

TE Verg Bescheid 2010/10/21 VKS-10336/10

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 21.10.2010

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §13 Abs2 Z1

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §33

WVRG 2007 §35

WVRG 2007 §36 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §30 Abs2

BVergG 2006 §38 Abs2 und 3

BVergG 2006 §41 Abs2

BVergG 2006 §131

BVergG 2006 §133

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

1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 30 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 38 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 38 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 38 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 38 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 41 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 41 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 41 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 41 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 41 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 133 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden Sen. Präs. des OLG Wien i.R. *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GesmbH, ***, vertreten durch Dr. Peter Stoff, Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Feststellung von Rechtsverstößen und Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezüglich der Vergabe des Auftrages zur "Überlassung von Arbeitskräften und Erbringung von Managementdienstleistungen" durch die Antragsgegnerin, Stadt Wien - Wiener Krankenanstaltenverbund, Allgemeines Krankenhaus, Währinger Gürtel 18-20, 1090 Wien, vertreten durch schwartz und huber medek, rechtsanwälte oeg, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, festzustellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig war, wird abgewiesen.

2. 2.Ziffer 2

Der Antrag festzustellen, dass der Zuschlag im Vergabeverfahren "Überlassung von Arbeitskräften und Erbringung von Managementleistungen" (Bekanntmachungsnummer 2009/S158-230720) bis dato nicht erteilt wurde, wird zurückgewiesen.

3. 3.Ziffer 3

Der Antrag auf Feststellung, dass die Auftraggeberin nach erheblicher Überschreitung der Zuschlagsfrist und entgegen dem Ersuchen der Antragstellerin um Fortführung des Verfahrens "Überlassung von Arbeitskräften und Erbringung Managementleistungen" (Bekanntmachungsnummer 2009 /S158-230720) das Verfahren weder durch eine Widerrufserklärung oder Zuschlagserteilung beendet noch das Verfahren in angemessener Weise fortgeführt hat, wird abgewiesen.

4. 4.Ziffer 4

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen.

5. 5.Ziffer 5

Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 13 Abs. 2 Z 1, 18, 19, 33, 35, 36 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 6, 30 Abs. 2, 38 Abs. 2 und 3, 41 Abs. 2, 131, 133 BVergG 2006. Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 13, Absatz 2, Ziffer eins, 18, 19, 33, 35, 36, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 6, 30 Absatz 2, 38, Absatz 2 und 3, 41 Absatz 2, 131, 133, BVergG 2006.

Begründung:

Die Stadt Wien - Krankenanstaltenverbund, Allgemeines Krankenhaus (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) hat am 19.8.2009 den Beschaffungsvorgang ("Überlassung von Arbeitskräften und Erbringung von Managementdienstleistungen" im Amtsblatt der EU, Zl. 2009/S158-230720, bekannt gemacht. Es hat sich dabei um ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages gehandelt. Das Ende der Angebotsfrist war der 16.10.2010, 10.00 Uhr. Insgesamt haben sich acht Bieter, darunter auch die Antragstellerin, am Vergabeverfahren durch Legung von Angeboten beteiligt. In der Folge hat die Antragsgegnerin sechs Angebote ausgeschieden, sodass nur jenes der Antragstellerin und der späteren Zuschlagsempfängerin übrig geblieben sind. Mit Zuschlagsentscheidung vom 16.2.2010 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt, den Zuschlag der

anderen, im Verfahren verbliebenen Bieterin (= ***), erteilen zu wollen. Gegen diese Zuschlagsentscheidung hat die Antragstellerin am 2.3.2010 einen Nichtigerklärungsantrag eingebracht, der unter der Aktenzahl VKS-2761/10 protokolliert wurde. Diesen Nachprüfungsantrag hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 8.3.2010 ohne nähere Begründung zurückgezogen, was von der Nachprüfungsbehörde mit Bescheid vom 9.3.2010 zur Kenntnis genommen wurde. Schließlich hat die Antragsgegnerin den Auftrag am 10.6.2010 an *** erteilt, dieser Schriftsatz wurde am 23.6.2010 versendet.

Mit dem am 14.9.2010 im E-Mailwege eingelangten Schriftsatz begehrt die Antragstellerin 1. die Feststellung, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig gewesen sei, 2. der Zuschlag im genannten Vergabeverfahren "bis dato nicht erteilt wurde", 3. dass die Auftraggeberin nach erheblicher Überschreitung der Zuschlagsfrist und entgegen dem Ersuchen der Antragstellerin um Fortführung des Vergabeverfahrens das Verfahren weder durch eine Widerrufserklärung oder Zuschlagserteilung beendet noch das Verfahren in angemessener Weise fortgeführt hat. Weiters beantragt sie "im Anschluss an die Feststellungen die Zuschlagserteilung vom 10.6.2010 und damit den Vertrag der Auftraggeberin Stadt Wien - Krankenanstaltenverbund, Allgemeines Krankenhaus, Universitätskliniken und der *** GmbH für nichtig" zu erklären. Mit diesen Anträgen verbunden ist ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Kostenersatz. Im Wesentlichen begründet die Antragstellerin ihre Anträge damit, sie sei nach Einbringung ihres Nachprüfungsantrages vom 2.3.2010 von einem Mitarbeiter der Antragsgegnerin "massiv mit dem Verlust sämtlicher bestehender und zukünftiger Aufträge des Auftraggebers AKH" bedroht worden. Zu diesem Zeitpunkt habe die Antragstellerin die ausgeschriebenen Leistungen sowohl im OP-Bereich als auch im allgemeinen Bereich des AKH erbracht. Das AKH sei "einer unserer Hauptauftraggeber", der Verlust sämtlicher bestehender und zukünftiger Aufträge der Antragsgegnerin hätten massive wirtschaftliche Einbußen im Unternehmen der Antragstellerin zur Folge gehabt. Aufgrund dieser Drohungen sei die Antragstellerin gezwungen gewesen, ihren Nachprüfungsantrag zurück zu ziehen. Obwohl die Antragsgegnerin nach Zurückziehung des Nachprüfungsantrages der Antragstellerin Anfang März 2010 jederzeit die Möglichkeit gehabt hätte, den Zuschlag unmittelbar darauf zu erteilen, sei dies "bis dato unseres Wissens nach" nicht erfolgt.

Am Montag den 6.9.2010 habe der Geschäftsführer der Antragstellerin erstmals im Rahmen eines Gespräches mit der zentralen Staatsanwaltschaft zur Bekämpfung von Korruption von einer Auftragserteilung des Allgemeinen Krankenhauses an *** erfahren. Im Zuge der Akteneinsicht bei der Staatsanwaltschaft habe sich der Geschäftsführer der Antragstellerin die Kopie des Auftragschreibens vom 10.6.2010 beschafft. Eine Vielzahl von Gründen würden nun dafür sprechen, "dass es sich bei dieser Auftragserteilung vom 10.6.2010 nicht um die Zuschlagserteilung im Vergabeverfahren "Überlassung von Arbeitskräften und Erbringung von Managementleistungen" (Bekanntmachungsnummer 2009/S158-230720) ... handelt, sondern um die Auftragserteilung in einem anderen Verfahren über möglicherweise gleichartige Leistungen welches ohne vorherige Bekanntmachung erfolgt ist". Sodann stellt die Antragstellerin jene Gründe dar, die ihrer Ansicht nach für die Durchführung eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung sprechen, weil offenbar Verhandlungen über den Zeitpunkt des Leistungsbeginnes, einen Betriebsübergang und den Auftragsgegenstand stattgefunden hätten. Weiters macht sie geltend, dass die Angebotsfrist am 16.10.2010 abgelaufen sei und eine Verlängerung der Angebotsbindefrist nicht erfolgt sei. Letztlich macht sie geltend, dass eine Bewilligung der beabsichtigten Zuschlagserteilung durch den Gemeinderats- bzw. Gemeinderatsausschuss noch nicht erfolgt sei. Nach dem Statut der Antragsgegnerin sei ein derartiger Beschluss erforderlich.

Durch das Verhalten der Antragsgegnerin fühlt sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf ein rechtskonformes Vergabeverfahren, insbesondere der Wahl eines Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung und auf Beteiligung an einem solchen verletzt. Durch die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung habe die Antragsgegnerin gegen § 30 Abs. 2 BVergG 2006 sowie § 38 Abs. 2 und 3 BVergG 2006 verstoßen. Der geschätzte Auftragswert liege weit über € 100.000,--, weshalb die Wahl der Direktvergabe gegen § 41 Abs. 2 verstoßen habe. Durch das Verhalten der Antragsgegnerin fühlt sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf ein rechtskonformes Vergabeverfahren, insbesondere der Wahl eines Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung und auf Beteiligung an einem solchen verletzt. Durch die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung habe die

Antragsgegnerin gegen Paragraph 30, Absatz 2, BVergG 2006 sowie Paragraph 38, Absatz 2 und 3 BVergG 2006 verstoßen. Der geschätzte Auftragswert liege weit über € 100.000,--, weshalb die Wahl der Direktvergabe gegen Paragraph 41, Absatz 2, verstoßen habe.

Da die Antragstellerin erst am 6.9.2010 erstmals von der Auftragserteilung an *** Kenntnis erlangt habe, die Auftragserteilung mit 10.6.2010 datiert sei, sei zur Beurteilung der Rechtzeitigkeit des Feststellungsantrages § 36 Abs. 2 WVRG 2007 heranzuziehen. Die dort genannte Frist betrage sechs Monate ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag, weshalb der Feststellungsantrag rechtzeitig sei. Die Pauschalgebühren seien ordnungsgemäß entrichtet worden. Da die Antragstellerin erst am 6.9.2010 erstmals von der Auftragserteilung an *** Kenntnis erlangt habe, die Auftragserteilung mit 10.6.2010 datiert sei, sei zur Beurteilung der Rechtzeitigkeit des Feststellungsantrages Paragraph 36, Absatz 2, WVRG 2007 heranzuziehen. Die dort genannte Frist betrage sechs Monate ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag, weshalb der Feststellungsantrag rechtzeitig sei. Die Pauschalgebühren seien ordnungsgemäß entrichtet worden.

Mit Schriftsatz vom 20.9.2010 hat sich die Bieterin ***, der der Zuschlag erteilt worden ist, am Verfahren als Partei im Sinne des § 34 Abs. 1 WVRG 2007 beteiligt und gleichfalls die Abweisung der gestellten Anträge begehrt. Ihr sei mit Schreiben vom 10.6.2010 entsprechend ihrem Angebot vom 16.10.2009 im gegenständlichen Vergabeverfahren der Auftrag erteilt worden. Die Antragstellerin und die mitbeteiligte Partei hätten aufgrund der Zuschlagsentscheidung vom 16.2.2010 bereits ab Mai 2010 detaillierte Verhandlungen zu einem angedacht gewesenen Betriebsübergang durchgeführt. Die Antragstellerin, namentlich deren Geschäftsführer, habe daher bereits im Juni 2010 Kenntnis von der erfolgten Auftragserteilung gehabt. Eine Direktvergabe bzw. "ein neuer Auftrag" sei nicht erfolgt. Weder über Leistungsbeginn noch über den Preis sei verhandelt worden. Auch habe kein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung stattgefunden noch sei eine Direktvergabe erfolgt. Weiteres macht die Teilnahmberechtigte geltend, dass die Antragstellung verfristet wäre, weil die Antragstellerin schon im Juni 2010 Kenntnis von der konkreten Auftragserteilung gehabt habe. Für den Antrag festzustellen, dass ein Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren bis dato nicht erteilt wurde, fehle es an der Zuständigkeit der Nachprüfungsbehörde. Letztlich macht die Teilnahmberechtigte geltend, dass es die Antragstellerin bisher unterlassen habe, ein Ersuchen um Fortführung des Vergabeverfahrens an die Antragsgegnerin zu richten, weshalb der diesbezügliche Feststellungsantrag ebenfalls abzuweisen wäre. Mit Schriftsatz vom 20.9.2010 hat sich die Bieterin ***, der der Zuschlag erteilt worden ist, am Verfahren als Partei im Sinne des Paragraph 34, Absatz eins, WVRG 2007 beteiligt und gleichfalls die Abweisung der gestellten Anträge begehrt. Ihr sei mit Schreiben vom 10.6.2010 entsprechend ihrem Angebot vom 16.10.2009 im gegenständlichen Vergabeverfahren der Auftrag erteilt worden. Die Antragstellerin und die mitbeteiligte Partei hätten aufgrund der Zuschlagsentscheidung vom 16.2.2010 bereits ab Mai 2010 detaillierte Verhandlungen zu einem angedacht gewesenen Betriebsübergang durchgeführt. Die Antragstellerin, namentlich deren Geschäftsführer, habe daher bereits im Juni 2010 Kenntnis von der erfolgten Auftragserteilung gehabt. Eine Direktvergabe bzw. "ein neuer Auftrag" sei nicht erfolgt. Weder über Leistungsbeginn noch über den Preis sei verhandelt worden. Auch habe kein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung stattgefunden noch sei eine Direktvergabe erfolgt. Weiteres macht die Teilnahmberechtigte geltend, dass die Antragstellung verfristet wäre, weil die Antragstellerin schon im Juni 2010 Kenntnis von der konkreten Auftragserteilung gehabt habe. Für den Antrag festzustellen, dass ein Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren bis dato nicht erteilt wurde, fehle es an der Zuständigkeit der Nachprüfungsbehörde. Letztlich macht die Teilnahmberechtigte geltend, dass es die Antragstellerin bisher unterlassen habe, ein Ersuchen um Fortführung des Vergabeverfahrens an die Antragsgegnerin zu richten, weshalb der diesbezügliche Feststellungsantrag ebenfalls abzuweisen wäre.

Mit Schriftsatz vom 23.9.2010 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge beantragt und ausgeführt, entgegen der Behauptung der Antragstellerin habe sie ein "neues Vergabeverfahren" nicht abgeführt. Die Antragsgegnerin habe an *** genau das zugeschlagen, was ursprünglich ausgeschrieben worden sei. Dass sich der Leistungsbeginn verzögert habe, sei zum Teil auf den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin, zum Teil auf die Notwendigkeit zurückzuführen, einen reibungslosen Übergang des Betriebes von der bisherigen Auftragnehmerin auf die neue Auftragnehmerin sicher zu stellen. Die Behauptungen und Vermutungen der Antragstellerin würden jeglicher Grundlage entbehren.

Diesem Vorbringen sowohl der Antragsgegnerin als auch der Teilnahmberechtigten hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 7.10.2010 unter Wiederholung ihres Standpunktes und weiterer Argumentation widersprochen. Unter

einem hat die Antragstellerin Kopien von Ermittlungsakten des Bundesamtes zur Korruption, zur Prävention und Korruptionsbekämpfung vorgelegt und darauf hingewiesen, dass bei der zentralen Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Untreue und der Ausnützung einer Amtsstellung im Zusammenhang mit der Vergabe des gegenständlichen Auftrages anhängig sei.

In einer weiteren Stellungnahme vom 20.10.2010 hat die Antragsgegnerin ausgeführt, sie habe selbst Anzeige bei der zuständigen Staatsanwaltschaft erstattet und interne und externe Stellen mit der Revision des Vergabevorganges beauftragt. Die beschuldigten Mitarbeiter seien zunächst versetzt und letztlich suspendiert worden. Die Antragsgegnerin sei um eine vollständige Aufklärung und Klarstellung bemüht. Zum Vorwurf der Direktvergabe bringt die Antragsgegnerin ergänzend vor, dass weder eine Änderung des ausgeschriebenen Leistungsinhaltes noch des Leistungsverzeichnisses erfolgt wäre. Eine unzulässige Direktvergabe liege nicht vor.

Mit ihrer Stellungnahme vom 20.10.2010 hat die Antragstellerin abermals auf das

Ermittlungsverfahren bei der Korruptionsstaatsanwaltschaft hingewiesen,

entsprechende Kopien von Vernehmungsprotokollen vorgelegt und ausgeführt, die

Zuschlagsempfängerin *** würde die Ausschreibungsbedingungen nicht erfüllen

bzw. habe die "Auftraggeberin offenbar andere Konditionen mit *** vereinbart". Sie

kommt zusammenfassend zum Schluss, dass "entweder *** die

Mindestanforderungen des zugeschlagenen Auftrages ... bei weitem nicht erfüllt

und die Auftraggeberin daher von diesem Vertrag zurück treten müsste, oder aber,

dass die Auftraggeberin die Leistungsanforderungen im Vergleich zur

Ausschreibung ... stark herabgesetzt hat und schon aufgrund dieser Abänderungen

ein neuer Auftrag vorliegen muss". Abermals macht die Antragsstellerin geltend, die vorliegende Auftragserteilung hätte notwendigerweise durch den Gemeinderat bewilligt werden müssen, eine derartige Bewilligung liege nicht vor.

Im Übrigen vertritt die Antragstellerin die Ansicht, dass das Vergaberecht "sogenannte subsidiäre Feststellungsanträge" kennt, welche im Vergabenachprüfungsgesetz, so auch im WVRG 2007, nicht typisiert sind. Dennoch wäre im Sinne eines umfassenden Rechtsschutzes gemäß den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen die Zulässigkeit derartiger Feststellungsanträge anzunehmen. Da "derartige Feststellungsanträge im WVRG 2007 nicht normiert sind, sind diesbezüglich insbesondere auch die Fristbestimmungen WVRG 2007 nicht anzuwenden."

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt stellt der Vergabekontrollsenat aufgrund des Inhaltes der ihm über die Korruptionsstaatsanwaltschaft Wien zur Verfügung gestellten Vergabeakten, der Schriftsätze der im Verfahren beteiligten, die jeweils auch der anderen Seite zur Kenntnis gebracht wurden, sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 21.10.2010 folgenden weiteren entscheidungserheblichen Sachverhalt fest:

Die Antragsgegnerin hat als öffentliche Auftraggeberin in einem am 19.8.2009 die Vergabe des Vertrages zur "Überlassung von Arbeitskräften und Erbringung von Managementdienstleistungen" europaweit ordnungsgemäß bekannt gemacht. Es hat sich dabei um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich gehandelt. Das Ende der Angebotsfrist war der 16.10.2010, 10.00 Uhr. Am Vergabeverfahren hat sich unter anderem auch die Antragstellerin, die bisher die ausgeschriebenen Leistungen sowohl im OP-Bereich als auch im allgemeinen Bereich des AKH erbracht hat, beteiligt. Nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung hat die Antragstellerin das billigste Angebot gelegt. Die Zuschlagserteilung ist nach dem Bestbieterprinzip erfolgt, wobei als Zuschlagskriterien der Gesamtpreis mit 60 % und die Qualität des Managementsystems mit 40 % gewichtet waren. Nachdem sich acht Bieter am Vergabeverfahren beteiligt haben, sind nach Prüfung der Angebote nur die Angebote der Antragstellerin sowie der späteren Zuschlagsempfängerin *** übrig geblieben.

Gegenstand der Ausschreibung war die Überlassung von Arbeitskräften sowie die Erbringung von Managementleistungen. Nach dem Leistungsverzeichnis sind bis zu 1050 Arbeitskräfte zur Beschäftigung im AKH vorgesehen. Die überlassenen Arbeitskräfte sind nach Tätigkeitsprofilen gegliedert. Mit Zuschlagsentscheidung vom 16.2.2010 hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, zu beabsichtigen, den Zuschlag dem Unternehmen *** erteilen zu

wollen. Dagegen hat die Antragstellerin einen Nichtigerklärungsantrag am 2.3.2010 eingebracht, der zur Zahl VKS-2761/10 protokolliert wurde. Diesen Nichtigerklärungsantrag hat die Antragstellerin in der Folge ohne nähere Begründung zurückgezogen, worauf der Vergabekontrollsenat mit Bescheid vom 9.3.2010 die Antragsrückziehung zur Kenntnis genommen und gemäß § 19 Abs. 4 WVRG 2007 die Höhe der der Antragstellerin zurück zu erstattenden Pauschalgebühren festgesetzt hat. Gegenstand der Ausschreibung war die Überlassung von Arbeitskräften sowie die Erbringung von Managementleistungen. Nach dem Leistungsverzeichnis sind bis zu 1050 Arbeitskräfte zur Beschäftigung im AKH vorgesehen. Die überlassenen Arbeitskräfte sind nach Tätigkeitsprofilen gegliedert. Mit Zuschlagsentscheidung vom 16.2.2010 hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, zu beabsichtigen, den Zuschlag dem Unternehmen *** erteilen zu wollen. Dagegen hat die Antragstellerin einen Nichtigerklärungsantrag am 2.3.2010 eingebracht, der zur Zahl VKS-2761/10 protokolliert wurde. Diesen Nichtigerklärungsantrag hat die Antragstellerin in der Folge ohne nähere Begründung zurückgezogen, worauf der Vergabekontrollsenat mit Bescheid vom 9.3.2010 die Antragsrückziehung zur Kenntnis genommen und gemäß Paragraph 19, Absatz 4, WVRG 2007 die Höhe der der Antragstellerin zurück zu erstattenden Pauschalgebühren festgesetzt hat.

Im April 2010 haben erstmalig Gespräche zwischen der Antragstellerin und der Zuschlagsempfängerin *** "hinsichtlich der Übertragung von Arbeitsverhältnissen" von den Dienstnehmern der Antragstellerin stattgefunden. Dabei ist die Teilnahmeberechtigte "offenbar von Haus aus davon ausgegangen, dass sie das Personal" der Antragstellerin werde übernehmen können. Eine Vereinbarung bezüglich der Übernahme des Personals ist nicht zustande gekommen. Die Antragstellerin hat vielmehr mit dem Lohnzettel für Juni 2010 ein Informationsblatt ausgeteilt, in dem sie darauf hingewiesen hat, dass "**** noch keinen Auftrag habe".

Nachdem die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag zurückgezogen hat, ist die Antragsgegnerin von der Rückziehung des Nachprüfungsantrages am 9.3.2010 mit Bescheid der Nachprüfungsbehörde sowie dem Schriftsatz der Antragstellerin bezüglich der Rückziehung ihres Antrages im Faxwege verständigt worden. Obwohl die Antragsgegnerin ab diesem Zeitpunkt in der Lage gewesen wäre den Zuschlag zu erteilen, hat sie erst mit Schreiben vom 10.6.2010 *** den Auftrag erteilt, welches Schreiben am 23.6.2010 zugestellt worden ist.

Mit dem Zuschlag vom 10.6.2010 hat die Antragsgegnerin das den Ausschreibungsunterlagen entsprechende Angebot der Bieterin *** unverändert, ohne jegliche Änderung, angenommen. Es konnten weder nach dem Inhalt der Vergabeakten noch aufgrund der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 21.10.2010 festgestellt werden, dass zwischen *** und der Antragsgegnerin irgendwelche Verhandlungen, die zur Abänderung deren Angebotes geführt hätte, stattgefunden haben. Weder haben Verhandlungen über den Zeitpunkt des Leistungsbeginnes noch über den Betriebsübergang noch über eine Einschränkung des Auftragsgegenstandes stattgefunden. Auch die Bindefrist des Angebotes, auf das zugeschlagen wurde, war im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung jedenfalls nicht abgelaufen.

Zur behaupteten fehlenden Genehmigung des Vertragsabschlusses durch Gemeinderats- bzw. Gemeinderatsausschussbeschluss ist festzustellen, dass es sich beim AKH um eine Teilunternehmung des KAV handelt, dem eine "sehr große Wertgrenzenerweiterung" zusteht. Dies bedeutet, dass das AKH für die gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen die ihm vom Gemeinderat genehmigten Budgetmittel selbst freigeben kann, weil bei der Budgetmittelanforderung vom AKH ein entsprechender Entwurf vorgelegt wird, der entsprechende Unterverteilungen u.a., gegenständliche für Reinigung, enthält. Wenn der Gemeinderat oder der Gemeinderatsausschuss diese Budgetanforderungen genehmigt, gibt er gleichzeitig zu erkennen, dass er mit der Aufgliederung der Budgetanforderungen einverstanden ist. Es kann sodann das AKH im Rahmen dieser Aufgliederungen ohne weitere Genehmigungen von Gemeinderat oder Gemeinderatsausschuss Leistungen vergeben (Protokoll Seite 7).

Nicht festgestellt werden konnte, dass die Antragsgegnerin die gegenständlichen Leistungen im Wege einer Direktvergabe vergeben hat, oder ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt hat. Dass die Antragstellerin die Antragsgegnerin ersucht hätte, das Vergabeverfahren zügig fortzusetzen, konnte ebenfalls nicht festgestellt werden, zumal der Geschäftsführer der Antragstellerin selbst erklärt hat, bemüht gewesen zu sein die Auftragserteilung solange hinaus zu zögern, bis die eingeleiteten strafrechtlichen Ermittlungen abgeschlossen sind (Protokoll Seite 5 unten).

Im Zuge einer Vorsprache des Geschäftsführers der Antragstellerin bei der "Korruptionsstaatsanwaltschaft" am 6.9.2010 hat er erfahren, dass die Antragsgegnerin am 10.6.2010 den Zuschlag erteilt hat. Aus den Vergabeakten ist feststellbar dass, diese Zuschlagserteilung am 23.6.2010 im Faxwege abgefertigt worden ist. Der Antrag auf

Feststellung, verbunden mit einem Antrag auf einstweilige Verfügung, ist am 14.9.2010 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Vergabekontrollsenat vor allem aufgrund des Inhaltes der ihm über die "Korruptionsstaatsanwaltschaft Wien" zur Verfügung gestellten Vergabeakten, aus denen sich der Ablauf des Vergabeverfahrens eindeutig ergibt. Aus welchen Gründen die Antragsgegnerin erst im Juni 2010 den Zuschlag erteilt hat, konnte freilich den im Übrigen sorgfältig geführten Vergabeakten nicht entnommen werden. Insbesondere war aufgrund des Inhaltes der Vergabeakten festzustellen, dass die Antragsgegnerin weder ein Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit *** durchgeführt hat, noch die Leistungen im Wege der Direktvergabe vergeben hat. Von einem "anderen Vergabeverfahren" kann daher mangels Beweisergebnisses nicht gesprochen werden. Nach den Ausführungen des Geschäftsführers der Antragstellerin war anzunehmen, dass er bereits im April 2010 davon wusste, dass der Auftrag an *** erteilt werden wird. Zu diesem Zeitpunkt hat er mit Vertretern der neuen Auftragnehmerin Verhandlungen bezüglich des Überganges von Arbeitsverhältnissen geführt. Dass der Antragstellerin auch klar gewesen ist, dass *** den Auftrag erhalten wird, ergibt sich auch aus den Bemühungen des Geschäftsführers der Antragstellerin, die Auftragserteilung, die letztlich mit Schreiben vom 10.6.2010 erfolgt ist, möglichst lange hinauszuzögern. Sein Ziel war es, zu erreichen, dass der Auftrag erst erteilt wird, wenn die strafrechtlichen Ermittlungen abgeschlossen sind. Die Feststellungen, dass die Antragsgegnerin den Auftrag ohne vorherigen Beschluss des Gemeinderates bzw. des Gemeinderatsausschusses erteilen konnte, ergeben sich auch aus dem Statut des "Wiener Krankenhausanstaltenverbundes" sowie aus den Ausführungen des Vertreters der Antragsgegnerin, Dr. Marzi. Dessen Erklärungen wurde von der Antragstellerin nicht widersprochen, sie konnten daher auch als unbedenklich und schlüssig den Feststellungen zu Grunde gelegt werden.

An seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie hat ein offenes Verfahren zum Abschluss eines Dienstleistungsauftrages, nämlich zur "Überlassung von Arbeitskräften und Erbringung von Managementdienstleistungen" geführt. Dabei hat es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich, das ordnungsgemäß europaweit kundgemacht wurde, gehandelt. Nach den Ausschreibungsunterlagen wurden die Leistungen nach dem Bestbieterprinzip nach den Kriterien Preis (60 %) und Qualität (40 %) vergeben. Die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des Mitbewerbers ist am 16.2.2010 ergangen. Diese Zuschlagsentscheidung wurde von der Antragstellerin mit Nichtigkeitsantrag vom 2.3.2010 bekämpft. Die Antragstellerin hat diesen ihren Antrag am 8.3.2010 zurückgezogen, was seitens der Nachprüfungsbehörde mit Bescheid vom 9.3.2010 zur Kenntnis genommen worden ist. Obwohl die Zuschlagsentscheidung damit unanfechtbar geworden ist, hat die Antragsgegnerin erst am 10.6.2010 den Zuschlag erteilt, welche Erklärung der Zuschlagsempfängerin am 23.6.2010 zugekommen ist. Der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Auftragsvergabe ist am 14.9.2010 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie hat ein offenes Verfahren zum Abschluss eines Dienstleistungsauftrages, nämlich zur "Überlassung von Arbeitskräften und Erbringung von Managementdienstleistungen" geführt. Dabei hat es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich, das ordnungsgemäß europaweit kundgemacht wurde, gehandelt. Nach den Ausschreibungsunterlagen wurden die Leistungen nach dem Bestbieterprinzip nach den Kriterien Preis (60 %) und Qualität (40 %) vergeben. Die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des Mitbewerbers ist am 16.2.2010 ergangen. Diese Zuschlagsentscheidung wurde von der Antragstellerin mit Nichtigkeitsantrag vom 2.3.2010 bekämpft. Die Antragstellerin hat diesen ihren Antrag am 8.3.2010 zurückgezogen, was seitens der Nachprüfungsbehörde mit Bescheid vom 9.3.2010 zur Kenntnis genommen worden ist. Obwohl die Zuschlagsentscheidung damit unanfechtbar geworden ist, hat die Antragsgegnerin erst am 10.6.2010 den Zuschlag erteilt, welche Erklärung der Zuschlagsempfängerin am 23.6.2010 zugekommen ist. Der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Auftragsvergabe ist am 14.9.2010 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt.

Nach § 11 Abs. 3 WVRG 2007 ist der Vergabekontrollsenat nach Zuschlagserteilung u.a. zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde, zuständig. Nach Paragraph 11, Absatz 3, WVRG 2007 ist der Vergabekontrollsenat nach Zuschlagserteilung u.a. zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde, zuständig.

Nach § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2007 kann ein Unternehmer oder eine Unternehmerin, der oder die ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetz 2006 unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht die Feststellung beantragen (Z 2), dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war. Weiters kann nach § 33 Abs. 2 WVRG 2007 ein Bieter oder eine Bieterin, der oder die ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetz 2006 unterliegenden Vertrages hatte und dem oder der durch das Vorgehen des Auftraggebers oder der Auftraggeberin ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass der Auftraggeber oder die Auftraggeberin nach erheblicher Überschreitung der Zuschlagsfrist und entgegen dem Ersuchen des Bieters oder der Bieterin um Fortführung des Verfahrens das Verfahren weder durch eine Widerrufserklärung oder Zuschlagserteilung beendet noch das Verfahren in angemessener Weise fortgeführt hat. Nach Paragraph 33, Absatz eins, Ziffer 2, WVRG 2007 kann ein Unternehmer oder eine Unternehmerin, der oder die ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetz 2006 unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht die Feststellung beantragen (Ziffer 2,), dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war. Weiters kann nach Paragraph 33, Absatz 2, WVRG 2007 ein Bieter oder eine Bieterin, der oder die ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetz 2006 unterliegenden Vertrages hatte und dem oder der durch das Vorgehen des Auftraggebers oder der Auftraggeberin ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass der Auftraggeber oder die Auftraggeberin nach erheblicher Überschreitung der Zuschlagsfrist und entgegen dem Ersuchen des Bieters oder der Bieterin um Fortführung des Verfahrens das Verfahren weder durch eine Widerrufserklärung oder Zuschlagserteilung beendet noch das Verfahren in angemessener Weise fortgeführt hat.

Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagserteilung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 35 WVRG 2007. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagserteilung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 35, WVRG 2007.

Die Zuschlagsentscheidung ist am 16.2.2010 ergangen, der Vertrag ist mit Zugang der Zuschlagserteilung am 23.6.2010 zustande gekommen (§ 133 BVergG 2006). Die Antragstellerin hat von der erfolgten Zuschlagserteilung durch Akteneinsicht am 6.9.10 Kenntnis erlangt. Ihr am 14.9.10 eingelangter Antrag auf Feststellung ist daher rechtzeitig gemäß § 36 Abs. 2 Z 1 WVRG 2007.) Die Zuschlagsentscheidung ist am 16.2.2010 ergangen, der Vertrag ist mit Zugang der Zuschlagserteilung am 23.6.2010 zustande gekommen (Paragraph 133, BVergG 2006). Die Antragstellerin hat von der erfolgten Zuschlagserteilung durch Akteneinsicht am 6.9.10 Kenntnis erlangt. Ihr am 14.9.10 eingelangter Antrag auf Feststellung ist daher rechtzeitig gemäß Paragraph 36, Absatz 2, Ziffer eins, WVRG 2007.)

Im Ergebnis hat die Antragstellerin zwei Feststellungsbegehren, nämlich nach § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2007 (Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung) und § 33 Abs. 2 WVRG 2007 (nicht ordnungsgemäße Fortführung oder Beendigung des Vergabeverfahrens) gestellt. Im Ergebnis hat die Antragstellerin zwei Feststellungsbegehren, nämlich nach Paragraph 33, Absatz eins, Ziffer 2, WVRG 2007 (Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung) und Paragraph 33, Absatz 2, WVRG 2007 (nicht ordnungsgemäße Fortführung oder Beendigung des Vergabeverfahrens) gestellt.

Beide Anträge erweisen sich als nicht berechtigt.

Zum Antrag nach § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2007 Zum Antrag nach Paragraph 33, Absatz eins, Ziffer 2, WVRG 2007:

Das Verfahren hat eindeutig ergeben, dass die von der Antragstellerin behauptete Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht stattgefunden hat. Auch eine vorliegend vergaberechtlich

jedenfalls unzulässige Direktvergabe konnte nicht festgestellt werden. Der Zuschlag, der von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 10.6.2010 erteilt wurde, erfolgte aufgrund der Zuschlagsentscheidung vom 16.2.2010 und damit auf das nach Prüfung als ausschreibungskonform befundene Angebot der ***. Die von der Antragstellerin behaupteten Änderungen im Leistungsumfang bzw. in der Durchführung des Auftrages konnten nicht festgestellt werden. Damit fehlt jegliche Grundlage für die begehrte Feststellung, weshalb der diesbezügliche Antrag abzuweisen war.

Zum Feststellungsantrag nach § 33 Abs. 2 WVRG 2007 Zum Feststellungsantrag nach Paragraph 33, Absatz 2, WVRG 2007 :

Der Antrag auf Feststellung der nicht ordnungsgemäßen Fortsetzung des Vergabeverfahrens war ebenfalls abzuweisen, da ein vorangegangenes Ersuchen der Antragstellerin an die Auftraggeberin um Fortsetzung nach dem eigenen Vorbringen der Antragstellerin nicht erfolgt ist. Im Übrigen hat die Antragsgegnerin das Verfahren ohnedies zügig und rasch fortgesetzt und durch Zuschlagserteilung, wenn auch erst am 10.6.2010, beendet. Damit erweist sich auch dieses Feststellungsbegehren als unbegründet.

Die Antragstellerin begehrt weiters die Feststellung dass "der Zuschlag im Vergabeverfahren Überlassung von Arbeitskräften und Erbringung von Managementleistungen" bis dato nicht erteilt wurde". Abgesehen davon, dass diesbezüglich eine Kompetenz des Vergabekontrollsenates zu der von der Antragstellerin gewünschten Feststellung nicht gegeben ist, weshalb dieser Antrag schon aus diesem Grunde zurückzuweisen war, hat die Antragsgegnerin unstrittigerweise den Zuschlag bereits mit Schreiben vom 10.6.2010 erteilt. Es war daher auch diesem Antrag nicht Folge zu geben.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung war als unzulässig zurückzuweisen, weil nach § 11 Abs. 2 Z 1 WVRG 2007 der Senat nur bis zur Zuschlagserteilung oder Widerrufserklärung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das Bundesvergabegesetz 2006 bzw. der hierzu ergangenen Verordnungen, oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zu Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig ist. Nach Zuschlagserteilung ist eine derartige Zuständigkeit nicht mehr gegeben (§ 11 Abs. 3 und § 28 WVRG 2007). Es war daher auch der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als unzulässig zurückzuweisen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung war als unzulässig zurückzuweisen, weil nach Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer eins, WVRG 2007 der Senat nur bis zur Zuschlagserteilung oder Widerrufserklärung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das Bundesvergabegesetz 2006 bzw. der hierzu ergangenen Verordnungen, oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zu Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig ist. Nach Zuschlagserteilung ist eine derartige Zuständigkeit nicht mehr gegeben (Paragraph 11, Absatz 3 und Paragraph 28, WVRG 2007). Es war daher auch der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als unzulässig zurückzuweisen.

Aus all diesen Gründen war wie im Spruche zu entscheiden, wobei es dem Vergabekontrollsenat verwehrt war, sich mit den von der Antragstellerin sonst vorgebrachten Gründen näher auseinanderzusetzen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 genannten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, genannten Voraussetzungen liegen nicht vor.

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

Schlagworte

Feststellung der Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung; Feststellung der nicht ordnungsgemäßen Fortführung des Vergabeverfahrens; Abweisung;

Zuletzt aktualisiert am

10.03.2011

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