiben vom 11. Oktober 2006 hat der Auftraggeber die Angebote der Antragstellerin vom 12.7.2006 und vom 22.8.2006 mangels Erfüllung der geforderten Eignungskriterien ausgeschieden. Begründet wurde dies damit, dass die von der Antragstellerin mit dem Teilnahmeantrag abgegebenen Bestätigungen des Bundesdenkmalamtes kein Projekt der Sparte „Spitalsplanung“ betroffen hätten. Daher habe der Auftraggeber die Antragstellerin mit Schreiben vom 20.9.2006 aufgefordert, diesen Mangel zu beheben und die geforderten Eignungsnachweise bis 26.9.2006 nachzureichen. Die mit Schreiben vom 26.9.2006 nachgereichten Unterlagen zum Schnittbildzentrum Krankenhaus Lainz würden jedoch aus dem Jahr 1991 stammen. Darüber hinaus habe der verlangte Textteil gefehlt. Deshalb sei eine

Überprüfung der Erfüllung der Eignungskriterien dem Auftraggeber nicht möglich gewesen. Die in der Verhandlung vom 27.9.2006 und mit Schriftsatz vom 9.10.2006 nachgereichten Unterlagen seien verspätet und daher nicht zu berücksichtigen.

Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen, der Zuschlag wurde noch nicht erteilt.

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Die Wiener Gebietskrankenkasse ist öffentlicher Auftraggeber iSv § 3 Abs 1 BVergG 2006. Sämtliche der in § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 kumulativ angeführten Voraussetzungen werden erfüllt. Gemäß § 23 Abs 5 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG – BGBl Nr.189/1955 idgF, obliegt es den Trägern der Krankenversicherung insbesondere, ausreichend Vorsorge für die Krankenbehandlung der Versicherten und ihrer Familienangehörigen zu treffen. Der Auftraggeber als Träger der Krankenversicherung nach § 23 Abs 1 Z 1 ASVG erfüllt daher eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher Art. Er ist nach § 32 Abs 1 ASVG eine gesetzlich eingerichtete Körperschaft öffentlichen Rechts und ein Selbstverwaltungskörper (Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³ [1996] 383). Nach § 448 Abs 1 ASVG unterliegen Gebietskrankenkassen der Aufsicht des Bundes, vertreten durch den Bundesminister für Gesundheit. Die Wiener Gebietskrankenkasse erfüllt daher die Merkmale eines öffentlichen Auftraggebers nach § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006. Aufgrund deren bundesgesetzlicher Errichtung und Regelung sowie der Aufsicht des Bundes zählt die Wiener Gebietskrankenkasse zum Vollzugsbereich des Bundes (vgl. etwa BVA 7.6.2004, 07N-39/04-29; BVA 24.5.2006, N/0025- BVA/04/2006-28). Die Wiener Gebietskrankenkasse ist öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 3, Absatz eins, BVergG 2006. Sämtliche der in Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 kumulativ angeführten Voraussetzungen werden erfüllt. Gemäß Paragraph 23, Absatz 5, Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG – Bundesgesetzblatt Nr.189 aus 1955, idgF, obliegt es den Trägern der Krankenversicherung insbesondere, ausreichend Vorsorge für die Krankenbehandlung der Versicherten und ihrer Familienangehörigen zu treffen. Der Auftraggeber als Träger der Krankenversicherung nach Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer eins, ASVG erfüllt daher eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher "Art". Er ist nach Paragraph 32, Absatz eins, ASVG eine gesetzlich eingerichtete Körperschaft öffentlichen Rechts und ein Selbstverwaltungskörper (Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³ [1996] 383). Nach Paragraph 448, Absatz eins, ASVG unterliegen Gebietskrankenkassen der Aufsicht des Bundes, vertreten durch den Bundesminister für Gesundheit. Die Wiener Gebietskrankenkasse erfüllt daher die Merkmale eines öffentlichen Auftraggebers nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Aufgrund deren bundesgesetzlicher Errichtung und Regelung sowie der Aufsicht des Bundes zählt die Wiener Gebietskrankenkasse zum Vollzugsbereich des Bundes vergleiche etwa BVA 7.6.2004, 07N-39/04-29; BVA 24.5.2006, N/0025- BVA/04/2006-28).

Bei der ausgeschriebenen Leistung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG 2006 iVm Anhang III (prioritäre Dienstleistung). Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt Euro 12 Mio netto und liegt somit im Oberschwellenbereich (vgl § 12 Abs 1 Z 2 BVergG 2006). Bei der ausgeschriebenen Leistung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG 2006 in Verbindung mit Anhang römisch drei (prioritäre Dienstleistung). Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt Euro 12 Mio netto und liegt somit im Oberschwellenbereich vergleiche Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006).

Der am 4. September 2006 beim BVA eingelangte Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG 2006 ist iSd § 321 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 rechtzeitig. Der am 4. September 2006 beim BVA eingelangte Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Absatz eins, BVergG 2006 ist iSd Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 rechtzeitig.

Der Antrag erfüllt die formalen Voraussetzungen des § 322 Abs 1 BVergG 2006. Eine Unzulässigkeit iSd § 322 Abs 2 BVergG 2006 liegt nicht vor. Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, das Vergabeverfahren nicht widerrufen. Die Pauschalgebühr wurde ordnungsgemäß entrichtet. Der Antrag erfüllt die formalen Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG 2006. Eine Unzulässigkeit iSd Paragraph 322, Absatz 2, BVergG 2006 liegt nicht vor. Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, das Vergabeverfahren nicht widerrufen. Die Pauschalgebühr wurde ordnungsgemäß entrichtet.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG 2006. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG 2006 iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit d B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und

persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG 2006. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG 2006 in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG ist sohin gegeben.

Zur Antragslegitimation der Antragstellerin:

Gemäß § 320 Abs 1 BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern Gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. 1)Ziffer eins

er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. 2)Ziffer 2

ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung, gemäß den Bestimmungen des BVergG 2002 und der hierzu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof, sowie diesem folgend, das Bundesvergabeamt bereits wiederholt ausgesprochen haben - die Antragslegitimation iSv § 163 Abs. 1 BVergG 2002 zu verneinen (vgl. VwGH 3.1.2005, 2003/04/0039; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 5.8.2005, 04N-70/05-26, BVA 30.11.2005, 02N-109/05-11 u.v.a.). Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung, gemäß den Bestimmungen des BVergG 2002 und der hierzu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof, sowie diesem folgend, das Bundesvergabeamt bereits wiederholt ausgesprochen haben - die Antragslegitimation iSv Paragraph 163, Absatz eins, BVergG 2002 zu verneinen vergleiche VwGH 3.1.2005, 2003/04/0039; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 5.8.2005, 04N-70/05-26, BVA 30.11.2005, 02N-109/05-11 u.v.a.).

Der Auftraggeber bringt vor, dass die Antragslegitimation der Antragstellerin zu verneinen sei, da diese ihre Eignung (technische Leistungsfähigkeit, Referenzen) nicht nachgewiesen habe.

Laut Auftraggeber sei die Antragstellerin seinem klar formulierten Mängelbehebungsauftrag vom 20.9.2006 zur Vorlage von Referenzen nicht nachgekommen. Abgesehen davon, dass in der Folge ein weiterer Verbesserungsversuch der Antragstellerin gar nicht zulässig gewesen wäre, sei die neuerlich vom Antragstellerverteter am 26.9.2006 vorgelegte "KH-Lainz Referenz" nach wie vor mangelhaft. Der in Pkt. 6.3.2 der Ausschreibung geforderte Textteil zur schlüssigen Darlegung der besonderen Eignung der angeführten Referenz zum Nachweis der ausgeschriebenen Generalplanerleistungen, fehle noch immer.

Weiters habe die Antragstellerin die gesetzlich vorgegebene Einschränkung von Referenzen auf ein maximales Alter von drei Jahren nicht eingehalten.

Zu diesen Vorwürfen ist Folgendes festzuhalten:

1. 1.Ziffer eins

Zur behaupteten Rechtswidrigkeit der Mängelbehebung:

Der Auftraggeber irrt, wenn er meint, dass die Antragstellerin keinen 2. Mängelbehebungsversuch unternehmen hätte dürfen. Der Auftraggeber hat nämlich den Verbesserungsauftrag nicht klar und präzise - im Hinblick auf sämtliche im einzelnen zu behebende Mängel - formuliert. Der Auftraggeber hätte genau anzugeben gehabt, in welcher Hinsicht welche Mängel zu beheben seien. Wie im Sachverhalt festgestellt, hat der Auftraggeber die Antragstellerin aber in seinem Schreiben vom 20.9.2006 nicht auf das Fehlen der Textpassage zur Darlegung der besonderen Eignung des Projektes aufmerksam gemacht und zur Behebung auch dieser Mangelhaftigkeit aufgefordert. Gerade das Fehlen dieses Textteiles in ihrer verbesserten Vorlage wird nun aber der Antragstellerin vom Auftraggeber vorgehalten.

Wie das BVA bereits wiederholt ausgesprochen hat, ist aus den Bestimmungen des BVergG 2002 (selbiges gilt auch für das BVergG 2006) nicht ableitbar, dass ein Bieter, der ein unvollständiges, somit mangelhaftes Angebot gelegt hat und

vom Auftraggeber ordnungsgemäß unter klarer Formulierung des Mängelbehebungsauftrages zur Verbesserung aufgefordert wurde, nach nicht ordnungsgemäß vorgenommener Mängelbehebung in der Folge abermals zur selben Mängelbehebung aufzufordern wäre. Dies würde dem Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß § 21 Abs. 1 BVergG 2002 (nunmehr § 19 Abs. 1 BVergG 2006) widersprechen (vgl. BVA 5.8.2005, 04N-70/05-26, BVA 22.12.2005, 11N-117/05-12). Wie das BVA bereits wiederholt ausgesprochen hat, ist aus den Bestimmungen des BVergG 2002 (selbiges gilt auch für das BVergG 2006) nicht ableitbar, dass ein Bieter, der ein unvollständiges, somit mangelhaftes Angebot gelegt hat und vom Auftraggeber ordnungsgemäß unter klarer Formulierung des Mängelbehebungsauftrages zur Verbesserung aufgefordert wurde, nach nicht ordnungsgemäß vorgenommener Mängelbehebung in der Folge abermals zur selben Mängelbehebung aufzufordern wäre. Dies würde dem Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 (nunmehr Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006) widersprechen vergleiche BVA 5.8.2005, 04N-70/05-26, BVA 22.12.2005, 11N-117/05-12).

Der Auftraggeber hat aber die Antragstellerin nicht zur Verbesserung des in Rede stehenden fehlenden "Textteilmangels" aufgefordert, sodass diesbezüglich ihre Verbesserungsmöglichkeit auch nicht konsumiert sein kann.

In weiterer Folge hat das BVA die Antragstellerin im Zuge des Nachprüfungsverfahrens zur Vorlage einer ausschreibungskonformen Referenz ("i.S.d. Anforderungen des Pkt 6.3.2") aufgefordert (siehe Sachverhalt).

Das BVA hat die Antragslegitimation der Antragstellerin von Amts wegen zu prüfen, im konkreten Fall ihre Eignung (technische Leistungsfähigkeit in Bezug auf die geforderte Referenz) und die hierzu erforderlichen Ermittlungsschritte zu setzen. Das BVA hat sich dabei nicht mit der Feststellung zu begnügen, dass der Auftraggeber, wie er im übrigen in der mündlichen Verhandlung selbst einbekannt hat, seiner Prüfpflicht nur sehr unzureichend nachgekommen ist.

Was die Verpflichtung der Nachprüfungsbehörde u eigenen Ermittlungen und Feststellungen betrifft, sei etwa auf das Erkenntnis des VwGH vom 25.10.2004, 2004/04/0032, verwiesen, mit dem der VwGH die Nachprüfungsbehörde dazu verhalten hat, selbst die Preisplausibilitätsprüfung des Angebotes vorzunehmen und es nicht bei der Feststellung bewenden zu lassen, dass der Auftraggeber die gebotene vertiefte Angebotsprüfung unterlassen habe.

1. 2.Ziffer 2

Zum Vorbringen betreffend Alter der Referenz:

Gemäß § 75 Abs 1 BVergG 2006 kann der Auftraggeber als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs 1 Z 4 leg cit je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in Abs 5 bis 7 angeführten Nachweise verlangen. Andere als die in den Abs 5 bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen. Gemäß Paragraph 75, Absatz eins, BVergG 2006 kann der Auftraggeber als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 70, Absatz eins, Ziffer 4, leg cit je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in Absatz 5 bis 7 angeführten Nachweise verlangen. Andere als die in den Absatz 5 bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen.

Gemäß § 75 Abs 7 Z 1 BVergG 2006 kann bei Dienstleistungsaufträgen eine Liste der wesentlichen in den letzten 3 Jahren erbrachten Dienstleistungen verlangt werden. Gemäß Paragraph 75, Absatz 7, Ziffer eins, BVergG 2006 kann bei Dienstleistungsaufträgen eine Liste der wesentlichen in den letzten 3 Jahren erbrachten Dienstleistungen verlangt werden.

Der Auftraggeber hat von dieser gesetzlichen Ermächtigung insoweit Gebrauch gemacht, als er die Referenzen („Liste der Dienstleistungen“) ihrer Sparte nach konkretisiert hat, in dem er den Nachweis für mindestens ein bereits ausgeführtes bzw. in Ausführung befindliches und unter Denkmalschutz stehendes Projekt der Sparte „Spitalsplanung“ verlangt hat (siehe Pkt. 6.3.2 erster Satz der Ausschreibung). Von der Festlegung eines Zeitrahmens, aus dem die Referenzen zu stammen haben, hat der Auftraggeber jedoch abgesehen. Andernfalls hätte er in die Ausschreibung auf die Regelung des § 75 Abs 7 Z 1 BVergG 2006 verweisen müssen. Ein solcher Verweis ist nicht erfolgt. Der Auftraggeber hat von dieser gesetzlichen Ermächtigung insoweit Gebrauch gemacht, als er die Referenzen („Liste der Dienstleistungen“) ihrer Sparte nach konkretisiert hat, in dem er den Nachweis für mindestens ein bereits ausgeführtes bzw. in Ausführung befindliches und unter Denkmalschutz stehendes Projekt der Sparte „Spitalsplanung“ verlangt hat (siehe Pkt. 6.3.2 erster Satz der Ausschreibung). Von der Festlegung eines Zeitrahmens, aus dem die

Referenzen zu stammen haben, hat der Auftraggeber jedoch abgesehen. Andernfalls hätte er in die Ausschreibung auf die Regelung des Paragraph 75, Absatz 7, Ziffer eins, BVergG 2006 verweisen müssen. Ein solcher Verweis ist nicht erfolgt.

Die Vorgangsweise des Auftraggeber steht im Einklang damit, dass die Regelung des § 75 Abs 7 Z 1 BVergG 2006 eine "Kann-Bestimmung" und keine Muss-Bestimmung ist. Der Auftraggeber hat von der Regelung einer zeitlichen Altersgrenze der zu erbringenden Referenzen Abstand genommen. Die Anforderungen an die Referenzen hat der Auftraggeber in Pkt. 6.3.2 und Pkt. 6.3.3 seiner Ausschreibung geregelt. Die Vorgangsweise des Auftraggeber steht im Einklang damit, dass die Regelung des Paragraph 75, Absatz 7, Ziffer eins, BVergG 2006 eine "Kann-Bestimmung" und keine Muss-Bestimmung ist. Der Auftraggeber hat von der Regelung einer zeitlichen Altersgrenze der zu erbringenden Referenzen Abstand genommen. Die Anforderungen an die Referenzen hat der Auftraggeber in Pkt. 6.3.2 und Pkt. 6.3.3 seiner Ausschreibung geregelt.

Im Übrigen ist anzumerken, dass die Ausschreibung mangels Anfechtung bestandsfest geworden ist. Selbst im Falle, dass Festlegungen des Auftraggebers in der Ausschreibung nicht vergaberechtskonform sein sollten, sind diese maßgeblich, da Präklusion eingetreten ist. Dem BVergG 2002 lag, und nunmehr auch dem BVergG 2006, liegt das System der gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen [vgl der hier anzuwendende § 20 Z 13 BVergG 2002 (AB 1118 BlgNR 21.GP 21); im BVergG 2006 § 2 Z 16 (RV 1171 BlgNR 22.GP 13)] mit den einer effizienten Abwicklung von Rechtsschutzverfahren dienenden flankierenden Bestimmungen zu Fristen und Präklusionsregelungen (§ 321 BVergG 2006) zugrunde. Die Präklusionswirkung der Antragsfristen ist als umfassend zu interpretieren, zumal nicht danach zu differenzieren ist, ob es sich um einen grundlegenden Ausschreibungsmangel oder um einen sonstigen Rechtsverstoß handelt. Die Präklusionswirkung im BVergG 2006 bezieht sich undifferenziert auf alle Rechtsverstöße, die nicht innerhalb der jeweiligen Antragsfrist durch einen Nachprüfungsantrag geltend gemacht wurden. Dem Bundesvergabeamt ist es auch verwehrt, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen [vgl RV 1171 BlgNR 22.GP 137f; siehe auch zum BVergG 2002 BVA 12.12.2003, 04N-107/03-38; 29.8.2003, 13N-72/03-11; 20.6.2003, 17N-46/03-34; sowie Thienel, Grundfragen gesondert und verbunden anfechtbarer Entscheidungen nach dem BVergG 2002, ZVB 2003, 69f]. Auch der VwGH geht davon aus, dass das System der Präklusionsfristen im BVergG 2006 beibehalten wurde (vgl VwGH 24.5.2006, 2006/04/0054). Im Übrigen ist anzumerken, dass die Ausschreibung mangels Anfechtung bestandsfest geworden ist. Selbst im Falle, dass Festlegungen des Auftraggebers in der Ausschreibung nicht vergaberechtskonform sein sollten, sind diese maßgeblich, da Präklusion eingetreten ist. Dem BVergG 2002 lag, und nunmehr auch dem BVergG 2006, liegt das System der gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen [vgl der hier anzuwendende Paragraph 20, Ziffer 13, BVergG 2002 Ausschussbericht 1118 BlgNR 21.Gesetzgebungsperiode 21); im BVergG 2006 Paragraph 2, Ziffer 16, Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22.Gesetzgebungsperiode 13)] mit den einer effizienten Abwicklung von Rechtsschutzverfahren dienenden flankierenden Bestimmungen zu Fristen und Präklusionsregelungen (Paragraph 321, BVergG 2006) zugrunde. Die Präklusionswirkung der Antragsfristen ist als umfassend zu interpretieren, zumal nicht danach zu differenzieren ist, ob es sich um einen grundlegenden Ausschreibungsmangel oder um einen sonstigen Rechtsverstoß handelt. Die Präklusionswirkung im BVergG 2006 bezieht sich undifferenziert auf alle Rechtsverstöße, die nicht innerhalb der jeweiligen Antragsfrist durch einen Nachprüfungsantrag geltend gemacht wurden. Dem Bundesvergabeamt ist es auch verwehrt, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen [vgl Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22.Gesetzgebungsperiode 137f; siehe auch zum BVergG 2002 BVA 12.12.2003, 04N-107/03-38; 29.8.2003, 13N-72/03-11; 20.6.2003, 17N-46/03-34; sowie Thienel, Grundfragen gesondert und verbunden anfechtbarer Entscheidungen nach dem BVergG 2002, ZVB 2003, 69f]. Auch der VwGH geht davon aus, dass das System der Präklusionsfristen im BVergG 2006 beibehalten wurde vergleiche VwGH 24.5.2006, 2006/04/0054).

Adressat der obzitierten Normen der §§ 75 Abs 1 und 75 Abs 7 Z 1 BVergG 2006 ist allein der Auftraggeber, nicht aber der Bieter. Adressat der obzitierten Normen der Paragraphen 75, Absatz eins und 75 Absatz 7, Ziffer eins, BVergG 2006 ist allein der Auftraggeber, nicht aber der Bieter.

In Pkt. 5 (Verfahrensregeln) lautet Pkt. 5.1 erster Satz der Ausschreibung: "Es gelten die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006". Pkt. 5.1. zweiter Satz der Ausschreibung lautet: "Zusätzlich gelten auch nachstehenden Bedingungen als rechtliche Grundlage des Verfahrens."

Wie der Auftraggeber in seinem Schriftsatz vom 11.10.2006 zunächst zutreffend ausführt, gelten gemäß Pkt. 5.1. erster

Satz der Ausschreibung die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006.

Dies bedeutet, dass u.a. die gesetzliche Regelung des § 75 Abs 7 Z 1 BVergG 2006 gilt, der zufolge der Auftraggeber zur Forderung einer Liste der wesentlichen in den letzten 3 Jahren erbrachten Dienstleistungen berechtigt ist. Dies bedeutet jedoch nicht, wie der Auftraggeber weiters irriger Weise vermeint, dass der Auftraggeber durch diesen Verweis in seiner Ausschreibung eine zeitliche Einschränkung für Referenzen (nämlich auf die letzten 3 Jahre) vorgenommen habe. Wie bereits erwähnt, richtet sich die zitierte Norm allein an den Auftraggeber. Im BVergG 2006 gibt es hingegen keine an den Bieter adressierte Norm, wonach dieser Referenzen nur aus den letzten 3 Jahren vorlegen dürfe. Eine solche Verpflichtung des Bieters entstünde nur in dem Fall, dass der Auftraggeber diese Anforderung iSd § 75 Abs 7 Z 1 BVergG 2006 in seiner Ausschreibung unter Punkt 6.3.2. bzw 6.3.3.statuiert hätte. Ein solcher Hinweis wurde in die Ausschreibung jedoch nicht aufgenommen. Dies bedeutet, dass u.a. die gesetzliche Regelung des Paragraph 75, Absatz 7, Ziffer eins, BVergG 2006 gilt, der zufolge der Auftraggeber zur Forderung einer Liste der wesentlichen in den letzten 3 Jahren erbrachten Dienstleistungen berechtigt ist. Dies bedeutet jedoch nicht, wie der Auftraggeber weiters irriger Weise vermeint, dass der Auftraggeber durch diesen Verweis in seiner Ausschreibung eine zeitliche Einschränkung für Referenzen (nämlich auf die letzten 3 Jahre) vorgenommen habe. Wie bereits erwähnt, richtet sich die zitierte Norm allein an den Auftraggeber. Im BVergG 2006 gibt es hingegen keine an den Bieter adressierte Norm, wonach dieser Referenzen nur aus den letzten 3 Jahren vorlegen dürfe. Eine solche Verpflichtung des Bieters entstünde nur in dem Fall, dass der Auftraggeber diese Anforderung iSd Paragraph 75, Absatz 7, Ziffer eins, BVergG 2006 in seiner Ausschreibung unter Punkt 6.3.2. bzw 6.3.3.statuiert hätte. Ein solcher Hinweis wurde in die Ausschreibung jedoch nicht aufgenommen.

Diese Auffassung steht auch im Einklang mit den Regelungen des Pkt. 5.1 erster Satz und Pkt. 5.1 zweiter Satz der Ausschreibung und ist auch aus diesen selbst abzuleiten: Die Regelungen betreffend die Referenzen (Pkt. 6.3.2 u. Pkt. 6.3.3) sind als spezifisch rechtliche Regelung und damit als Grundlage des Verfahrens iSd Bedingungen in Pkt. 5.1. zweiter Satz der Ausschreibung zu qualifizieren. In diesen Bedingungen hat der Auftraggeber den Bieter nicht dazu verhalten, nur solche Referenzen vorzulegen, die nicht älter als 3 Jahre sind.

Die Beurteilung von Ausschreibungsunterlagen hat nämlich auf der Grundlage der zivilrechtlichen Interpretationsbestimmungen des § 914 f ABGB zu erfolgen (vgl Rummel, zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999,1; BVA 23.12.2003, 17N-129/03-21, BVA N/0048-BVA/14/2006-28 vom 28.7.2006 uva). Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte [(objektiver Erklärungswert) vgl hierzu auch VwGH vom 29.3.2006, Zlen 2004/04/0144, 0156, 0157 ua.] Die Beurteilung von Ausschreibungsunterlagen hat nämlich auf der Grundlage der zivilrechtlichen Interpretationsbestimmungen des Paragraph 914, f ABGB zu erfolgen vergleiche Rummel, zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999,1; BVA 23.12.2003, 17N-129/03-21, BVA N/0048-BVA/14/2006-28 vom 28.7.2006 uva). Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte [(objektiver Erklärungswert) vergleiche hierzu auch VwGH vom 29.3.2006, Zlen 2004/04/0144, 0156, 0157 ua.] .

Ein redlicher Erklärungsempfänger durfte und musste dem klaren Wortlaut der in Rede stehenden Ausschreibungsbestimmung zufolge diese auch in der dargelegten Bedeutung verstehen. Auch die beiden anderen Bieter haben im Übrigen diese Bestimmung in diesem Sinne verstanden, da auch sie Referenzen vorgelegt haben, die teilweise sogar noch älter als jene betreffend KH Lainz aus 1991 des Antragstellers waren [(BG M*** sogar aus 1989, BG O*** auch aus 1988 (XXX)). Ein redlicher Erklärungsempfänger durfte und musste dem klaren Wortlaut der in Rede stehenden Ausschreibungsbestimmung zufolge diese auch in der dargelegten Bedeutung verstehen. Auch die beiden anderen Bieter haben im Übrigen diese Bestimmung in diesem Sinne verstanden, da auch sie Referenzen vorgelegt haben, die teilweise sogar noch älter als jene betreffend KH Lainz aus 1991 des Antragstellers waren [(BG M*** sogar aus 1989, BG O*** auch aus 1988 (römisch 30)].

Auch die in der Judikatur des EuGH, Rs C-448/01 (EVN-AG gegen Wienstrom GmbH) vertretene Interpretationslinie -

"Verständnis eines durchschnittlichen fachkundigen Bieters" - führt zu keinem anderen Ergebnis (siehe auch VwGH 17.11.2004, 2002/04/0030).

Die oben dargelegte Auffassung wird auch durch die Judikatur des VwGH in seinem Erkenntnis Zlen. 2005/04/0072,0095 v. 20.12.2005 gestützt. In dem dem zit. Erk zugrunde liegenden Fall hat der Auftraggeber einen Nachweis gem. § 57 Abs. 2 Z 2 BvergG 2002 (Nachweis von in den letzten 5 Jahren erbrachten Bauleistungen), somit - so der VwGH - einen Nachweis "ohne weitere Konkretisierung" verlangt. Der VwGH hat im beschwerdegegenständlichen Fall ausgesprochen, dass der geforderte Nachweis nur dann nicht erbracht worden wäre, hätte der Bieter keinerlei Bauleistungen aus den letzten 5 Jahren nachweisen können. Die oben dargelegte Auffassung wird auch durch die Judikatur des VwGH in seinem Erkenntnis Zlen. 2005/04/0072,0095 v. 20.12.2005 gestützt. In dem dem zit. Erk zugrunde liegenden Fall hat der Auftraggeber einen Nachweis gem. Paragraph 57, Absatz 2, Ziffer 2, BvergG 2002 (Nachweis von in den letzten 5 Jahren erbrachten Bauleistungen), somit - so der VwGH - einen Nachweis "ohne weitere Konkretisierung" verlangt. Der VwGH hat im beschwerdegegenständlichen Fall ausgesprochen, dass der geforderte Nachweis nur dann nicht erbracht worden wäre, hätte der Bieter keinerlei Bauleistungen aus den letzten 5 Jahren nachweisen können.

Liegt nun, wovon der VwGH im zitiert. Erk. ausgeht, in jenem Fall, dass der Auftraggeber in der Ausschreibung immerhin ausdrücklich auf die gesetzliche Regelung des § 57 Abs. 2 Z 2 BvergG 2002 verwiesen hat, keine weitere Konkretisierung - wohl im Hinblick auf die Erfordernisse der Referenzen vor - ist eine solche Konkretisierung umso weniger im vorliegenden Fall gegeben, wo der Auftraggeber nicht einmal auf die gesetzliche Regelung des § 75 Abs. 7 Z 1 BvergG 2006 in Punkt 6.3.2. bzw 6.3.3. der Ausschreibung verwiesen hat und diese demnach gar nicht zum Ausschreibungsinhalt erklärt hat. Liegt nun, wovon der VwGH im zitiert. Erk. ausgeht, in jenem Fall, dass der Auftraggeber in der Ausschreibung immerhin ausdrücklich auf die gesetzliche Regelung des Paragraph 57, Absatz 2, Ziffer 2, BvergG 2002 verwiesen hat, keine weitere Konkretisierung - wohl im Hinblick auf die Erfordernisse der Referenzen vor - ist eine solche Konkretisierung umso weniger im vorliegenden Fall gegeben, wo der Auftraggeber nicht einmal auf die gesetzliche Regelung des Paragraph 75, Absatz 7, Ziffer eins, BvergG 2006 in Punkt 6.3.2. bzw 6.3.3. der Ausschreibung verwiesen hat und diese demnach gar nicht zum Ausschreibungsinhalt erklärt hat.

Der Auftraggeber hat dem Ausschreibungstext zufolge allein den Nachweis mind. eines bereits ausgeführten bzw. in Ausführung befindlichen und unter Denkmalschutz stehenden Projektes der Sparte Spitalsplanung verlangt, ohne auch nur in irgendeiner Weise auf die zeitliche Komponente dieser Referenz Bezug zu nehmen oder gar eine (maximale) Altersgrenze für diese Referenz festzulegen.

In Anlehnung an die Ausführungen des VwGH im zit. Erkenntnis ist davon auszugehen, dass der Bieter den geforderten Nachweis nur dann nicht erbracht hätte, hätte er keinerlei Referenz entsprechend den in Pkten. 6.3.2. und Pkt 6.3.3 normierten Anforderungen (einschließlich Bestätigung des Bundesdenkmalamtes und des Textteiles zur Darlegung der besonderen Eignung dieses Referenzprojektes), nachgewiesen. Dies trifft jedoch, wie ausgeführt, nicht zu.

Was schließlich die I*** betrifft, die das betreffende Projekt laut Bestätigung des Bundesdenkmalamtes ausgeführt hat, wurde diese laut Firmenbuch am 8.8.2000 in die, die Referenz legende, A*** eingebracht. R*** war – laut Angaben des ho Beisitzers DI Heinz Marschalek und auch aus Internetrecherchen sich ergebend – im betreffenden Jahr 1990/1991 (neben S***) einer der Partner der I***. Der jetzigen Antragstellerin A*** diese Referenz nicht "zurechnen" zu wollen, wäre wohl rechtlich nicht gedeckt. Was schließlich die I*** betrifft, die das betreffende Projekt laut Bestätigung des Bundesdenkmalamtes ausgeführt hat, wurde diese laut Firmenbuch am 8.8.2000 in die, die Referenz legende, A*** eingebracht. R*** war – laut Angaben des ho Beisitzers DI Heinz Marschalek und auch aus Internetrecherchen sich ergebend – im betreffenden Jahr 1990 aus 1991, (neben S***) einer der Partner der I***. Der jetzigen Antragstellerin A*** diese Referenz nicht "zurechnen" zu wollen, wäre wohl rechtlich nicht gedeckt.

Auch war eine Angabe in der Referenz dahingehend, ob die Leistungen zur Gänze selbst ausgeführt wurden bzw allenfalls als Subunternehmer erbracht wurden, in der Ausschreibung nicht verlangt. Somit geht auch dieser Einwand des Auftraggebers in seiner Stellungnahme vom 10.10.2006, dass die A*** (gemeint wohl I***) lediglich als Subunternehmerin tätig gewesen sei, ins Leere.

Schlussfolgerungen:

Die Antragstellerin hat mit ihrem "KH Lainz Projekt" eine den Ausschreibungsbestimmungen entsprechende Referenz vorgelegt, die vom Auftraggeber - in Bindung an seine eigenen Festlegungen in der Ausschreibung - als solche

anzuerkennen ist. Da in der Ausschreibung nur ein entsprechendes Referenzprojekt verlangt war, war auf das weitere Vorbringen des Auftraggebers zur behaupteten Untauglichkeit auch der übrigen Referenzen der Antragstellerin, nicht mehr einzugehen.

Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Nachdem die Antragslegitimation der Antragstellerin gegeben ist, hat die Behörde nunmehr gemäß § 325 Abs 1 BVergG zu prüfen, ob die von der Antragstellerin behaupteten Fehler des Auftraggebers bei der Eignungsprüfung des präsumtiven Zuschlagsempfängers bzw der Prüfung und Bewertung der Angebote zutreffen und ob die behaupteten Rechtswidrigkeiten für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss sind. Nachdem die Antragslegitimation der Antragstellerin gegeben ist, hat die Behörde nunmehr gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG zu prüfen, ob die von der Antragstellerin behaupteten Fehler des Auftraggebers bei der Eignungsprüfung des präsumtiven Zuschlagsempfängers bzw der Prüfung und Bewertung der Angebote zutreffen und ob die behaupteten Rechtswidrigkeiten für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss sind.

Die Antragstellerin hat zur möglichen Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung vorgebracht:

1. 1) Ziffer eins
Rechtswidrige Bewertung des Zuschlagskriteriums „Verfügbarkeit des Schlüsselpersonals“
2. 2) Ziffer 2
Rechtswidrige Preisbewertung
3. 3) Ziffer 3
Mangelnde Eignung des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers

zu 1) "Verfügbarkeit des Schlüsselpersonals":

Laut Angebotsschreiben Rahmenvertrag Generalplanerleistungen Hanuschkrankenhaus-Wien, Seite 24, war beim Zuschlagskriterium "Verfügbarkeit des Schlüsselpersonals" eine Angabe der Verfügbarkeit des Schlüsselpersonals in der üblichen Arbeitszeit in Stunden...HR, somit die Angabe der Dauer der Anreise, gefordert.

Die Antragstellerin hat hiezu vorgebracht, dass der Auftraggeber den Bürostandort des präsumtiven Zuschlagsempfängers in XXX, bewertet habe und nicht die Reisedistanz in Stunden. Die Antragstellerin hat hiezu vorgebracht, dass der Auftraggeber den Bürostandort des präsumtiven Zuschlagsempfängers in römisch 30, bewertet habe und nicht die Reisedistanz in Stunden.

Das Ermittlungsverfahren hat jedoch eindeutig ergeben, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger die Verfügbarkeit des Schlüsselpersonals in Stunden und nicht (lediglich) durch Nennung der Zweigniederlassung in der XXX angegeben hat. Er hat die Reisedistanz mit 0,25 Stunden angegeben und zum Nachweis dessen auch einen Ausdruck von "Herold Routenplaner" beigelegt. Der Auftraggeber hat dieses – den Vorgaben des "Angebotsschreiben Rahmenvertrag Generalplanerleistungen Hanuschkrankenhaus-Wien" entsprechend - mit 16 Punkten bewertet und an zweite Stelle gereiht. Die Antragstellerin hat in diesem Kriterium 0,316 Stunden angegeben, in der Folge korrekt 12 Punkte bekommen und wurde an dritte Stelle gereiht. Das Ermittlungsverfahren hat jedoch eindeutig ergeben, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger die Verfügbarkeit des Schlüsselpersonals in Stunden und nicht (lediglich) durch Nennung der Zweigniederlassung in der römisch 30 angegeben hat. Er hat die Reisedistanz mit 0,25 Stunden angegeben und zum Nachweis dessen auch einen Ausdruck von "Herold Routenplaner" beigelegt. Der Auftraggeber hat dieses – den Vorgaben des "Angebotsschreiben Rahmenvertrag Generalplanerleistungen Hanuschkrankenhaus-Wien" entsprechend - mit 16 Punkten bewertet und an zweite Stelle gereiht. Die Antragstellerin hat in diesem Kriterium 0,316 Stunden angegeben, in der Folge korrekt 12 Punkte bekommen und wurde an dritte Stelle gereiht.

Zu 2) Angeblich rechtswidrige Preisbewertung:

Wie dem festgestellten Sachverhalt zu entnehmen ist, hat das Ermittlungsverfahren ergeben, dass gemäß "Angebotsschreiben Rahmenvertrag Generalplanerleistungen Hanuschkrankenhaus-Wien", ursprünglich die Leistungsteile c2 (Medizintechnische Gebäudeausrüstung/Planung) und d (anteilige örtliche Bauaufsicht für die medizintechnische Gebäudeausrüstung) anzubieten waren. Als Bemessungsgrundlage für die Honorarerstellung waren vom Auftraggeber vorläufige Netto-Herstellungskosten in Höhe von EUR 85 Mio vorgegeben.

Im Zuge einer Fragenbeantwortung vom 5.7.2006 hat der Auftraggeber jedoch vorgegeben, dass in der Kalkulation für

das Honorar der anzubietenden Generalplanerleistungen die Leistungsteile c2 (Anm: und anteilig die entspr. Bauaufsicht) nicht anzubieten waren. Im Zuge einer Fragenbeantwortung vom 5.7.2006 hat der Auftraggeber jedoch vorgegeben, dass in der Kalkulation für das Honorar der anzubietenden Generalplanerleistungen die Leistungsteile c2 Anmerkung, und anteilig die entspr. Bauaufsicht) nicht anzubieten waren.

In der Folge haben alle 4 Bieter ein Angebot inklusive der Leistungsteile c2 und d auf einer Bemessungsgrundlage von EUR 85 Mio Netto-Herstellungskosten gelegt.

Alle 4 Bieter wurden zu einer Verhandlungsrund am 17./18.8.2006 eingeladen. Im Zuge dieser Verhandlungen wurden die Bieter von der Auftraggeberin aufgefordert, die Leistungsteile c2 und d doch wieder anzubieten und ihrer Kalkulation für die Honorarerstellung zu Grunde zu legen. Dies haben sämtliche Bieter auch getan. Der Leistungsumfang aller Angebote war somit identisch, nämlich inklusive der Leistungsteile c2 und d.

Im Zuge der Verhandlungsgespräche wurde vom Auftraggeber zu Frage 5, welche die Medizintechnische Gebäudeausrüstung betraf, festgehalten: dass Euro 10 Mio als Basis für med. Einrichtungen als Planungsvorgabe für die Honorarermittlung angegeben werden. Der Auftraggeber ersucht um Bekanntgabe des entsprechenden Honorars von c2 und d bis 22.8.2006 um 11.00 Uhr per Fax und email.

Durch diese Aussage hat der Auftraggeber eine unnötige Verwirrung erzeugt. Die mediz. Einrichtungen waren weder laut Ausschreibung noch nach sonstigen Festlegungen des Auftraggebers jemals anzubieten. Der Auftraggeber wollte durch die Bekanntgabe von Euro 10 Mio den Bieter die Honorarermittlung zu c2 und d "erleichtern", da für c2 und d "in etwa dieselben Kosten wie für med. Einrichtungen zu veranschlagen sind". Die Bieter waren hingegen in der Folge unsicher, ob die vom Auftraggeber genannten Euro 10 Mio zur Bemessungsgrundlage von Euro 85 Mio Netto-Herstellungskosten zu addieren sind oder nicht.

Dies zeigte sich darin, dass etwa die Antragstellerin bei ihrem Angebot vom 21.8.2006 die im Vordruck des Auftraggebers angegebene Bemessungsgrundlage Euro 85 Mio Netto-Herstellungskosten durchgestrichen und durch Euro 95 Mio ersetzt hat. Am folgenden Tag hat die Antragstellerin ein weiteres Angebot gelegt, das denselben Angebotspreis enthielt, aber auf eine Bemessungsgrundlage von Euro 85 Mio bezogen war.

Auch beim präsumtiven Zuschlagsempfänger herrschte offensichtlich Unklarheit über die tatsächliche Bemessungsgrundlage. Aus diesem Grunde hat er am 21.8.2006 Angebote sowohl mit einer Bemessungsgrundlage von Euro 85 Mio Netto-Herstellungskosten als auch Euro 95 Mio Netto-Herstellungskosten gelegt.

Die BG M*** legte am 21.8.2006 ein Angebot auf einer Bemessungsgrundlage von Euro 95 Mio Netto-Herstellungskosten, die BG O*** & L*** auf einer Bemessungsgrundlage von Euro 85 Mio Netto-Herstellungskosten.

Dadurch wurde dem Auftraggeber bewusst, dass seine missverständliche und letztlich unklare Aussage in den Verhandlungsgesprächen hinsichtlich der Bemessungsgrundlage dazu geführt hat, dass beide Bieter am 21.8.2006 Angebote auf den beiden unterschiedlichen Bemessungsgrundlagen gelegt haben. Um dieses "unerwünschte Ergebnis" zu korrigieren und in der Folge wieder zu vergleichbaren Angeboten zu gelangen, hat der Auftraggeber die BG M*** und die BG O*** & L*** per E-Mail am 24.8.2006 aufgefordert, in Folge des Kommunikationsfehlers bei den Verhandlungsgesprächen bis spätestens 25.8.2006 auf ein Angebot auf der jeweils im Angebot vom 21.8.2006 nicht herangezogenen Bemessungsgrundlage zu legen.

Mit dieser Vorgangsweise hat der Auftraggeber erreicht, dass spätestens am 25.8.2006 jeder Bieter sowohl ein Angebot auf einer Bemessungsgrundlage von Euro 85 Mio Netto-Herstellungskosten als auch auf einer Bemessungsgrundlage von Euro 95 Mio Netto-Herstellungskosten gelegt hat.

Diese Vorgangsweise hat jedenfalls zu keiner Bieterungleichbehandlung geführt. Eine solche würde nur dann vorliegen, wenn der Auftraggeber nochmals sämtliche Bieter aufgefordert hätte, Angebote auf beiden Bemessungsgrundlagen zu legen. Somit ist der Auftraggeber schlussendlich doch zu vergleichbaren Angeboten gelangt, nämlich je einem Angebot eines jeden Bieters mit einer Bemessungsgrundlage von Euro 85 Mio NHK inklusive der Leistungsteile c2 und d und mit einer Bemessungsgrundlage von Euro 95 Mio NHK inklusive der Leistungsteile c2 und d.

Die Angebotsauswertung wurde folgender Maßen durchgeführt:

Es wurden alle drei Angebote eines jeden Bieters – nämlich das erste Angebot (Anm: vom 12./13.7.2006 mit einer

Bemessungsgrundlage von Euro 85 Mio NHK exklusive c2 und) sowie die beiden Angebote nach der Verhandlungsrunde (Anm: vom 21.8.2006 bzw spätestens 25.8.2006 mit einer Bemessungsgrundlage von Euro 85 Mio NHK inklusive c2 und d bzw Bemessungsgrundlage Euro 95 Mio inklusive c2 und d) in einer Tabelle dargestellt. Die jeweiligen Erstangebote vom 12./13.7.2006 wurden für die Bestbietermittlung nicht herangezogen. Es wurden alle drei Angebote eines jeden Bieters – nämlich das erste Angebot Anmerkung, vom 12./13.7.2006 mit einer Bemessungsgrundlage von Euro 85 Mio NHK exklusive c2 und) sowie die beiden Angebote nach der Verhandlungsrunde Anmerkung, vom 21.8.2006 bzw spätestens 25.8.2006 mit einer Bemessungsgrundlage von Euro 85 Mio NHK inklusive c2 und d bzw Bemessungsgrundlage Euro 95 Mio inklusive c2 und d) in einer Tabelle dargestellt. Die jeweiligen Erstangebote vom 12./13.7.2006 wurden für die Bestbietermittlung nicht herangezogen.

In der Folge wurden die Angebotspreise sowie die daraus resultierenden Prozentsätze je anzubietendem Leistungsteil (Anm: Leistungsteile a bis k) dargestellt. In der Folge wurden die Angebotspreise sowie die daraus resultierenden Prozentsätze je anzubietendem Leistungsteil Anmerkung, Leistungsteile a bis k) dargestellt.

Der Angebotspreis der Antragstellerin belief sich beim Angebot vom 21.8.2006 (Bemessungsgrundlage Euro 95 Mio NHK) auf Euro 9.914.140,31. Auch beim Angebot vom 22.8.2006 (Bemessungsgrundlage Euro 85 Mio NHK) war der Angebotspreis Euro 9.914.140,31. Das Angebot auf Basis Euro 85 Mio NHK wurde – nach der Ausschreibung korrekt – mit 59,28 Punkten bewertet. Das Angebot auf Basis Euro 95 Mio NHK erhielt 59,85 Punkte.

Der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin belief sich beim Angebot mit einer Bemessungsgrundlage von Euro 95 Mio NHK auf Euro 9.889.740.--, beim Angebot mit einer Bemessungsgrundlage von Euro 85 Mio NHK auf Euro 9.795.240.--. Beide Angebote wurden als billigste Angebote – den Vorgaben der Ausschreibung entsprechend – mit 60 Punkten bewertet.

Die Angebote des präsumtiven Zuschlagsempfängers waren also in jeder (untechnisch gesprochen) "Variante" billiger als jene der Antragstellerin und erhielten in der Folge zu Recht auch eine höhere Punktebewertung.

Der Auftraggeber hat das Angebot der Antragstellerin auf Basis Euro 85 Mio NHK mit den Angeboten der anderen Bieter mit einer Basis von ebenfalls Euro 85 Mio NHK verglichen. Dieser Vorgangsweise bediente er sich auch bei der Bewertung der Angebote mit jeweils Basis Euro 95 Mio NHK. Der Auftraggeber hat also "Gleiches" mit "Gleichem" verglichen.

Dass sich der Auftraggeber schlussendlich für die (untechnisch gesprochen) "Variante" Bemessungsgrundlage Euro 85 Mio NHK entschieden hat, bleibt ihm unbenommen. Dies umso mehr, als es sich bei der vorgegebenen Bemessungsgrundlage nur vom Auftraggeber geschätzte Netto-Herstellungskosten handelt und die Abrechnung nach den tatsächlichen Netto-Herstellungskosten erfolgen wird.

Die Bestbietermittlung erfolgte korrekt nach dem in der Ausschreibung dargestellten Bewertungsschema und ist somit jedenfalls als nachvollziehbar und rechtskonform anzusehen.

Zu 3) Angeblich mangelnde Eignung des präsumtiven Zuschlagsempfängers:

Gemäß Punkt 6 der "HKH-Grundlage zum Verhandlungsverfahren der WGKK" ist die Erfüllung der genannten Eignungskriterien bis zum Zeitpunkt der Antragstellung bei sonstigem Ausschluss nachzuweisen.

Gemäß Punkt 6.2.1. iVm Punkt 6.2.2. war ein Netto-Gesamtumsatz in den Sparten Architektur bzw Generalplanerleistungen sowie in der speziellen Sparte Spitalsplanung in Höhe von insgesamt Euro 1,2 Mio netto nachzuweisen. Dies laut der zit Bestimmungen in den letzten drei Geschäftsjahren (2003-2005). [...] für die Jahre 2003, 2004, 2005 nachzuweisen. [...] sowie von einem Steuerprüfungsunternehmen auf Richtigkeit der Angaben zu bestätigen (Testat). Gemäß Punkt 6.2.1. in Verbindung mit Punkt 6.2.2. war ein Netto-Gesamtumsatz in den Sparten Architektur bzw Generalplanerleistungen sowie in der speziellen Sparte Spitalsplanung in Höhe von insgesamt Euro 1,2 Mio netto nachzuweisen. Dies laut der zit Bestimmungen in den letzten drei Geschäftsjahren (2003-2005). [...] für die Jahre 2003, 2004, 2005 nachzuweisen. [...] sowie von einem Steuerprüfungsunternehmen auf Richtigkeit der Angaben zu bestätigen (Testat).

Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat seinem Teilnahmeantrag ein Testat der F*** vom 22.5.2006 beigelegt, in welchem die Erreichung des geforderten Netto-Gesamtumsatzes für die Jahre 2003/2004, 2004/2005 und 2005/2006 "im Mittel" bestätigt wurde. Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat seinem Teilnahmeantrag ein Testat der F*** vom 22.5.2006 beigelegt, in welchem die Erreichung des geforderten Netto-Gesamtumsatzes für die Jahre 2003 aus 2004,,

2004 aus 2005, und 2005 aus 2006, "im Mittel" bestätigt wurde.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger wurde weder zur Verbesserung/Aufklärung aufgefordert noch wurde er vom weiteren Verfahren ausgeschlossen. Vielmehr wurde er zur Angebotslegung eingeladen. Erst nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung hat der präsumtive Zuschlagsempfänger am 12.9.2006 ein "spezifiziertes" Testat der F*** vorgelegt, in welchem der exakte Netto-Gesamtumsatz in den Geschäftsjahren 2003/2004, 2004/2005 und 2005/2006 dargestellt wurde. In allen drei Geschäftsjahren wurden die Vorgaben überschritten. Der präsumtive Zuschlagsempfänger wurde weder zur Verbesserung/Aufklärung aufgefordert noch wurde er vom weiteren Verfahren ausgeschlossen. Vielmehr wurde er zur Angebotslegung eingeladen. Erst nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung hat der präsumtive Zuschlagsempfänger am 12.9.2006 ein "spezifiziertes" Testat der F*** vorgelegt, in welchem der exakte Netto-Gesamtumsatz in den Geschäftsjahren 2003 aus 2004,, 2004 aus 2005, und 2005 aus 2006, dargestellt wurde. In allen drei Geschäftsjahren wurden die Vorgaben überschritten.

Die Antragstellerin bezweifelte diese Angaben, trat dem Testat jedoch "nicht auf gleicher Stufe" entgegen. Die Behörde geht somit davon aus, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger den geforderten Jahresumsatz in allen drei Geschäftsjahren erfüllt hat.

Weiters wurden seitens der Antragstellerin vorgebracht, dass die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger vorgelegten Jahres-Umsätze nicht der Ausschreibung entsprechen würden, da das Geschäftsjahr der präsumtiven Zuschlagsempfänger vom 1. Juli eines Jahres bis zum 30. Juni des Folgejahres gehe, der Nachweis der Eignung aber bis zur Abgabe der Teilnahmeanträge (Anm. 30. Mai 2006) zu erbringen gewesen wäre. Zum "Stichtag" 30. Mai 2006 sei aber das Geschäftsjahr 2005/2006 der präsumtiven Zuschlagsempfängerin noch nicht beendet gewesen und es wäre somit eine Bestätigung für das Geschäftsjahr 2002/2003 und nicht für das Geschäftsjahr 2005/2006 vorzulegen gewesen. Weiters wurden seitens der Antragstellerin vorgebracht, dass die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger vorgelegten Jahres-Umsätze nicht der Ausschreibung entsprechen würden, da das Geschäftsjahr der präsumtiven Zuschlagsempfänger vom 1. Juli eines Jahres bis zum 30. Juni des Folgejahres gehe, der Nachweis der Eignung aber bis zur Abgabe der Teilnahmeanträge Anmerkung 30. Mai 2006) zu erbringen gewesen wäre. Zum "Stichtag" 30. Mai 2006 sei aber das Geschäftsjahr 2005 aus 2006, der präsumtiven Zuschlagsempfängerin noch nicht beendet gewesen und es wäre somit eine Bestätigung für das Geschäftsjahr 2002 aus 2003, und nicht für das Geschäftsjahr 2005 aus 2006, vorzulegen gewesen.

Hiezu ist anzumerken:

Die Formulierung in der Ausschreibung Punkte 6.2.1. und 6.2.2. in den letzten drei Geschäftsjahren (2003 – 2005) ist insofern unpräzise und missverständlich formuliert, als nicht dem Umstand Rechnung getragen wird, dass ein Geschäftsjahr eines Bieters nicht zwingend mit dem Kalenderjahr übereinstimmt. Einerseits wird ausdrücklich von Geschäftsjahren gesprochen, andererseits werden die Jahre 2003 – 2005, also grundsätzlich Kalenderjahre, angeführt (Es lautet jeweils: für die Jahre 2003, 2004, 2005).

Diese Unschärfen der Ausschreibungsbestimmungen dürfen jedoch nicht dem Bieter zur Last gelegt werden.

Dass es sich zwingend um bereits abgeschlossene Geschäftsjahre handeln musste, geht aus der Ausschreibung nicht zweifelsfrei hervor. Im Übrigen war das Geschäftsjahr 2005/2006 des präsumtiven Zuschlagsempfängers bereits zu 11 Monaten "fertig" und hat er in diesem Geschäftsjahr mehr als doppelt so hohe Umsätze als gefordert, erreicht. Dass es sich zwingend um bereits abgeschlossene Geschäftsjahre handeln musste, geht aus der Ausschreibung nicht zweifelsfrei hervor. Im Übrigen war das Geschäftsjahr 2005 aus 2006, des präsumtiven Zuschlagsempfängers bereits zu 11 Monaten "fertig" und hat er in diesem Geschäftsjahr mehr als doppelt so hohe Umsätze als gefordert, erreicht.

Zudem hat die Beurteilung von Ausschreibungsunterlagen auf der Grundlage der zivilrechtlichen Interpretationsbestimmungen des § 914 f ABGB zu erfolgen. Da die Auslegung der Bestimmungen der Punkte 6.2.1. und 6.2.2. zu keinem eindeutigen Ergebnis geführt hat, sind die Unklarheitenregeln des § 915 ABGB heranzuziehen. Nach dieser wird – bei zweiseitig verbindlichen Geschäften – eine undeutliche Äußerung zum Nachteil desjenigen erklärt, der sich ihrer bedient hat [vgl auch Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I (2002) Seite 99]. Dies bedeutet, dass der Auftraggeber gegenständlich die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger vorgelegte Bestätigung für das Geschäftsjahr 2005/2006 anerkennen muss. Andernfalls hätte er ihn zumindest auffordern müssen, ein Testat für das Geschäftsjahr 2002/2003 nachzureichen. Zudem hat die Beurteilung von Ausschreibungsunterlagen auf der Grundlage der zivilrechtlichen Interpretationsbestimmungen des Paragraph 914, f ABGB zu erfolgen. Da die Auslegung der

Bestimmungen der Punkte 6.2.1. und 6.2.2. zu keinem eindeutigen Ergebnis geführt hat, sind die Unklarheitenregeln des Paragraph 915, ABGB heranzuziehen. Nach dieser wird – bei zweiseitig verbindlichen Geschäften – eine undeutliche Äußerung zum Nachteil desjenigen erklärt, der sich ihrer bedient hat [vgl auch Koziol/Welser, Bürgerliches Recht römisch eins (2002) Seite 99]. Dies bedeutet, dass der Auftraggeber gegenständlich die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger vorgelegte Bestätigung für das Geschäftsjahr 2005 aus 2006, anerkennen muss. Andernfalls hätte er ihn zumindest auffordern müssen, ein Testat für das Geschäftsjahr 2002 aus 2003, nachzureichen.

Zu Spruchpunkt II.: Zu Spruchpunkt römisch zwei.:

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG 2006 ist das Bundesvergabeamt zum Abspruch über den Gebührenersatz zuständig. Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG 2006 ist das Bundesvergabeamt zum Abspruch über den Gebührenersatz zuständig.

Gemäß § 318 Abs 1 BVergG 2006 hat der Antragsteller für Anträge gemäß den §§ 320 Abs 1, 328 Abs 1 und 331 Abs 1 und 2 jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten, deren Höhe sich gemäß § 318 Abs 2 leg cit nach dem vom Auftraggeber durchgeführten Verfahren richtet. Gemäß § 318 Abs 3 leg cit ist die Pauschalgebühr gemäß den in Anhang XIX ausgewiesenen Sätzen bei Antragstellung zu entrichten. Gemäß Paragraph 318, Absatz eins, BVergG 2006 hat der Antragsteller für Anträge gemäß den Paragraphen 320, Absatz eins, 328, Absatz eins und 331 Absatz eins und 2 jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten, deren Höhe sich gemäß Paragraph 318, Absatz 2, leg cit nach dem vom Auftraggeber durchgeführten Verfahren richtet. Gemäß Paragraph 318, Absatz 3, leg cit ist die Pauschalgebühr gemäß den in Anhang römisch neunzehn ausgewiesenen Sätzen bei Antragstellung zu entrichten.

Nach § 319 Abs 1 erster Satz hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Nach Paragraph 319, Absatz eins, erster Satz hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Gemäß § 319 Abs 2 leg cit besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann, wenn Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, leg cit besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann, wenn

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

Für den mit 4. September 2006 datierten Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG 2006 und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 leg cit betreffend das, dem Oberschwellenbereich zuzuordnenden und in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführten, Vergabeverfahrens wurden von der Antragstellerin nachweislich Pauschalgebühren in der Höhe von insgesamt Euro 3.200,-- entrichtet. Für den mit 4. September 2006 datierten Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, leg cit betreffend das, dem Oberschwellenbereich zuzuordnenden und in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführten, Vergabeverfahrens wurden von der Antragstellerin nachweislich Pauschalgebühren in der Höhe von insgesamt Euro 3.200,-- entrichtet.

Wie sich aus Spruchpunkt I des gegenständlichen Bescheides ergibt wurde der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung abgewiesen und ist damit jedenfalls nicht von einem in § 319 Abs 1 geforderten "teilweisen obsiegen" der Antragstellerin auszugehen. Der Antrag auf Ersatz der für den Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG 2006 entrichteten Pauschalgebühr war daher abzuweisen. Wie sich aus Spruchpunkt römisch eins des gegenständlichen Bescheides ergibt wurde der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung abgewiesen und ist damit jedenfalls nicht von einem in Paragraph 319, Absatz eins, geforderten "teilweisen obsiegen" der Antragstellerin auszugehen. Der Antrag auf Ersatz der für den Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 entrichteten Pauschalgebühr war daher abzuweisen.

Ebenso war der Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr gemäß § 319 Abs 2 leg cit für den Antrag auf

Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 leg cit abzuweisen. Es wurde nämlich der Nachprüfungsantrag abgewiesen. Ebenso war der Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr gemäß Paragraph 319, Absatz 2, leg cit für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, leg cit abzuweisen. Es wurde nämlich der Nachprüfungsantrag abgewiesen.

Dokumentnummer

VERGT_20061013_N_0072_BVA_06_2006_60_00

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