

Entscheidende Behörde

Vergabekontrollsenat Wien

Entscheidungsdatum

15.01.2008

Geschäftszahl

VKS-274/08

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden Sen. Präs. des OLG Wien i.R. *** (Senat nach § 6 Abs. 3 WVRG 2007) über den Antrag der ***, vertreten durch Sundström/Partner, Rechtsanwaltsgesellschaft m.b.H. in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Friedhofsabfallentsorgung der 46 Wiener Städtischen Friedhöfe, Zl. MA 43 – 1751/2007), durch die Stadt Wien, Magis-tratsabteilung 43, Städtische Friedhöfe (Friedhöfe Wien GmbH), Werdertorgasse 6, 1010 Wien, in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

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

Der Antragsgegnerin Stadt Wien, Magistratsabteilung 43 – Städtische Friedhöfe (Friedhöfe Wien GmbH) wird im Verfahren zur Vergabe des Auftrages zur Friedhofsabfallentsorgung der 46 Wiener Städtischen Friedhöfe, Zl. MA 43 – 1751/2007, für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens für die Dauer von 6 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, 19 Abs. 2, 20 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 6, 25 Abs. 1, 28, 29 Abs. 2, 31 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006.

Begründung:

Die Stadt Wien, Magistratsabteilung 43 – Städtische Friedhöfe, seit 1.1.2008 Friedhöfe Wien GmbH, führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe des Dienstleistungsauftrages zur Sammlung und Behandlung von Friedhofsabfällen der 46 Städtischen Friedhöfe in Wien. Der geschätzte Auftragswert beträgt rund EUR 8.500.000,-- netto. Die Kundmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften ist am 6.9.2007 zu GZ 2007/S 171-210750 ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach den Kriterien Preis (80 Punkte), Abfallbehandlung (10 Punkte) und umweltgerechte Fahrzeugausstattung (10 Punkt) erteilt werden. Das Ende der Angebotsfrist war der 15.10.2007, 14.00 Uhr. Unter anderen hat sich auch die Antragstellerin durch fristgerechte Legung eines Angebotes am Vergabeverfahren beteiligt. Im Zuge der Angebotsöffnung wurde ihr Angebot als preislich an zweiter Stelle liegend verlesen.

Mit Schreiben vom 27.12.2007, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag einem anderen Unternehmer erteilen zu wollen. Der Antragstellerin wurde auch mitgeteilt, dass aufgrund der nach den Zuschlagskriterien durchgeführten Bewertung der Angebote sie mit ihrem Angebot an zweiter Stelle zu liegen kommt.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 9.1.2008 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz.

Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, das Angebot des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens wäre aus mehreren Gründen auszuschneiden gewesen. Dieses Unternehmen habe eine gesetz- und ausschreibungswidrige Entsorgung der biogenen Friedhofsabfälle angeboten, die präsumtive Zuschlagsempfängerin würde nicht über die entsprechenden anlagerechtlichen Genehmigungen verfügen. Weiters habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin aufgrund der von ihr vorgesehenen gesetz- und ausschreibungswidrigen Entsorgung von biogenen Friedhofsabfällen ein Angebot mit spekulativer Preisgestaltung gelegt. Nur so habe dieses Unternehmen ein im Vergleich zu den anderen Bietern um rund 50 bis 70 % günstigeres Angebot abgeben können. Dennoch beabsichtige die Antragsgegnerin, statt das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuschneiden, diesem Unternehmen den Zuschlag zu erteilen. Dadurch werde die Antragstellerin in ihrem subjektiven Recht auf Angebotsbewertung entsprechend den in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Ausschreibungsbestimmungen, auf Fällung einer Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragstellerin und auf Durchführung einer gesetzmäßigen und den in den verfahrensgegenständlichen Ausschreibungsunterlagen festgelegten Bestimmungen entsprechenden Angebotsprüfung und -bewertung verletzt. Da das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuschneiden wäre, müsste die Antragstellerin als an zweiter Stelle gereichte Bieterin den Zuschlag erhalten.

Sollte die Antragstellerin jedoch den Auftrag nicht erhalten, würde sie einen Schaden von rund € 756.425,17 (Entgang des Deckungsbeitrages) erleiden, wozu noch die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung kämen. Zudem würde ihr ein wichtiger Referenzauftrag verloren gehen

Zur Sicherung ihrer Rechtsposition begehrt die Antragstellerin die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. In der Begründung dazu stützt sie sich auf ihr Vorbringen zum Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Der Erlassung einer einstweiligen Verfügung stünden keine besonderen Interessen der Auftraggeberin oder der Öffentlichkeit entgegen. Die Erlassung der einstweiligen Verfügung sei unbedingt notwendig, weil die Antragstellerin nur so die Chance hätte, den Auftrag zu erhalten. Nach der ständigen Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden habe jeder öffentliche Auftraggeber überdies mit der Möglichkeit eines Nachprüfungsverfahrens, einschließlich der Verzögerung des Vergabeverfahrens durch eine einstweilige Verfügung, zu rechnen und seine Zeitplanung entsprechend auszurichten.

Die Verständigung der Antragsgegnerin sei ordnungsgemäß erfolgt, die erforderlichen Pauschalgebühren seien beigebracht worden.

Mit Schriftsatz vom 11.1.2008 hat die Antragsgegnerin zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung genommen und dessen Abweisung beantragt. Der derzeit bestehende Auftrag zur Sammlung und Behandlung der Friedhofsabfälle ende am 29.2.2008. Um einem neuen Auftragnehmer entsprechende Vorbereitungszeiten zu ermöglichen, müsse die Vergabe noch im Jänner 2008 erfolgen.

Ausgehend vom Vorbringen der Antragstellerin sowie nach Einsicht in die von ihr 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 2 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages (§ 6 BVergG 2006), nämlich zur Sammlung und Behandlung von Friedhofsabfällen der 46 Städtischen Friedhöfe in Wien. Die Antragstellerin hat fristgerecht ein Angebot abgegeben. Nach den Ergebnissen der Angebotsprüfung wurde ihr Angebot an zweiter Stelle gereiht.

Die Zuschlagsentscheidung vom 27.12.2007 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen. Der am 9.1.2008 eingelangte Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007.

Der Antrag auf Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens ist auch zulässig, da damit eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a. sub.lit. aa BVergG 2006 bekämpft wird. Die Beibringung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Die Antragstellerin hat den ihr allenfalls drohenden Schaden bei Nichterlangung des gegenständlichen Auftrages auch plausibel dargelegt (vgl. VwGH 23.5.2007, 2007/04/0010). 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 Nichtigerklärungsverfahrens eingeleitet ist, auf Antrag durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit 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 Zuschlagsentscheidung herbeizuführen. Dazu bedarf es aber einer eingehenden Prüfung der von der Antragsgegnerin vorzulegenden Vergabeakten und der Durchführung der beantragten mündliche Verhandlung.

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 sowie des Auftraggebers oder der Auftraggeberin und ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Interessensabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf deren Erlassung abzuweisen.

Vorliegend hat die Antragstellerin ihr Interesse an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausführlich dargelegt und ausgeführt, dass im Hinblick auf die ihrer Ansicht nach rechtswidrige Zuschlagsentscheidung ihrem Angebot der Zuschlag erteilt werden müsste. Im Sinne der Judikatur der Nachprüfungsbehörden wäre damit ihrem Interesse an der Erlangung des Auftrages der Vorrang gegenüber den Interessen der Auftraggeberin an der raschen Fortführung des Vergabeverfahrens einzuräumen.

Obwohl die Antragsgegnerin daraufhin hingewiesen hat, dass ein Interesse an der raschen Durchführung des Vergabeverfahrens deshalb besteht, weil der bisher geltende Vertrag mit 29.2.2008 abläuft, vermag dies für sich allein gesehen ein die Interessen der Antragstellerin an der Erlangung des Auftrages überwiegendes Interesse nicht abzugeben. Grundsätzlich hat nach ständiger Judikatur der Vergabekontrollbehörden sowie auch der Höchstgerichte jeder öffentliche Auftraggeber mit der Möglichkeit eines Nachprüfungsverfahrens einschließlich der Verzögerung des Vergabeverfahrens durch eine einstweilige Verfügung zu rechnen. Dies ist von ihm von vorn herein bei der Zeitplanung der Ausschreibung entsprechend zu berücksichtigen (vergleiche Schramm, Aicher, Fruhmann, Thienel, BVergG 2002, RZ 35f zu § 171 ua.). Nach Sichtweise des Verfassungsgerichtshofes ist auch die Sicherstellung der Auftragserteilung nach einem fairen und lauterem Wettbewerb und damit an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessensabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtsschutz als im öffentlichen Interesse gelegen zu bewerten (VFGH 25.10.2002, B1396/01 u.a.). Wesentliche Zielsetzung des primären Vergaberechtsschutzes (also des Rechtsschutzes vor Zuschlagserteilung) ist es, dem Bieter auch vor jenen Schäden zu schützen, die nicht im Wege eines späteren Schadenersatzanspruches abgedeckt werden können (vgl. VKS – 2674/04, VKS - 2130/06 uva.). Wenn daher die Antragsgegnerin die Möglichkeit eines Nachprüfungsverfahrens bei ihrer zeitlichen Planung nicht ausreichend berücksichtigt hat, kann dies selbst bei Berücksichtigung der von ihr geltend gemachten Gründe nicht zu Lasten der Antragstellerin gehen. Da der Ablauf des derzeit bestehenden Vertrages mit Ende Februar bekannt sein musste, das Ende der Angebotsfrist der 15.10.2007 war, ist nicht verständlich, warum die Zuschlagsentscheidung erst am 27.12.2007 getroffen wurde.

Der Senat ist daher bei Bewertung der Interessenslage davon ausgegangen, dass der Antragsgegnerin ein kurzfristiges Zuwarten mit der Fortsetzung des Vergabeverfahrens durchaus zugemutet werden kann, während die Antragstellerin bei Abweisung ihres Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung keine Chance mehr hätte, allenfalls den Auftrag selbst zu erhalten.

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 Senates reicht in diesem Zusammenhang die Untersagung der Zuschlagserteilung für den im Spruch genannten Zeitraum aus.

Gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Dieser Zeitraum wurde mit 6 Wochen festgelegt und wird nach Ansicht des Senates ausreichen, über die gestellten Anträge zu entscheiden.

Der Hinweis auf die sofortige Vollstreckbarkeit auf die einstweilige Verfügung gründet sich auf § 31 Abs. 7 BVergG 2007.

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