

TE Verg Bescheid 2007/11/22 VKS-7001/07

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.11.2007

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §13 Abs3

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19 Abs1 und 3

WVRG 2007 §20 Abs2

WVRG 2007 §22 Abs2

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 Z6

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §28 Abs1

WVRG 2007 §31 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §139 Abs1 Z4

BVergG 2006 §345

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

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 139 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
 4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
 7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Kronberger Rechtsanwälte in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe 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, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Der Antrag, die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 19.9.2007, das Angebot der Antragstellerin betreffend die Lieferung von Einweg-Putztüchern an die Krankenanstalten der Unternehmung Krankenanstaltenverbund (KAV) auszuschneiden (Ausscheidungsentscheidung), für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.
2. 2.Ziffer 2
Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 19.9.2007 betreffend die „Lieferung von Einweg-Putztüchern“, für nichtig zu erklären, wird zurückgewiesen.
3. 3.Ziffer 3
Die einstweilige Verfügung vom 9.10.2007 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
4. 4.Ziffer 4
Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 13 Abs. 3, 18, 19 Abs. 1 und 3, 20 Abs. 2, 22 Abs. 2, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 6, 25 Abs. 1, 28 Abs. 1, 31 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 2, 5, 12 Abs. 1 Z 2, 19 Abs. 1, 129 Abs. 1 Z 7, 139 Abs. 1 Z 4, 345 BVergG 2006. Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 13, Absatz 3, 18, 19, Absatz eins und 3, 20 Absatz 2, 22, Absatz 2, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 28, Absatz eins, 31, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer 2, 5, 12, Absatz eins, Ziffer 2, 19, Absatz eins, 129, Absatz eins, Ziffer 7, 139, Absatz eins, Ziffer 4, 345, 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 ihr betreuten Krankenanstalten. Die Bekanntmachung im Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften ist ordnungsgemäß erfolgt. 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, wobei der gegenständliche Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens beide Teile betrifft. Teilangebote für die beiden Lose waren 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. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde ihr Angebot betreffend das Los 1 als jenes mit dem geringsten Preis verlesen.

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 den Teil 1 als auch für Teil 2 einem anderen Unternehmen erteilen zu wollen. 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 Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 ausgeschieden wurde. Gleichzeitig wurde von der Antragsgegnerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag sowohl für den 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, Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Gegen diese beiden Entscheidungen richtet sich der am 3.10.2007 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung, Nichtigerklärung 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. Der von der Antragsgegnerin angenommene Ausscheidungsgrund, nämlich das Angebot sei in Position C nicht ausschreibungskonform, weil statt der geforderten Unterverpackung zu 50 Stk. eine Unterverpackung von bloß 35 Stk. zur Ausschreibung Teil 1 angeboten worden sei, liege nicht vor. Hierzu bringt die Antragstellerin vor, dass das Angebot diesbezüglich dennoch ausschreibungskonform wäre, 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 Stk. gefordert gewesen sei. Tatsächlich habe die Antragstellerin damals Unterverpackungen zu je 35 Stk. bemustert, ohne dass dies seinerzeit zur Ausscheidung ihres Angebotes geführt hätte. Sie habe auch in der Folge die Putztücher mit diesen Unterverpackungen geliefert. Die 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 Stk. als ausschreibungskonform gewertet werden würde“. Es seien keine Umstände ersichtlich, die einen faktischen Nachteil für die Auftraggeberin bei Lieferung kleinerer Unterverpackungen als zu 50 Stk. zu begründen vermögen. Da sie bezüglich des Teils 1 das billigste Angebot gelegt habe, wäre ihr der Zuschlag zu erteilen gewesen.

Bezüglich des Teils 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 Folgen 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 könnten 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, wohingegen Bieter, denen die Lieferung der bestimmt angeführten Produkte nicht oder nur unter Aufwendung höherer finanzieller Mitteln möglich ist, „vom Wettbewerb geradezu ausgeschlossen werden“. Tatsächlich seien sämtliche Angebote, wie die Antragstellerin erfahren habe, 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 Wettbewerbes sowie gegen das Diskriminierungsverbot“. Bezüglich des Teils 2 sei die Antragstellerin mit ihrem Angebot Billigstbieterin. Durch die rechtswidrige Ausscheidung ihres Angebotes sowohl betreffend den Teil 1 als auch den Teil 2 der Ausschreibung sei die Antragstellerin in ihrem Recht auf vergaberechtskonforme Bestbieterermittlung und 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 im Wesentlichen 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 seinerzeitigen 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, die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu verantworten wäre. 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 dennoch den Auftrag an das seinerzeitige Lieferunternehmen zu erteilen. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre jedenfalls wegen mangelnder Leistungsfähigkeit auszuschneiden gewesen. Da dies nicht geschehen sei, habe die Antragsgegnerin gegen das „dem Vergabeverfahren immanente Gebot des fairen Wettbewerbes 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 von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 9.10.2007 erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses den Parteien zugekommenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schreiben vom 11.10.2007 hat die Antragsgegnerin das Vorbringen der Antragstellerin inhaltlich bestritten und die Abweisung bzw. Zurückweisung der gestellten Anträge begehrt. Die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin sei entsprechend den Ausschreibungsbedingungen erfolgt, wonach als Mindestkriterium eine Tuchstärke von 0,9 mm mit einer Toleranzgrenze von +/- 10% verlangt war. Unzutreffend sei, dass ein Produkt in dieser Stärke gar nicht oder nur mit erheblichem wirtschaftlichem Aufwand am Markt zu beschaffen sei. Zunächst sei die Antragstellerin darauf zu verweisen, dass die Ausschreibungsunterlagen diesbezüglich von ihr nicht angefochten wurden. Im Zuge einer „Vorgängerausschreibung“ im Jahr 2004, in der ebenfalls eine Tuchstärke von 0,9 mm gefordert war, mit einer sogar geringeren Toleranzgrenze von +/- 5%, seien mehrere Produkte, die die erforderliche Mindeststärke erfüllt haben,

angeboten worden. Es habe für die Antragsgegnerin keinen Hinweis darauf gegeben, dass Tücher in dieser Stärke nicht am Markt erhältlich wären. Auch die Behauptung der Antragstellerin, ein Produkt in der geforderten Stärke sei „nur mit erheblichen wirtschaftlichen Aufwand am Markt zu beschaffen“ gehe ins Leere, da das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin lediglich um ca. 3% teurer sei als das der Antragstellerin.

Das Angebot der Antragstellerin zum Teil 1 hätte gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 ausgeschieden werden müssen, da die mit der Bemusterung vorgelegten Unterverpackungen bei der Position „1 C“ nicht wie gefordert mit 50 Stk. sondern mit 35 Stk. angeboten wurde. Überdies habe die Antragstellerin „mittels Streichung der Zahl „50“ und Abänderung in „35“ (eine) Veränderung der Ausschreibungsunterlagen“ vorgenommen. Sowohl Alternativangebote als auch Abänderungsangebote seien ausdrücklich nicht zugelassen gewesen. Es hätte daher das Angebot bezüglich des Teils 1 wegen eines nicht den Ausschreibungsbestimmungen entsprechenden Angebotes ausgeschieden werden müssen. Das Angebot der Antragstellerin zum Teil 1 hätte gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 ausgeschieden werden müssen, da die mit der Bemusterung vorgelegten Unterverpackungen bei der Position „1 C“ nicht wie gefordert mit 50 Stk. sondern mit 35 Stk. angeboten wurde. Überdies habe die Antragstellerin „mittels Streichung der Zahl „50“ und Abänderung in „35“ (eine) Veränderung der Ausschreibungsunterlagen“ vorgenommen. Sowohl Alternativangebote als auch Abänderungsangebote seien ausdrücklich nicht zugelassen gewesen. Es hätte daher das Angebot bezüglich des Teils 1 wegen eines nicht den Ausschreibungsbestimmungen entsprechenden Angebotes ausgeschieden werden müssen.

Soweit die Antragstellerin eine fehlende Eignung der für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieterin geltend mache, lägen die vorgebrachten Gründe nicht vor. Zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung sei eine ausreichende gewerberechtliche Befugnis gegeben gewesen. Auch die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit, die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie auch die technische Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei geprüft und als gegeben befunden worden.

Mit Schriftsatz vom 11.10.2007 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Partei in das Verfahren eingetreten (§ 22 Abs. 2 WVRG 2007) und hat sich inhaltlich den Ausführungen der Antragsgegnerin angeschlossen. Zunächst hat die Teilnahmeberechtigte darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin für den Teil 2 der Ausschreibung das zweitbeste Angebot gelegt habe. Sowohl ihr Angebot als das für den Teil 2 vorgereichte Angebot einer anderen Bieterin sei ausgeschieden worden, da die vorgegebene Toleranz von +/- 10 % bei der Tuchstärke überschritten wurde. Selbst wenn aber die Ausscheidungsentscheidung betreffend das Angebot der Antragstellerin zu Unrecht erfolgt wäre, würde dies in gleicher Weise auf das ihrem Angebot vorgereichte Angebot der Mitbieterin zutreffen, sodass kein Fall denkbar wäre, in dem die Antragstellerin Zuschlagsempfängerin sein könnte. Die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin sei zu Recht erfolgt, weil, wie sie selbst eingesteht, ihr Angebot weder in Teil 1 Position C noch in Teil 2 der Ausschreibungsbedingungen entspricht. Ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot sei jedoch zwingend auszuschneiden, weshalb die Antragstellerin auch nicht legitimiert wäre, die Zuschlagsentscheidung anzufechten. Der Einwand der Antragstellerin gegen die Ausscheidung ihres Angebotes betreffend Teil 1, dass die geforderte Unterverpackung der Tücher je 50 Stk. im Leistungsverzeichnis Teil 1 Position C aus ihrer Sicht nicht als Muss-Kriterium zu verstehen sei, da die Auftraggeberin bei dem im Jahre 2005 durchgeführten Verfahren bei gleichen Kriterien auch eine Unterverpackung von 35 Stk. akzeptiert hätte, sei nicht stichhältig. Aus dem Leistungsverzeichnis sei unmissverständlich zu entnehmen, dass die Unterverpackung zu 50 Stk. folienverschweißt zu erfolgen hat. Alternativ- und Abänderungsangebote seien nicht zugelassen gewesen, Toleranzgrenzen zu dieser Position seien in den Ausschreibungsbedingungen nicht enthalten. Letztlich weist die Teilnahmeberechtigte darauf hin, dass weder Festlegungen bezüglich der verlangten Unterverpackung noch die Festlegungen bezüglich der Stärke (Grammatur der Viskose) rechtzeitig bekämpft worden wären, sodass die Ausschreibungsbestimmungen selbst bei Vorliegen allfälliger Mängel unanfechtbar geworden seien und Mängel als geheilt anzusehen wären. Die von der Antragstellerin zur beruflichen Zuverlässigkeit der Teilnahmeberechtigten geltend gemachten Gründe lägen nicht vor, soweit Mängel im Zuge der Ausführung des vorangegangenen Lieferauftrages aufgetreten wären, seien diese behoben, so habe die Teilnahmeberechtigte entsprechende Vorkehrungen getroffen, dass derartige Mängel nicht mehr auftreten könnten. Mit Schriftsatz vom 11.10.2007 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Partei in das Verfahren eingetreten (Paragraph 22, Absatz 2, WVRG 2007) und hat sich inhaltlich den Ausführungen der Antragsgegnerin angeschlossen. Zunächst hat die Teilnahmeberechtigte darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin für den Teil 2 der Ausschreibung das zweitbeste

Angebot gelegt habe. Sowohl ihr Angebot als das für den Teil 2 vorgereichte Angebot einer anderen Bieterin sei ausgeschieden worden, da die vorgegebene Toleranz von +/- 10 % bei der Tuchstärke überschritten wurde. Selbst wenn aber die Ausscheidungsentscheidung betreffend das Angebot der Antragstellerin zu Unrecht erfolgt wäre, würde dies in gleicher Weise auf das ihrem Angebot vorgereichte Angebot der Mitbieterin zutreffen, sodass kein Fall denkbar wäre, in dem die Antragstellerin Zuschlagsempfängerin sein könnte. Die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin sei zu Recht erfolgt, weil, wie sie selbst eingesteht, ihr Angebot weder in Teil 1 Position C noch in Teil 2 der Ausschreibungsbedingungen entspricht. Ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot sei jedoch zwingend auszuschneiden, weshalb die Antragstellerin auch nicht legitimiert wäre, die Zuschlagsentscheidung anzufechten. Der Einwand der Antragstellerin gegen die Ausscheidung ihres Angebotes betreffend Teil 1, dass die geforderte Unterverpackung der Tücher je 50 Stk. im Leistungsverzeichnis Teil 1 Position C aus ihrer Sicht nicht als Muss-Kriterium zu verstehen sei, da die Auftraggeberin bei dem im Jahre 2005 durchgeführten Verfahren bei gleichen Kriterien auch eine Unterverpackung von 35 Stk. akzeptiert hätte, sei nicht stichhältig. Aus dem Leistungsverzeichnis sei unmissverständlich zu entnehmen, dass die Unterverpackung zu 50 Stk. folienverschweißt zu erfolgen hat. Alternativ- und Abänderungsangebote seien nicht zugelassen gewesen, Toleranzgrenzen zu dieser Position seien in den Ausschreibungsbedingungen nicht enthalten. Letztlich weist die Teilnahmeberechtigte darauf hin, dass weder Festlegungen bezüglich der verlangten Unterverpackung noch die Festlegungen bezüglich der Stärke (Grammatur der Viskose) rechtzeitig bekämpft worden wären, sodass die Ausschreibungsbestimmungen selbst bei Vorliegen allfälliger Mängel unanfechtbar geworden seien und Mängel als geheilt anzusehen wären. Die von der Antragstellerin zur beruflichen Zuverlässigkeit der Teilnahmeberechtigten geltend gemachten Gründe lägen nicht vor, soweit Mängel im Zuge der Ausführung des vorangegangenen Lieferauftrages aufgetreten wären, seien diese behoben, so habe die Teilnahmeberechtigte entsprechende Vorkehrungen getroffen, dass derartige Mängel nicht mehr auftreten könnten.

Unter Wiederholung ihres bereits bekannten Standpunktes und Darlegung weiterer Gründe zur Frage der Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit der Teilnahmeberechtigten hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 20.11.2007 Stellung genommen. Darin vertritt sie abermals die Ansicht, dass hinsichtlich der Teilnahmeberechtigten ein „Ausschlussgrund vorzuliegen scheint“. Zur nach den Ausschreibungsbedingungen festgelegten Tuchstärke äußert die Antragstellerin die Vermutung, dass die Teilnahmeberechtigte über einen geringen Bestand jener Waren verfüge, die der Leistungsbeschreibung mit der innerhalb der Toleranzbreite liegenden Tuchstärke von 0,9 mm +/- 10 % entspricht und „die geforderte Leistung offenbar aus diesem Bestand bemusterte, ihr aber bereits zum Zeitpunkt der Angebotslegung bekannt war, dass sie nicht in der Lage sein würde, die Ware in der angebotenen und bemusterten Stärke zu liefern“.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen als unstrittig anzusehenden Sachverhalt trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten sowie der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme übermittelt wurden und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 22.11.2007 folgende weitere entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin hat als öffentliche Auftraggeberin europaweit (Bekanntmachung im Amtsblatt der EU vom 24.7.2007, Zl. 2007/S140-173466) sowie im Amtsblatt der Stadt Wien Nr. 30 vom 26.7.2007 den Auftrag zur Lieferung von Einweg-Putztüchern, geteilt in 2 Lose, ordnungsgemäß ausgeschrieben. Es handelt sich um die Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwelkenbereich. 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. Das Ende der Angebotsfrist war der 4.9.2007, 10.00 Uhr, die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich 5 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.

Die für das Nachprüfungsverfahren maßgeblichen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen lauten wie folgt:

Bereits in der europaweit erfolgten Bekanntmachung des Lieferauftrages wird unter Punkt III.2.3 zur Technischen Leistungsfähigkeit ausgeführt: Bereits in der europaweit erfolgten Bekanntmachung des Lieferauftrages wird unter Punkt römisch drei.2.3 zur Technischen Leistungsfähigkeit ausgeführt:

„Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen:

1. 1.) eins,

Muster der zu liefernden Erzeugnisse

2. 2.)2,

Bescheinigungen, die von zuständigen Instituten ausgestellt wurden, mit denen bestätigt wird, dass die durch entsprechende Bezugnahmen genau bezeichneten Waren bestimmten Spezifikationen entsprechen.

Möglicherweise geforderte Mindeststandards: ad 1) je angebotener Position bzw. Teil ein Originalkarton (siehe Punkt 13 der Besonderen Angebotsbestimmungen) ad 2) je angebotenem Teil ein Gutachten einer autorisierten und unabhängigen Prüfanstalt (siehe Punkt 9 der Besonderen Angebotsbestimmungen)."

Im Leistungsverzeichnis wird das in Teil 2 anzubietende Putztuch wie folgt beschrieben:

Einweg-Putztuch

Lochtuch 30 x 40 cm

Bedarf: ca. 3,382.000 Stück

Format: 30 x 40 cm (+/- 10 %)

Material: Viskose

Farbe: weiß

Anforderung: Gute Saugfähigkeit, sehr hohe Reißfestigkeit

Flächenmasse: 50 – 100 g/m²

Dicke (Tuchstärke): 0,9 mm (Toleranz +/- 10%)

Unterverpackung: zu 50 Stück folienverschweißt

Lösungsmittelbeständigkeit: Alkohol- u. Formaldehydbeständig

Die Festlegung zur Unterverpackung gilt für die Positionen A bis C im Teil 1 sowie für den Teil 2.

Punkt 10 der Besonderen Angebotsbestimmungen legt fest:

„Von den drei Positionen sind je eine Verpackungseinheit an die ausschreibende Stelle (Forum Einkauf) zu übermitteln. Die Bemusterung ist ein Bestandteil des Angebotes und dient zur Prüfung der vorgelegten Produktspezifikationen."

In den Besonderen Vertragsbestimmungen wird unter Punkt 5 – Verpackung festgelegt:

„Die Überverpackung ist auf der Außenseite deutlich in deutscher Sprache zu beschriften (Lieferant, Artikelnummer, Produktbezeichnung, Größe, Stückzahl der Unterverpackung und Gesamtstückzahl).

Auf der Unterverpackung ist deutlich in deutscher Sprache der Lieferant, Artikelnummer, Produktbezeichnung, Größe und Stückzahl anzugeben."

Die Besonderen Angebotsbestimmungen enthalten folgende Festlegungen:

1. „4.Ziffer 4

VERPACKUNG

Verpackungsmaterial, das PVC, andere halogenhaltige Kunststoffe oder halogenierte Kohlenwasserstoffe enthält, darf nicht verwendet werden (siehe auch Beilage 13.11).

Die Verpackung ist auf der Außenseite deutlich in deutscher Sprache zu beschriften (Lieferant, Artikelnummer, Produktbezeichnung, Größe, Stückzahl der Unterverpackung und Gesamtstückzahl).

Auf der Unterverpackung ist deutlich in deutscher Sprache der Lieferant, Artikelnummer, Produktbezeichnung, Größe und Stückzahl anzugeben.

Der Bieter hat durch Angabe einer Entsorgungs-Lizenznummer (z.B. ARA) und/oder der Service-Lizenznummer rechtsverbindlich zu bestätigen, dass sein Verpackungsmaterial entsprechend der derzeit geltenden Verpackungsverordnung entsorgt wird:

1. 6.Ziffer 6

ZUSCHLAGSKRITERIEN

Die Zuschlagskriterien lauten: 65 % Preis, 5 % für Wasseraufnahmevermögen, je 2,5 % für Sauggeschwindigkeiten (10, 30, 60 und 300 sec.) jeweils längs und quer, Nassreißfestigkeit längs und quer und Trockenreißfestigkeit längs und quer.

1. 7.Ziffer 7

BEWERTUNG DER ZUSCHLAGSKRITERIEN

Die Bewertung des Preises wird folgenderweise vorgenommen: Der jeweilige Billigstbieter erhält eine maximale Punktezahl von 65. Jeder andere Bieter erhält 65 Punkte minus so vielen Punkten, um wie viel sein Angebotspreis im Verhältnis zum Angebotspreis des Bieters mit den niedrigsten Gesamtpreis prozentuell höher ist. Sowohl die Prozente als auch die Punkte werden auf zwei Nachkommastellen gerundet.

Rechnerisches Beispiel (siehe auch Seite 7/8 der Bes. Angebotsbestimmungen):

Niedrigster Gesamtpreis € 142.000,--

Gesamtpreis des Bieters A € 144.000,--

das bedeutet einen Mehrpreis von $(144.000 - 142.000) * 100 / 142.000$

= 1,408451 % gerundet somit 1,41 %

was einen Punkteabzug von $1,41 * 65 \text{ Punkte} = 0,92 \text{ Punkte}$

und damit erzielte Punkte im Ausmaß von

65 Punkte minus 0,92 Punkte = 64,08 Punkte ergibt.

Die restlichen Kriterien werden wie folgt bewertet: Der jeweilige höchste Wert eines Kriteriums erhält die maximale Punkteanzahl laut Zuschlagskriterien gemäß Punkt 6 (5 bzw. 2,5 Punkte); die Nächstgereihten erhalten aliquote Punkteabzüge, und zwar im Verhältnis zum höchsten Wert des jeweiligen Zuschlagskriteriums. Sowohl die Prozente als auch die Punkte werden auf zwei Nachkommastellen kaufmännisch gerundet.

Rechnerisches Beispiel (siehe auch Seite 7/8 der Bes. Angebotsbestimmungen):

Höchster Wert bei Wasseraufnahmevermögen 900

Wert des Bieters A 840

Dies bedeutet eine Differenz von $(900 - 840) * 100 / 900$

= 6,666667 % gerundet somit die 6,67 %

was einen Punkteabzug von $6,67 \% * 5 \text{ Punkte} = 0,33 \text{ Punkte}$

und damit erzielte Punkte im Ausmaß von

5 Punkte minus 0,33 Punkte = 4,67 Punkte ergibt.

1. 9.Ziffer 9

GUTACHTEN

Es ist ein Gutachten einer autorisierten und unabhängigen Prüfanstalt vorzulegen.

Nachstehende Kriterien (1 bis 7) müssen in diesem Gutachten enthalten sein:

1. 1.Ziffer eins

Qualitative Faseranalyse und technologische Einreihung

1. 2.Ziffer 2

Flächenmasse in g/m² (Bestimmung der flächenbezogenen Masse von Vliesstoffen nach ÖNORM EN 29073-1)

1. 3.Ziffer 3

Dicke (Tuchstärke) in mm (Bestimmung der Dicke von Vliesstoffen nach ÖNORM EN ISO 9073-2)

1. 4.Ziffer 4

Wasseraufnahmevermögen in % (Bestimmung des Wasseraufnahmevermögens nach DIN 52923)

1. 5.Ziffer 5

Sauggeschwindigkeit bzw. Steighöhe nach 10, 30, 60 und 300 sec. in mm (Prüfung nach dem Steighöhenverfahren in Anlehnung an DIN 53924)

1. 6.Ziffer 6

Höchstzugkraft Trocken und Nass in Längs- und Querrichtung (Streifenzugversuch nach EN 29073 am Zugprüfgerät Zwick 1434)

1. 7.Ziffer 7

Lösungsmittelbeständigkeit (Alkohol- und Formaldehydbeständigkeit gemäß TL 7920/15-2 (10.92) Pkt. 2-8)

In diesem Zusammenhang wird darauf hingewiesen, dass u.a. die Punkte 4, 5 und 6 für die Bewertung der Zuschlagskriterien herangezogen werden (siehe auch Besondere Angebotsbestimmungen Punkt 6).

Das Gutachten ist ein Bestandteil des Angebotes und muss zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung im Geschäftsbereich Wirtschaft vorliegen! Das Gutachten darf nicht älter als sechs Monate sein (zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung)! Das Fehlen des Gutachtens zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung führt zum Ausscheiden des Angebotes.

1. 13.Ziffer 13

MUSTERLEGUNG

von dem angebotenen Produkt ist je ein Originalkarton an die ausschreibende Dienststelle (Geschäftsbereich Wirtschaft) zu übermitteln. Die Bemusterung ist ein Bestandteil des Angebotes, dient zur Prüfung der vorgegebenen Produktspezifikationen und muss zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung im Geschäftsbereich Wirtschaft vorliegen. Das Fehlen der Bemusterung zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung führt zum Ausscheiden des Angebotes."

Als Ergebnis der Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin bezüglich des Teiles 1 preislich an fünfter Stelle, hinsichtlich des Teiles 2 an zweiter Stelle gereiht.

Die Angebote wurden in der Folge von der Antragsgegnerin bewertet und diese Prüfschritte nach dem Inhalt der Vergabeakten eingehend und nachvollziehbar dokumentiert.

Die Antragstellerin hat mit ihrem Angebot sowohl das nach den Besonderen Angebotsbestimmungen (Punkt 9) verlangte Gutachten als auch Musterkartons (Punkt 13 der Besonderen Angebotsbestimmungen) abgegeben.

In der Niederschrift vom 7.9.2007 zur fachlichen Angebotsprüfung hat die Antragsgegnerin zum Angebot der Antragstellerin festgehalten:

„Angebot-Nr.: 5

Firma: ***

Die Firma *** legt über alle vier geforderten Positionen einen Originalkarton als vorgegebene Verpackungseinheit.

Alle vier Originalkartons weisen außen auf der Verpackung die Gesamtstückanzahl der Einweg-Putztücher, den Lieferanten, Artikelnummer, Produktbezeichnung und die Stückanzahl der Unterverpackungen auf.

Beim Teil 1 (Positionen A, B und C) wird das vorgegebene Format und die Farbe der Tücher (weiß) von der Firma *** eingehalten.

Die vorgegebenen Unterverpackungseinheiten zu 50 Stück wurden vom Bieter nur in den Positionen A und B erfüllt.

Bei der Position C legt die Firma *** eine Unterverpackungseinheit von nur 35 Stück. Demnach ist der Bieter aus dem Teil 1 auszuscheiden, da dieser Teil im Gesamten vergeben wird.

Beim Teil 2 wird das vorgegebene Format von 30 x 40 cm und die Farbe der Tücher (weiß) vom Bieter erfüllt.

Die Unterverpackungseinheiten sind zu 50 Stück folienverschweißt."

In der Niederschrift zur formellen Angebotsprüfung vom 13.9.2007 hat die Antragsgegnerin zum Angebot der Antragstellerin unter anderem festgehalten:

„Angebot-Nr.: 5

Firma: ***

Bei den gelieferten Musterkartons ist aufgefallen, dass bei Position 1C die Unterverpackung mit 35 Stk. von den geforderten 50 Stk. abweicht.

Bei Teil 2 ist aufgefallen, dass die maximale Abweichung (Toleranz +/- 10%) vom vorgegebenen Wert für die Tuchstärke deutlich überschritten wird.

Das Angebot der FA. *** musste daher sowohl für Teil 1 als auch für Teil 2 ausgeschieden werden."

Zum Angebot der Antragstellerin ist festzustellen, dass sie im Leistungsverzeichnis betreffend die Einweg- Putztücher normal 60 mal 40 cm Teil 1, Position C, die Anzahl der Unterverpackungen á 50 Stück pro Karton auf „à 35 Stück pro Karton" abgeändert hat.

Einer ebenso eingehenden wie nachvollziehbaren Überprüfung wurde auch das Angebot der Teilnahmeberechtigten unterzogen. Dabei wurden weder in technischer noch in formeller Hinsicht Mängel festgestellt, was ebenfalls von der Antragsgegnerin nachvollziehbar und gründlich dokumentiert wurde.

Am 19.9.2007 hat die Antragsgegnerin ihre Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden sowie die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Teilnahmeberechtigten bekannt gegeben. Dieses Schreiben lautet auszugsweise wie folgt:

„Zuschlagsentscheidung bzw. Ausscheiden Ihres Angebotes

Sehr geehrter Herr ***!

Der Geschäftsbereich Wirtschaft der Generaldirektion der Unternehmung Wiener Krankenanstaltverbund bedankt sich für die Teilnahme an der o.a. Ausschreibung, bedauert aber Ihnen hiermit mitteilen zu müssen, dass Ihr Angebot für die Teile 1 und 2 gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 ausgeschieden werden muss, da bei Teil 1 die Unterverpackung bei Position „1C" nicht wie gefordert mit 50 Stk. sondern mit 35 Stk. angeboten und bemustert wurde und bei Teil 2 die vorgegebene Toleranz von +/- 10 % bei der Dicke des Tuches lt. Gutachten überschritten wird. Der Geschäftsbereich Wirtschaft der Generaldirektion der Unternehmung Wiener Krankenanstaltverbund bedankt sich für die Teilnahme an der o.a. Ausschreibung, bedauert aber Ihnen hiermit mitteilen zu müssen, dass Ihr Angebot für die Teile 1 und 2 gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 ausgeschieden werden muss, da bei Teil 1 die Unterverpackung bei Position „1C" nicht wie gefordert mit 50 Stk. sondern mit 35 Stk. angeboten und bemustert wurde und bei Teil 2 die vorgegebene Toleranz von +/- 10 % bei der Dicke des Tuches lt. Gutachten überschritten wird.

Für die Lieferung der Einweg-Putztücher des Teiles 1 als auch des Teiles 2 möchten wir Ihnen lt. § 131 BVergG 2006 mitteilen, dass es vorgesehen ist, die Lieferung an den Bieter *** GmbH, *** zu vergeben. „Für die Lieferung der Einweg-Putztücher des Teiles 1 als auch des Teiles 2 möchten wir Ihnen lt. Paragraph 131, BVergG 2006 mitteilen, dass es vorgesehen ist, die Lieferung an den Bieter *** GmbH, *** zu vergeben. „

Diese Entscheidungen sind der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen.

Nach den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 22.11.2007 gibt es in Europa fünf Rohwarenhersteller, die die verlangte Viskose erzeugen. Davon gibt es drei, die Tücher in der verlangten Qualität des Teiles 2 der Ausschreibung liefern können. Dies deckt sich auch mit den Ergebnissen des die gleiche Ausschreibung betreffenden Verfahrens VKS – 6999/07. Die Ausschreibungsbestimmungen wurden von der Antragstellerin nicht angefochten.

Gegen die Ausscheidung ihres Angebotes sowie gegen die Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 3.10.2007 eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist nachgewiesen, die Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich sind entrichtet worden.

Diese Feststellungen gründen sich vor allem auf den Inhalt der gründlich und übersichtlich geführten Vergabeakten, in denen die Prüfung der Angebote eingehend und nachvollziehbar dokumentiert wurde, sowie auf das Vorbringen der Parteien, insbesondere der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 22.10.2007. Danach war als erwiesen anzunehmen, dass nach dem von der Antragstellerin selbst vorgelegten Gutachten die von ihr in Teil 2 angebotenen Putztücher nicht den verlangten Kriterien entsprechen, insbesondere nicht die darin festgelegte Tuchstärke von 0,9mm (mit einer Toleranz von +/- 10%) erreichen. Dazu hat die Antragstellerin selbst vorgebracht, dass ihr die Problematik der Dicke der ausgeschriebenen Putztücher bewusst gewesen sei. Im Hinblick auf die Kosten einer Anfechtung der Ausschreibungsbedingungen hätte die Antragstellerin jedoch davon Abstand genommen, eine

Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen sei jedenfalls nicht vorgenommen worden (Protokoll vom 22.11.2007). Eine derartige Anfechtung seitens der Antragstellerin wäre umso mehr zu erwarten gewesen, als sie selbst vorgebracht hat, dass es ihrer Ansicht nach nur mehr ein einziges Unternehmen gibt, das Putztücher in der verlangten Stärke herstellen konnte, dazu aber „jetzt nicht mehr“ in der Lage sei. In diesem Zusammenhang hat die Antragstellerin auch die Vermutung veräußert, dass die Teilnahmeberechtigte die von ihr vorgelegten Mustertücher aus alten Beständen oder von einer alten Rolle genommen hat, um die Ausschreibungsbedingungen zu erfüllen. Gerade in einer derartigen Situation scheint es wenig verständlich, dass die Antragstellerin die diesbezüglichen Festlegungen in den Ausschreibungsbedingungen nicht angefochten hat. Dass die Antragstellerin entgegen den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen zum Teil 1 Position C der Ausschreibung Kartons vorgelegt hat, die nicht die verlangte Unterverpackung von je 50 Stück Putztüchern enthalten haben, ist unstrittig. Ebenso war nach dem Angebot der Antragstellerin festzustellen, dass sie die im Leistungsverzeichnis diesbezüglich vorgesehene Unterverpackung á 50 Stück auf á 35 Stück abgeändert hat. Zu der von ihr dazu gegebenen Erklärung wird im Rahmen der rechtlichen Beurteilung Stellung zu nehmen sein.

In 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 2 BVergG 2006. Die Vergabe der gegenständlichen Leistungen als Lieferauftrag im Sinne des § 5 BVergG 2006 wurden ordnungsgemäß bekannt gemacht. Es handelt sich um die Vergabe eines Auftrages im Oberschwellenbereich (§ 12 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006). Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Die Vergabe der gegenständlichen Leistungen als Lieferauftrag im Sinne des Paragraph 5, BVergG 2006 wurden ordnungsgemäß bekannt gemacht. Es handelt sich um die Vergabe eines Auftrages im Oberschwellenbereich (Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006). Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 28 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines den Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidung ihres Angebotes als auch der Zuschlagsentscheidung und den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die Antragstellung zur Nichtigerklärung sowohl der Ausscheidungsentscheidung als auch der Zuschlagsentscheidung konnte gemäß § 20 Abs. 2 WVRG 2007 in einem Schriftsatz erfolgen. Gemäß Paragraph 28, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines den Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidung ihres Angebotes als auch der Zuschlagsentscheidung und den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die Antragstellung zur Nichtigerklärung sowohl der Ausscheidungsentscheidung als auch der Zuschlagsentscheidung konnte gemäß Paragraph 20, Absatz 2, WVRG 2007 in einem Schriftsatz erfolgen.

Da die angefochtenen Entscheidungen der Antragstellerin am 19.9.2007 zugegangen sind, ist der am 3.10.2007

eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007. Da die angefochtenen Entscheidungen der Antragstellerin am 19.9.2007 zugegangen sind, ist der am 3.10.2007 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007.

Der Antrag ist im Ergebnis aber nicht berechtigt.

Vorweg war zu prüfen, ob mit der Entscheidung vom 19.9.2007 das Angebot der Antragstellerin bezüglich beider Teile zu Recht ausgeschieden worden ist oder nicht. Das Verfahren hat dazu ergeben, dass die Antragstellerin zu Teil 2 Einweg-Putztücher angeboten hat, die nach dem von ihr selbst gelegten Gutachten die erforderliche Tuchstärke von 0,9 mm (Toleranz +/- 10 %) nicht aufgewiesen haben. Dazu hat die Antragstellerin vorgebracht, ihr sei die Problematik bewusst gewesen, dass die von ihr angebotenen Putztücher die geforderten Anforderungen nicht erfüllen. In ihrem Nachprüfungsantrag hat sie deshalb vorgebracht, „dass auf dem Markt Tücher mit der geforderten Eigenschaft nicht handelsüblich und kaum erhältlich wären.“ Dies sei auch durch die Ausscheidung der Angebote der weiteren Bieter belegt, wonach kein Bieter mit Ausnahme der Teilnahmerechtigten, Putztücher in der verlangten Stärke angeboten hätte. Daraus leitet die Antragstellerin ab, durch die Wahl dieses „Muskriteriums“ liege ein elementarer Vergaberechtsverstoß vor, weshalb im Ergebnis die Ausschreibung zumindest in Bezug auf den Teil 2 zu widerrufen wäre.

Das Verfahren hat ergeben, dass die Antragstellerin – wie von ihr auch selbst vorgebracht – die diesbezüglichen Festlegungen in der Ausschreibung nicht innerhalb der Frist des § 24 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 angefochten hat. Das Verfahren hat weiters ergeben, dass mehrere Erzeuger von Viskose für die in der Ausschreibung verlangten Tuchstärke am Markt vorhanden sind. Dass auch mit der Beschaffung einer Viskose in der verlangten Stärke kein unverhältnismäßig hoher Aufwand verbunden ist, ergibt sich bereits daraus, dass die Preise der von der Teilnahmerechtigten angebotenen Putztücher unwesentlich teurer sind als jene, die von der Antragstellerin angeboten wurden. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass es sich bei dem Kriterium der Tuchstärke um eine vergaberechtswidrige Festlegung handelt, wäre mangels rechtzeitiger Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen für die Antragstellerin nichts gewonnen. Die von der Antragstellerin zur nicht rechtzeitigen Anfechtung der Ausschreibung vorgebrachten Gründe waren nicht zu berücksichtigen. Von einem am Geschäftsleben teilnehmenden Bieter ist unter Bedachtnahme auf die Sorgfaltspflicht des ordentlichen Kaufmannes zu erwarten, dass er rechtzeitig jene Bestimmungen der Ausschreibung anfechtet, die ihm an der Legung eines erfolversprechenden Angebotes hindern. Allfällige Mängel der Ausschreibung, womit mangels Differenzierung nicht nur grundlegende Ausschreibungsmängel (Wurzelmängel), sondern auch fundamentale Rechtswidrigkeiten erfasst sind, die das gesamte Verfahren (das heißt alle gesondert anfechtbaren nachfolgenden Entscheidungen) mit Gemeinschaftsrechtswidrigkeit belasten, die nicht innerhalb der Anfechtungsfristen angefochten werden, sind als unanfechtbar und damit als geheilt anzusehen. Dieser Standpunkt, der sowohl vom angerufenen Senat als auch vom Verwaltungsgerichtshof mehrfach vertreten wurde, entspricht grundsätzlich auch gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben (vgl. VWGH vom 27.6.2007, 2005/04/0234, VKS-2581/05 ua.). Das Verfahren hat ergeben, dass die Antragstellerin – wie von ihr auch selbst vorgebracht – die diesbezüglichen Festlegungen in der Ausschreibung nicht innerhalb der Frist des Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 angefochten hat. Das Verfahren hat weiters ergeben, dass mehrere Erzeuger von Viskose für die in der Ausschreibung verlangten Tuchstärke am Markt vorhanden sind. Dass auch mit der Beschaffung einer Viskose in der verlangten Stärke kein unverhältnismäßig hoher Aufwand verbunden ist, ergibt sich bereits daraus, dass die Preise der von der Teilnahmerechtigten angebotenen Putztücher unwesentlich teurer sind als jene, die von der Antragstellerin angeboten wurden. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass es sich bei dem Kriterium der Tuchstärke um eine vergaberechtswidrige Festlegung handelt, wäre mangels rechtzeitiger Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen für die Antragstellerin nichts gewonnen. Die von der Antragstellerin zur nicht rechtzeitigen Anfechtung der Ausschreibung vorgebrachten Gründe waren nicht zu berücksichtigen. Von einem am Geschäftsleben teilnehmenden Bieter ist unter Bedachtnahme auf die Sorgfaltspflicht des ordentlichen Kaufmannes zu erwarten, dass er rechtzeitig jene Bestimmungen der Ausschreibung anfechtet, die ihm an der Legung eines erfolversprechenden Angebotes hindern. Allfällige Mängel der Ausschreibung, womit mangels Differenzierung nicht nur grundlegende Ausschreibungsmängel (Wurzelmängel), sondern auch fundamentale Rechtswidrigkeiten erfasst sind, die das gesamte Verfahren (das heißt alle gesondert anfechtbaren nachfolgenden Entscheidungen) mit Gemeinschaftsrechtswidrigkeit belasten, die nicht innerhalb der Anfechtungsfristen angefochten werden, sind als unanfechtbar und damit als geheilt anzusehen. Dieser

Standpunkt, der sowohl vom angerufenen Senat als auch vom Verwaltungsgerichtshof mehrfach vertreten wurde, entspricht grundsätzlich auch gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben vergleiche VWGH vom 27.6.2007, 2005/04/0234, VKS-2581/05 ua.).

Weiters hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin auch im Hinblick auf die nicht entsprechende Bemusterung des Teiles 1 zu Recht erfolgt ist. Nach Punkt 13 der Besonderen Angebotsbestimmungen war jeder Bieter verpflichtet, je einen Originalkarton mit der festgelegten Unterverpackung vorzulegen. Ausdrücklich wird in Punkt 13 der Besonderen Angebotsbestimmungen dazu festgehalten, dass das Fehlen der Bemusterung zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung zum Ausscheiden des Angebotes führt. Auch diesem Verlangen hat die Antragstellerin bezüglich der Festlegung im Teil 1, Pos. C, nicht entsprochen.

Soweit in diesem Zusammenhang die Antragstellerin den Standpunkt vertritt, die Antragsgegnerin hätte in der vorangegangenen Ausschreibung diesen Mangel der Unterverpackung nicht ausgegriffen, ist für sie nichts gewonnen. Es mag sein, dass das seinerzeitige Angebot der Antragstellerin in diesem Punkt den Festlegungen der Ausschreibung aus dem Jahre 2005 widersprochen hat. Dies kann jedoch nicht dazu führen, dass sie diesen, allenfalls der Antragsgegnerin unterlaufenen Fehler, dahingehend auslegt, die Antragsgegnerin wäre bei der gegenständlichen Ausschreibung mit einer Unterverpackung von 35 Stück einverstanden gewesen. Dazu kommt, dass die Antragstellerin in diesem Punkt Ausschreibungsbedingungen geändert hat, obwohl nach den Ausschreibungsbedingungen weder Alternativ- noch Änderungsangebote zulässig waren. Es liegt daher ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot vor, bei dessen Beachtung die Antragsgegnerin gegen den tragenden Grundsatz des § 19 Abs. 1 BVergG 2006, die Angebote der Bieter gleich zu behandeln, verstoßen hätte. Die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin bezüglich des Teiles 1 und 2, erweist sich damit als vergaberechtlich unbedenklich. Soweit in diesem Zusammenhang die Antragstellerin den Standpunkt vertritt, die Antragsgegnerin hätte in der vorangegangenen Ausschreibung diesen Mangel der Unterverpackung nicht ausgegriffen, ist für sie nichts gewonnen. Es mag sein, dass das seinerzeitige Angebot der Antragstellerin in diesem Punkt den Festlegungen der Ausschreibung aus dem Jahre 2005 widersprochen hat. Dies kann jedoch nicht dazu führen, dass sie diesen, allenfalls der Antragsgegnerin unterlaufenen Fehler, dahingehend auslegt, die Antragsgegnerin wäre bei der gegenständlichen Ausschreibung mit einer Unterverpackung von 35 Stück einverstanden gewesen. Dazu kommt, dass die Antragstellerin in diesem Punkt Ausschreibungsbedingungen geändert hat, obwohl nach den Ausschreibungsbedingungen weder Alternativ- noch Änderungsangebote zulässig waren. Es liegt daher ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot vor, bei dessen Beachtung die Antragsgegnerin gegen den tragenden Grundsatz des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006, die Angebote der Bieter gleich zu behandeln, verstoßen hätte. Die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin bezüglich des Teiles 1 und 2, erweist sich damit als vergaberechtlich unbedenklich.

Da das Angebot der Antragstellerin nicht den Ausschreibungsbestimmungen entsprochen hat, wurde es zutreffend nach § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 von der Antragsgegnerin ausgeschieden. Jede andere Entscheidung der Antragsgegnerin hätte gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des § 19 Abs. 1 BVergG 2006 verstoßen. Da somit die von der Antragstellerin behaupteten Vergaberechtswidrigkeiten bezüglich der Ausscheidung ihres Angebotes nicht vorliegen, war der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung abzuweisen. Da das Angebot der Antragstellerin nicht den Ausschreibungsbestimmungen entsprochen hat, wurde es zutreffend nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 von der Antragsgegnerin ausgeschieden. Jede andere Entscheidung der Antragsgegnerin hätte gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 verstoßen. Da somit die von der Antragstellerin behaupteten Vergaberechtswidrigkeiten bezüglich der Ausscheidung ihres Angebotes nicht vorliegen, war der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung abzuweisen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH vom 28.3.2007, 2005/04/0200; VwGH vom 23.5.2007, 2005/04/0214 ua.) ist der nicht ausschreibungskonform agierende Bieter nicht schützenswert und kann daher nicht geltend machen, dass auch andere bzw. alle anderen Bieter auszuschneiden gewesen wären. Da das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden worden ist, fehlt es ihr im Sinne dieser Judikatur an der Legitimation zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung. Selbst im Falle der Stattgebung eines derartigen Antrages hätte die Antragstellerin keine Möglichkeit, selbst den Auftrag zu erhalten, da ihr Angebot zu Recht ausgeschieden worden ist. Die Antragslegitimation der Antragstellerin ergibt sich auch nicht daraus, dass ihrer Ansicht nach die Ausschreibung nach § 139 Abs. 1 Z 4 BVergG 2006 zu widerrufen gewesen wäre, wenn das Angebot der Teilnahmeberechtigten auszuschneiden wäre. Die von der Antragstellerin in diesem Zusammenhang für ein

Ausscheiden des Angebotes der Teilnehmereberechtigten geltend gemachten Gründe setzen ebenfalls eine Antragslegitimation, dass heißt ein Angebot voraus, das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommen werden könnte. Da dies gegenständlich nicht gegeben ist, war auf die im Rahmen des Begehrens auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vorgebrachten Gründe nicht näher einzugehen. Lediglich anzumerken ist, dass die Antragsgegnerin in einem sorgfältig geführten und dokumentierten Vergabeverfahren eine vergaberechtlich unbedenkliche Zuschlagsentscheidung getroffen hat. Sowohl die erforderliche Gewerbeberechtigung ist nachgewiesen als auch die Eignung, die entsprechend geprüft wurde. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vergleiche VwGH vom 28.3.2007, 2005/04/0200; VwGH vom 23.5.2007, 2005/04/0214 ua.) ist der nicht ausschreibungskonform agierende Bieter nicht schützenswert und kann daher nicht geltend machen, dass auch andere bzw. alle anderen Bieter auszuschneiden gewesen wären. Da das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden worden ist, fehlt es ihr im Sinne dieser Judikatur an der Legitimation zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung. Selbst im Falle der Stattgebung eines derartigen Antrages hätte die Antragstellerin keine Möglichkeit, selbst den Auftrag zu erhalten, da ihr Angebot zu Recht ausgeschieden worden ist. Die Antragslegitimation der Antragstellerin ergibt sich auch nicht daraus, dass ihrer Ansicht nach die Ausschreibung nach Paragraph 139, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2006 zu widerrufen gewesen wäre, wenn das Angebot der Teilnehmereberechtigten auszuschneiden wäre. Die von der Antragstellerin in diesem Zusammenhang für ein Ausscheiden des Angebotes der Teilnehmereberechtigten geltend gemachten Gründe setzen ebenfalls eine Antragslegitimation, dass heißt ein Angebot voraus, das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommen werden könnte. Da dies gegenständlich nicht gegeben ist, war auf die im Rahmen des Begehrens auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vorgebrachten Gründe nicht näher einzugehen. Lediglich anzumerken ist, dass die Antragsgegnerin in einem sorgfältig geführten und dokumentierten Vergabeverfahren eine vergaberechtlich unbedenkliche Zuschlagsentscheidung getroffen hat. Sowohl die erforderliche Gewerbeberechtigung ist nachgewiesen als auch die Eignung, die entsprechend geprüft wurde.

Da es sohin der Antragstellerin an der Legitimation zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung fehlt, war ihr diesbezüglicher Antrag zurückzuweisen (Spruchpunkt 2).

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 9.10.2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 9.10.2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Teilnehmereberechtigte, die mit Schriftsatz vom 11.10.2007 dem Verfahren beigetreten ist, ist gemäß § 22 Abs. 2 WVRG 2007 jedenfalls als präsumtive Zuschlagsempfängerin Partei des gegenständlichen Verfahrens, ohne dass dies bescheidmäßig festzustellen gewesen wäre. Die Teilnehmereberechtigte, die mit Schriftsatz vom 11.10.2007 dem Verfahren beigetreten ist, ist gemäß Paragraph 22, Absatz 2, WVRG 2007 jedenfalls als präsumtive Zuschlagsempfängerin Partei des gegenständlichen Verfahrens, ohne dass dies bescheidmäßig festzustellen gewesen wäre.

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 Fristen zur Anrufung der Höchstgerichte des öffentlichen Rechtes beginnen jedoch erst mit der Zustellung der schriftlichen Ausfertigung des Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Fristen zur Anrufung der Höchstgerichte des öffentlichen Rechtes beginnen jedoch erst mit der Zustellung der schriftlichen Ausfertigung des Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Abweisung wegen nicht rechtzeitiger Bekämpfung der Ausschreibung; Nicht der Ausschreibung entsprechendes Angebot.

Dokumentnummer

VERGT_20071122_7001_07_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