

Entscheidende Behörde

Vergabekontrollsenat Wien

Entscheidungsdatum

09.10.2007

Geschäftszahl

VKS-7001/07

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** (Senat nach § 6 Abs. 3 WVRG) über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Dr. Jürgen Kronberger und Mag. Christian Ultes, Rechtsanwälte in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe des Auftrages zur Lieferung von Einweg-Putztüchern an die Krankenanstalten der Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund (KAV), Ausschreibungsnummer KAV-GED-A/12/2007/GBW, durch den Magistrat der Stadt Wien, Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, Generaldirektion – Geschäftsbereich Wirtschaft, Thomas-Klestil-Platz 7, 1030 Wien, in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. Zur Prüfung der von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten wird ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet.
2. Folgende einstweilige Verfügung wird erlassen:

Der Antragsgegnerin, Magistrat der Stadt Wien, Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, Generaldirektion – Geschäftsbereich Wirtschaft, Thomas-Klestil-Platz 7, 1030 Wien, wird im Verfahren zur Vergabe des Auftrages zur Lieferung von Einweg-Putztüchern an die Krankenanstalten der Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund (KAV), Ausschreibungsnummer KAV-GED-A/12/2007/GBW, für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens für die Dauer von sechs Wochen, untersagt den Zuschlag zu erteilen.

Gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 ist diese Verfügung sofort vollstreckbar.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 6 Abs. 3, 11 Abs. 2, 20 Abs. 1, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 6, 25 Abs. 1, 27, 29 Abs. 2, 31 BVergG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 5, 354 BVergG 2006.

Begründung

Der Magistrat der Stadt Wien, vertreten durch die vergebende Stelle Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe des Auftrages zur Lieferung von Einweg-Putztüchern an die von ihm betreuten Krankenanstalten. Die Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften dürfte ordnungsgemäß erfolgt sein. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wonach das Zuschlagskriterium Preis mit 65 %, die acht Qualitätskriterien, die in den besonderen Angebotsbestimmungen unter Punkt 6 angeführt werden, mit zusammen 35 % gewichtet sind. Der Auftrag ist in zwei Teile geteilt, Teilangebote für die beiden Lose sind zugelassen. Das Ende der Angebotsfrist war der 4.9.2007, 10.00 Uhr, die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich fünf Unternehmen am Vergabeverfahren durch Legung von Angeboten beteiligt, darunter auch die Antragstellerin, die ein Angebot sowohl für den Teil 1 als auch für den Teil 2 gelegt hat.

Mit Schreiben vom 19.9.2007, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt, dass deren Angebot sowohl für den Teil 1 als auch für den Teil 2 gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 ausgeschieden wurde. Gleichzeitig wurde von der Antragsgegnerin mitgeteilt, dass

beabsichtigt sei, den Zuschlag sowohl für Teil 1 als auch für Teil 2 einem anderen Unternehmen erteilen zu wollen.

Gegen diese beiden Entscheidungen richtet sich der am 3.10.2007 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Ausscheidungsentscheidung, Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Zur Entscheidung, ihr Angebot auszuschneiden, bringt die Antragstellerin vor, diese sei zu Unrecht erfolgt.

Das Angebot der Antragstellerin sei deshalb ausgeschieden worden, weil das Angebot in Position C nicht ausschreibungskonform wäre. Statt der geforderten Unterverpackung zu 50 Stück sei eine Unterverpackung von bloß 35 Stück angeboten worden. Dazu bringt die Antragstellerin vor, dass das Angebot diesbezüglich dennoch ausschreibungskonform sei, weil die Antragstellerin bereits im Jahre 2005 den Auftrag zur Lieferung von Einweg-Putztüchern von der Antragsgegnerin erhalten habe und auch damals eine Unterverpackung der Tücher zu 50 Stück gefordert gewesen sei. Tatsächlich habe die Antragstellerin damals Unterverpackungen zu je 35 Stück bemustert, ohne dass dies seinerzeit zur Ausscheidung ihres Angebotes geführt hätte. Der Antragstellerin habe daher bei der gegenständlichen Ausschreibung nach der Übung des redlichen Verkehrs unzweifelhaft davon ausgehen dürfen, „dass das in der Ausschreibung aufgestellte Kriterium der Stückelung zu 50 kein Musskriterium darstellt und somit auch eine Unterverpackung zu 35 Stück als ausschreibungskonform gewertet werden würde“. Es seien keine Umstände ersichtlich, die einen faktischen Nachteil für die Auftraggeberin bei Lieferung kleinerer Unterverpackungen als zu 50 Stück zu begründen vermögen.

Bezüglich des Teiles 2 sei die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin ebenfalls zu Unrecht erfolgt. Hier führte die Antragsgegnerin aus, dass die angebotene Leistung die vorgegebene Toleranz von +/- 10 % bei der Tuchstärke überschreite. Es treffe zu, dass die Dicke des von der Antragstellerin angebotenen Stoffes die von der Ausschreibung tolerierte Tuchstärke um 0,1 mm unterschreite. Diese geringfügige Unterschreitung habe jedoch keinerlei nachweisbare, geschweige denn nachteilige Auswirkungen auf die Funktionalität des Tuches, sodass die angebotene Ware trotz formeller Nichterfüllung der Anforderung der Ausschreibung keinesfalls als nicht ausschreibungskonform angesehen werden könne. Überdies seien auf dem Markt Tücher mit der von der Auftraggeberin geforderten Eigenschaft nicht handelsüblich und kaum erhältlich. Tücher, wie in der Ausschreibung verlangt, würden ausschließlich von einem Rohwarenhersteller produziert und können nur von diesem bezogen werden. Damit sei erkennbar, dass die Leistungsbeschreibung auf Produkte dieses einen Herstellers zugeschnitten sei, wodurch Bieter, die in ständiger Vertragsverbindung mit diesem Hersteller stünden, durch die gewählte Art der Ausschreibung begünstigt werden, wo hingegen Bieter, denen die Lieferung der bestimmt angeführten Produkte nicht oder nur unter Aufwendung höherer finanzieller Mittel möglich ist, vom Wettbewerb „geradezu ausgeschlossen werden“. Tatsächlich seien sämtliche Angebote, mit Ausnahme jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, im Teil 2 der Ausschreibung mit der Begründung ausgeschieden worden, dass sie wegen Über- oder Unterschreitens der geforderten Tuchstärke nicht ausschreibungskonform wären. Damit verstoße die Leistungsbeschreibung der gegenständlichen Ausschreibung „gegen das Gebot der neutralen Ausschreibung und des Wettbewerbs sowie gegen das Diskriminierungsverbot“. Durch die rechtswidrige Ausscheidung ihres Angebotes wäre die Antragstellerin in ihrem Recht auf vergaberechtskonformer Bestbieterermittlung und in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages verletzt. Wäre die Antragstellerin nicht ausgeschieden worden, hätte sie mit ihrem Angebot zum Zuge kommen müssen.

Zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung führt die Antragstellerin aus, dass es dem für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmen an der entsprechenden Leistungsfähigkeit, insbesondere der technischen Leistungsfähigkeit, mangle. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hätte daher ausgeschieden werden müssen. In diesem Zusammenhang führt die Antragstellerin aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin bereits im Jahre 2006 einen entsprechenden Auftrag zur Lieferung von Einweg-Putztüchern erhalten habe. Die Antragstellerin, die sich seinerzeit ebenfalls an diesem Verfahren beteiligt habe, habe in der Folge der Antragsgegnerin durch Vorlage umfangreicher Proben der von der damaligen Zuschlagsempfängerin (die auch gegenständlich für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommen wurde) im Zeitraum vom Jänner 2007 bis Juli 2007 gelieferten Waren unzweifelhaft nachgewiesen, dass die erbrachten Leistungen von der in der Ausschreibung geforderten Qualität, insbesondere von den in der Ausschreibung geforderten Flächenmaßen massiv abgewichen wären. Ausgehend von den von der Antragstellerin dargestellten Unterschreitungen bei der seinerzeitigen Leistungserbringung würde sich eine Fehlmenge von rund 74.000 m² Stoff errechnen. Dieser Sachverhalt sei von der Antragstellerin auch dem Kontrollamt der Stadt Wien zur Kenntnis gebracht worden, das seinerzeit in Überprüfung der erteilten Informationen festgestellt habe, dass es zu massiven Abweichungen bei der Lieferung vom ausgeschriebenen Leistungsumfang gekommen sei, wodurch der Auftraggeberin ein erheblicher Schaden entstanden wäre. In Kenntnis dieses Umstandes beabsichtige die Antragsgegnerin nunmehr offenbar abermals den Auftrag an das seinerzeitige Lieferunternehmen zu erteilen. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre jedenfalls wegen mangelnder Leistungsfähigkeit auszuschneiden gewesen. Da diese nicht geschehen sei, habe die Antragsgegnerin gegen das „dem

Vergabeverfahren immanente Gebot des fairen Wettbewerbs und der Gleichbehandlung sowie gegen das Verbot der Diskriminierung einzelner Bieter" verstoßen, wodurch der Antragstellerin jegliche Chance auf eine Zuschlagserteilung genommen worden sei.

Sollte ihren Anträgen nicht stattgegeben werden, drohe ihr ein Schaden von mindestens EUR 113.000,-- zu entstehen (entgangener Gewinn).

Die Antragsgegnerin sei rechtzeitig von der beabsichtigten Antragstellerin verständigt worden. Die Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich sind beigebracht worden.

Zur Sicherung ihrer Rechtsposition begehrt die Antragstellerin die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Zur Begründung dazu stützt sie sich auf ihr Vorbringen zum Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung, bzw. Zuschlagsentscheidung und führt allgemein aus, dass ihre Interessen zur Wahrung ihrer subjektiven Rechte jedenfalls höher zu bewerten wären als das der Antragsgegnerin an der Weiterführung des Vergabeverfahrens.

Mit Schriftsatz vom 8.10.2007 hat die Antragsgegnerin zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung genommen und ausgeführt, dass aus ihrer Sicht kein Einwand gegen diesen Antrag bestünde.

Ausgehend von Vorbringen der Parteien sowie nach Einsicht in die von der Antragstellerin vorgelegten Urkunden hat der Vergabekontrollsenat zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erwogen:

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Lieferauftrages, nämlich zur Lieferung von Einweg-Putztüchern an die von ihr verwalteten Krankenanstalten. Die Ausschreibung ist in zwei Teile gegliedert. Nach den Ausschreibungsbedingungen soll der Zuschlag nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden. Die Antragstellerin hat fristgerecht ein Angebot auch für beide Teile der Ausschreibung abgegeben.

Die Entscheidungen der Antragsgegnerin je vom 19.9.2007 und zwar das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, wie auch die Zuschlagsentscheidung zugunsten eines anderen Bieters, sind der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen. Die am 3.10.2007 eingelangten, zulässigerweise gemeinsam gestellten (§ 20 Abs. 2 WVRG 2007) Anträge auf Nichtigerklärung sind daher rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007.

Die Anträge auf Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens sind auch zulässig, da damit gesondert anfechtbare Entscheidungen im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006 bekämpft werden.

Die Verständigung der Antragsgegnerin durch die Antragstellerin im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 ist erfolgt. Die Beibringung der Pauschalgebühren nach § 18 Abs. 2 WVRG 2007 ist nachgewiesen. Die Antragstellerin hat den ihr allenfalls drohenden Schaden bei Nichterlangung des gegenständlichen Auftrages ausreichend dargelegt. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens entspricht auch sonst den Bestimmungen der §§ 20 Abs. 1, 23 Abs. 1 WVRG 2007. Es war daher das von der Antragstellerin begehrte Nachprüfungsverfahren einzuleiten.

Für die Behandlung des gegenständlichen Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates gemäß § 11 Abs. 2 WVRG 2007 gegeben, wobei der Senat in der in § 6 Abs. 3 WVRG 2007 vorgesehenen Zusammensetzung als „Dreier-Senat“ zu entscheiden hatte. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entspricht auch grundsätzlich den Bestimmungen des § 29 Abs. 2 WVRG 2007.

Gemäß § 28 WVRG 2007 hat der Vergabekontrollsenat sobald ein Nichtigerklärungsverfahren eingeleitet ist, auf Antrag durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers oder der Antragstellerin zu beseitigen oder zu verhindern. Die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten sind bei ihrem Vorliegen durchaus geeignet, im Ergebnis die Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidungen herbeizuführen. Dazu bedarf es aber einer eingehenden Prüfung der von der Antragsgegnerin vorzulegenden Vergabeakten sowie der Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Sollten die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten, insbesondere eine rechtswidrige Festlegung der Musskriterien vorliegen, sodass ihr Angebot zu Unrecht ausgeschieden wurde, müsste die Antragstellerin im weiteren Vergabeverfahren berücksichtigt werden.

Gemäß § 31 Abs. 4 WVRG 2007 hat der Vergabekontrollsenat vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahmen für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers oder der Antragstellerin, der sonstigen Bewerber oder Bewerberinnen oder Bieter oder Bieterinnen und des Auftraggebers oder der Auftraggeberin sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Eine derartige Interessensabwägung konnte im Hinblick auf die Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 8.10.2007 entfallen, da von dieser weder zwingende öffentliche Interessen noch besondere Interessen an der raschen Fortführung des Vergabeverfahrens geltend gemacht wurden. Nach Ansicht des Vergabekontrollsenates wird es möglich sein, innerhalb der aus dem Spruch ersichtlichen Frist über den Antrag auf Nichtigerklärung zu entscheiden.

Gemäß § 31 Abs. 5 WVRG 2007 ist im Rahmen einer einstweiligen Verfügung die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme anzuordnen. Nach Ansicht des Vergabekontrollsenates reichen in diesem Zusammenhang die verfügten Maßnahmen für den im Spruch genannten Zeitraum vollkommen aus.

Nach § 31 Abs. 6 WVRG 2007 ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf dieser Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Vergabekontrollsenates über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft. Anders als in der Vorgängerbestimmung des WVRG (2003) sieht das WVRG 2007 keine starren zeitlichen Grenzen mehr vor, sondern überlässt es dem Senat, die jeweilige Dauer, abgestellt auf den Einzelfall, zu bestimmen.

Der Hinweis auf die sofortige Vollstreckbarkeit der einstweiligen Verfügung gründet sich auf § 31 Abs. 7 WVRG 2007.

Aus diesen Gründen war daher die beantragte einstweilige Verfügung wie aus dem Spruche ersichtlich zu erlassen.