

TE Vwgh Beschluss 2023/6/12 Ra 2020/04/0077

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 12.06.2023

Index

001 Verwaltungsrecht allgemein

10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG)

10/07 Verwaltungsgerichtshof

40/01 Verwaltungsverfahren

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

AVG §37

AVG §60

BVergG 2018 §2 Z7

BVergG 2018 §88

BVergG 2018 §91

B-VG Art133 Abs4

B-VG Art133 Abs6

VwGG §28 Abs3

VwGG §34 Abs1

VwGG §34 Abs1a

VwGVG 2014 §17

VwGVG 2014 §29 Abs1

VwRallg

1. AVG § 37 heute

2. AVG § 37 gültig ab 01.01.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998

3. AVG § 37 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998

1. AVG § 60 heute

2. AVG § 60 gültig ab 01.02.1991

1. BVergG 2018 § 2 heute

2. BVergG 2018 § 2 gültig ab 01.10.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 2 gültig von 01.03.2026 bis 30.09.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

4. BVergG 2018 § 2 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 88 heute

2. BVergG 2018 § 88 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 91 heute
2. BVergG 2018 § 91 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 91 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGG § 28 heute
2. VwGG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGG § 28 gültig von 01.01.2017 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
5. VwGG § 28 gültig von 01.07.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
6. VwGG § 28 gültig von 01.08.2004 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 89/2004
7. VwGG § 28 gültig von 01.01.1991 bis 31.07.2004 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990
8. VwGG § 28 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

1. VwGG § 34 heute
2. VwGG § 34 gültig ab 01.07.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2021
3. VwGG § 34 gültig von 01.01.2014 bis 30.06.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
4. VwGG § 34 gültig von 01.03.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
5. VwGG § 34 gültig von 01.07.2008 bis 28.02.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
6. VwGG § 34 gültig von 01.08.2004 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 89/2004
7. VwGG § 34 gültig von 01.09.1997 bis 31.07.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/1997
8. VwGG § 34 gültig von 05.01.1985 bis 31.08.1997

1. VwGG § 34 heute
2. VwGG § 34 gültig ab 01.07.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2021
3. VwGG § 34 gültig von 01.01.2014 bis 30.06.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
4. VwGG § 34 gültig von 01.03.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
5. VwGG § 34 gültig von 01.07.2008 bis 28.02.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
6. VwGG § 34 gültig von 01.08.2004 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 89/2004
7. VwGG § 34 gültig von 01.09.1997 bis 31.07.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/1997
8. VwGG § 34 gültig von 05.01.1985 bis 31.08.1997

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Handstanger, Hofrätin Mag. Hainz-Sator und den Hofrat Dr. Pürgy als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Amesberger, über die Revision der P GmbH, vertreten durch die Neulinger Mitrofanova Ceovic Rechtsanwälte OG in 1020 Wien, Taborstraße 11B, gegen das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien vom 12. März 2020, Zl. VGW-123/074/1245/2020-19, betreffend vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Partei: Stadt Wien - Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, vertreten durch die FSM Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Lange Gasse 50), den Beschluss gefasst:

Spruch

Die Revision wird zurückgewiesen.

Begründung

1

1. Die Mitbeteiligte ist öffentliche Auftraggeberin und leitete mit Bekanntmachung vom 22. Dezember 2019 ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages betreffend die Durchführung von Sicherheitsdienstleistungen in mehreren Krankenanstalten ein. Die Vergabe sollte in sieben Losen erfolgen.

2

Die Revisionswerberin beantragte am 29. Jänner 2020 die Nichtigerklärung der Ausschreibung sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Verwaltungsgericht Wien (Verwaltungsgericht).

3

2. Mit der angefochtenen Entscheidung wies das Verwaltungsgericht den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung - nach durchgeführter mündlicher Verhandlung - ab (Spruchpunkt I.), sprach aus, dass die Revisionswerberin als Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen habe (Spruchpunkt II.) und dass die ordentliche Revision unzulässig sei (Spruchpunkt III.). 2. Mit der angefochtenen Entscheidung wies das Verwaltungsgericht den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung - nach durchgeführter mündlicher Verhandlung - ab (Spruchpunkt römisch eins.), sprach aus, dass die Revisionswerberin als Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen habe (Spruchpunkt römisch zwei.) und dass die ordentliche Revision unzulässig sei (Spruchpunkt römisch drei.).

4

In seiner Begründung führte das Verwaltungsgericht aus, dass nachstehender Sachverhalt - hier zusammengefasst - als erwiesen festgestellt werde: Auftragsgegenstand des zu vergebenden Dienstleistungsauftrages seien Aufgaben im Objektschutz und Schutz der körperlichen Unversehrtheit. Die Ausschreibungsunterlagen seien am 22. Dezember 2019 veröffentlicht worden. Die Angebotsfrist sei mit 11. Februar 2020, 11:00 Uhr, festgesetzt und nach Einlangen des Nachprüfungsantrages wiederholt verlängert worden.

5

Im Zuge des Vergabeverfahrens seien drei Fragebeantwortungen seitens der Auftraggeberin bearbeitet und veröffentlicht worden. Diese Festlegungen seien bestandfest.

6

Laut Punkt 2.4 der Leistungsbeschreibung handle es sich bei den auftragsgegenständlichen Tätigkeiten zum überwiegenden Teil um solche des Bewachergewerbes gemäß § 129 Abs. 4 und Abs. 5 GewO 1994. Das Gesamtausmaß der Leistungen, die entweder berufsfremd seien oder über die Verwendungsgruppen A, B oder D des Kollektivvertrags für Wachorgane im Bewachungsgewerbe hinausgingen, betrage maximal 4 % der Gesamtleistungen. Darunter fielen Tätigkeiten zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit (maximal 1 % der Gesamtleistungen), Mithilfe bei der PatientInnensuche (im maximalen Ausmaß von 0,5 % der Gesamtleistungen), Begleitschutz von MitarbeiterInnen (maximales Ausmaß von 0,6 % der Gesamtleistungen), PatientInnen- oder BesucherInnenverweise (maximal 0,4 % der Gesamtleistungen) sowie sonstige allfällige berufsfremde bzw. zu einer kollektivvertraglichen höheren Einstufung oder Zulage führende Tätigkeiten im maximalen Ausmaß von 1,5 % der Gesamtleistungen. Das Gesamtausmaß berufsfremder Leistungen oder über die Verwendungsgruppen A, B oder D des Kollektivvertrags für Wachorgane im Bewachungsgewerbe hinausgehender Leistungen werde deutlich unter 10 % liegen und müsse jedenfalls zwingend unter den Grenzen des § 32 Abs. 1a GewO 1994 für wirtschaftlich sinnvolle Nebenleistungen liegen. Laut Punkt 2.4 der Leistungsbeschreibung handle es sich bei den auftragsgegenständlichen Tätigkeiten zum

überwiegenden Teil um solche des Bewachergewerbes gemäß Paragraph 129, Absatz 4 und Absatz 5, GewO 1994. Das Gesamtausmaß der Leistungen, die entweder berufsfremd seien oder über die Verwendungsgruppen A, B oder D des Kollektivvertrags für Wachorgane im Bewachungsgewerbe hinausgingen, betrage maximal 4 % der Gesamtleistungen. Darunter fielen Tätigkeiten zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit (maximal 1 % der Gesamtleistungen), Mithilfe bei der PatientInnenuche (im maximalen Ausmaß von 0,5 % der Gesamtleistungen), Begleitschutz von MitarbeiterInnen (maximales Ausmaß von 0,6 % der Gesamtleistungen), PatientInnen- oder BesucherInnenverweise (maximal 0,4 % der Gesamtleistungen) sowie sonstige allfällige berufsfremde bzw. zu einer kollektivvertraglichen höheren Einstufung oder Zulage führende Tätigkeiten im maximalen Ausmaß von 1,5 % der Gesamtleistungen. Das Gesamtausmaß berufsfremder Leistungen oder über die Verwendungsgruppen A, B oder D des Kollektivvertrags für Wachorgane im Bewachungsgewerbe hinausgehender Leistungen werde deutlich unter 10 % liegen und müsse jedenfalls zwingend unter den Grenzen des Paragraph 32, Absatz eins a, GewO 1994 für wirtschaftlich sinnvolle Nebenleistungen liegen.

7

Die Auftraggeberin habe im Vorfeld der Ausschreibung statistische Erhebungen durch Anfragen bei den zu betreuenden Krankenanstalten und darüber hinaus beim AKH durchgeführt. Diese Anstalten hätten ihre Angaben in „Vorfalltypen“ kategorisiert nach den Tätigkeiten der Gewerbeordnung innerhalb eines Beobachtungszeitraumes von drei Monaten gemacht. Aufgrund dieser Daten sei ein Maximalwert betreffend die jeweiligen Leistungen für jede Krankenanstalt festgelegt und in die gegenständliche Ausschreibung übernommen worden.

8

In Punkt 2.2 der Ausschreibung sei die auftragsgegenständliche Leistung wie folgt umschrieben: „Tätigkeiten Objektschutz und Sperrdienst“: Zu- und Aufsperrn von der Auftraggeberin genau bezeichneter Türen; Überprüfung von Türen auf ordnungsgemäße Versperrt- und Unversehrtheit; Wahrnehmen und Melden bei Einbruchsverdacht und Melden von Beschädigungen; Wahrnehmung und Meldung technischer Gebrechen; Wahrnehmung von Abweichungen vom Regelbetrieb und von Verstößen gegen die Hausordnung; Abschalten von Beleuchtungen; Feststellen und Melden von Defekten von Beleuchtungskörpern; Verständigung der Betriebsfeuerwehr bei Brandgeruch; Durchführung der ersten Löschhilfe und Vorgangsweise laut Brandschutzverordnung; Verständigung von Sicherheitskräften in dringenden Fällen; Anhalten und Verweisen von Personen, die im Zuge der Rundgänge angetroffen werden und nicht eindeutig dem Krankenhausbetrieb zuzuordnen sind.

9

Unter Punkt 2.3 „Sonstige Tätigkeiten“ sei genannt: Mitwirken bei Sicherungs- und Evakuierungsmaßnahmen im Störfall oder bei externen Schadensereignissen nach Maßgabe des örtlich gültigen Katastrophenplans, Mitwirken bei Exekutiveinsätzen, der Justizwache, insbesondere Empfang und Absperrungen von Wegen, sodass sich die Einsatzkräfte problemlos in der jeweiligen Anstalt fortbewegen können; Mitwirkung bei der Adaptierung eines bereits vorhandenen Bewachungskonzeptes; Gewährleistung der freien Zufahrt der Einsatzkräfte und Freihaltung besonders gekennzeichnete Flächen; Auskünfte gegenüber Besuchern bezüglich Örtlichkeiten am Anstaltsgelände.

10

Unter Punkt 2.1 „Tätigkeiten zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit“ sei genannt: Sicherstellen der Einhaltung der Anstaltsordnung und Hausordnung; Schutz von Leben, körperlicher Unversehrtheit, sexueller Integrität und Selbstbestimmung, Freiheit und Gesundheit von Besuchern, PatientInnen, Angehörigen und MitarbeiterInnen vor körperlichen Übergriffen; Wegweisen nicht Zutrittsberechtigter Personen; gegebenenfalls Alarmierung der Polizei.

11

Als bei der Durchführung zu beachtende Kriterien werden angeführt: Oberste Priorität ist der Einsatz des gelindesten Mittels zB deeskalierende Gesprächsführung; Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit; Personendurchsuchungen im Sinne der Gefahrenabwendung werden grundsätzlich nicht vom Sicherheitsdienst durchgeführt, dieser kann allerdings beigezogen werden, um in einer Notwehr- bzw. Nothilfesituation zu schützen, wobei dem Sicherheitsdienst grundsätzlich die selbstständige Beurteilung und Identifizierung solcher Situationen (Notwehr bzw. Nothilfe) verbleibt.

12

Berufsfremde Tätigkeiten oder solche, die über die Verwendungsgruppen A, B oder D des Kollektivvertrags Wachorgane im Bewachungsgewerbe hinausgehen, seien in Punkt 2.4 in Prozentzahlen festgelegt. Neben der quantitativen Vertragsanpassung (Anzahl der Sicherheitsdienste pro Anstalt und zeitliches Ausmaß) sei eine qualitative

Vertragsanpassung vorgesehen. Diese sehe vor, dass bei Überschreiten der in Punkt 2.4 vorgesehenen Maximalgrenze der berufsfremden Tätigkeiten zusätzlich zur Pauschale Zuschläge in Höhe der im Kollektivvertrag für Wachorgane im Bewachungsgewerbe vorgesehenen Zulagen abgerechnet würden. Explizit sei dazu festgehalten, dass Tätigkeiten anderer Gewerbe als des Bewachungsgewerbes insgesamt die Grenzen des § 32 Abs. 1a GewO 1994 für wirtschaftlich sinnvolle Tätigkeiten nicht überschreiten würden. Eine Vertragsanpassung von über den in Punkt 2.4 genannten Prozentgrenzen hinaus könne bis zu der in § 32 Abs. 1a GewO 1994 genannten Grenze erfolgen. Berufsfremde Tätigkeiten oder solche, die über die Verwendungsgruppen A, B oder D des Kollektivvertrags Wachorgane im Bewachungsgewerbe hinausgehen, seien in Punkt 2.4 in Prozentzahlen festgelegt. Neben der quantitativen Vertragsanpassung (Anzahl der Sicherheitsdienste pro Anstalt und zeitliches Ausmaß) sei eine qualitative Vertragsanpassung vorgesehen. Diese sehe vor, dass bei Überschreiten der in Punkt 2.4 vorgesehenen Maximalgrenze der berufsfremden Tätigkeiten zusätzlich zur Pauschale Zuschläge in Höhe der im Kollektivvertrag für Wachorgane im Bewachungsgewerbe vorgesehenen Zulagen abgerechnet würden. Explizit sei dazu festgehalten, dass Tätigkeiten anderer Gewerbe als des Bewachungsgewerbes insgesamt die Grenzen des Paragraph 32, Absatz eins a, GewO 1994 für wirtschaftlich sinnvolle Tätigkeiten nicht überschreiten würden. Eine Vertragsanpassung von über den in Punkt 2.4 genannten Prozentgrenzen hinaus könne bis zu der in Paragraph 32, Absatz eins a, GewO 1994 genannten Grenze erfolgen.

13

Die von der Auftraggeberin festgelegte Prozentgrenze berufsfremder Tätigkeiten sei aufgrund der von ihr durchgeführten statistischen Erhebungen in diversen Krankenanstalten und dem AKH für die Dauer von drei Monaten nachvollziehbar dargestellt worden.

14

In den Ausschreibungsunterlagen sei ferner folgendes festgelegt:

„Arbeitsplätze mit PC und Internetzugang werden derzeit grundsätzlich nicht zur Verfügung gestellt. Die Auftragnehmerin kann nach Zuschlagserteilung mit den einzelnen Einrichtungen abklären, ob eine Zurverfügungstellung von Arbeitsplätzen mit PC und Internetzugang in der Zukunft beabsichtigt ist.“

15

In der Fragebeantwortung Nr. 8 wird hierzu von der Auftraggeberin angegeben:

„Dieser Satz ist so zu verstehen, dass BieterInnen/BieterInnengemeinschaften für die Angebotserstellung nicht davon ausgehen können, dass solche Arbeitsmittel seitens der Auftraggeberin zur Verfügung gestellt werden. In Einzelfällen kann es dazu kommen, dass der Auftragnehmerin doch Arbeitsplätze und PCs zur Verfügung gestellt werden, die Auftraggeberin kann hierzu derzeit allerdings keine verbindlichen Zusagen machen und sollten die Bieterinnen deshalb bei der Kalkulation nicht davon ausgehen, dass Arbeitsplätze und PCs zur Verfügung gestellt werden.“

16

In den Ausschreibungsunterlagen sei ferner unter Punkt 2.3 festhalten, dass jeder Sicherheitsdienstmitarbeiter vor erstmaligem Dienstantritt in der jeweiligen Anstalt eine umfassende ärztliche Untersuchung zur Feststellung der körperlichen Eignung durchlaufen müsse, wobei die Untersuchungen darauf abzielen würden, die körperliche Eignung für die zum Einsatz gelangenden MitarbeiterInnen sicherzustellen. Im Rahmen der ärztlichen Untersuchung müsse unter anderem das Verhältnis der Körpergröße zum Körpergewicht in Form des Body-Maß-Index überprüft werden. Der berechnende Wert des Body-Maß-Index (BMI) solle im Bereich von 18 bis 28 liegen. Bei Werten außerhalb der angegebenen Grenzwerte könne seitens des Arztes dennoch eine Eignung festgestellt werden. Der BMI-Wert selbst scheine in dem zur Verfügung zu stellenden ärztlichen Attest nicht auf. Das Untersuchungsergebnis des auftragnehmerseitigen Mediziners sollte lediglich auf geeignet oder nicht geeignet lauten. Bei Auffälligkeiten bzw. Unstimmigkeiten in Bezug auf die angeführten Anforderungen sei ein ärztliches Gespräch zwischen auftraggeber- und auftragnehmerseitigem Mediziner vorgesehen.

17

In rechtlicher Hinsicht führte das Verwaltungsgericht aus, von der Revisionswerberin sei das unter Punkt 2.4 angegebene Mengengerüst hinsichtlich des Leistungsumfangs berufsfremder Tätigkeiten sowie der damit zusammenhängenden Kalkulation angezweifelt worden. Dazu sei festzuhalten, dass nicht ersichtlich sei, dass im gesamten (ausgeschriebenen) Leistungsinhalt mehr als 15 % an Tätigkeiten, die in den Vorbehaltsbereich des Gewerbes der Berufsdetektive fallen würden, enthalten wären. Darüber hinaus würden gemäß § 32 Abs. 1a GewO 1994 dem reglementierten Gewerbe der Berufsdetektive vorbehalten Tätigkeiten dann abgedeckt sein,

wenn diese 15 % des gesamten Leistungsinhalts nicht überschreiten würden. Die Auftraggeberin habe durch statistische Erhebungen in den von der Ausschreibung erfassten Krankenanstalten und dem AKH den prozentuellen Anteil von Leistungen erhoben und diese in spezifische Tätigkeiten unterteilt, sodass nunmehr klar und präzise für die Bieter festgelegt sei, in welchem Umfang berufs fremde Tätigkeiten zu erbringen seien. Die von der Revisionswerberin vorgebrachten Kalkulationshindernisse seien somit nicht gegeben. Zudem sei es Sache der Auftraggeberin den Leistungsinhalt und -umfang festzulegen. Diese habe eine obere Maximalgrenze von 15 % für berufs fremde Tätigkeiten vorgesehen, was mit der Prozentgrenze im § 32 Abs. 1a GewO 1994 begründet worden sei. Die Auftraggeberin habe somit nachvollziehbar dargelegt, wie sie zu den Maximalgrenzen gelangt sei und eine Möglichkeit der Preisanpassung vorgesehen. Dem Vorbringen der Revisionswerberin, welches von 20 % berufs fremde Tätigkeiten ausgehe, sei zu entgegnen, dass diesem Vorbringen nach Ansicht des Gerichts die Betrachtungs- und Berechnungsweise der von der Revisionswerberin derzeit bewachten Bereiche der Psychiatrie und Notaufnahme zugrunde liege. Die in diesem Zusammenhang angeführten deeskalierenden Tätigkeiten würden jedoch nach Ansicht des Verwaltungsgerichts keine berufs fremden Tätigkeiten darstellen. Die Präsenz von Personal des Bewachungsgewerbes und damit im Zusammenhang stehende Vorbeugung von Eskalationen würden keine spezifische Ausbildung als Berufs detektivassistent erfordern. Die präventive Arbeit könne auch von Mitarbeitern des Bewachungsgewerbes erbracht werden. Demnach würden für sämtliche Lose die in der Ausschreibung genannten Maximalgrenzen samt Preisanpassung bei Überschreiten der 4 % Grenze gelten. Die vorgebrachte Rechtswidrigkeit, wonach die Anforderungen an die Leistung nicht präzise und korrekt festgelegt seien, weshalb die Angebote aufgrund der Mengenangaben nicht kalkulierbar und vergleichbar seien, liege nicht vor. Hinsichtlich des Vorbringens, dass jenen Bietern ein Vorteil entstünde welche die jeweilige Anstalt kennen würden und aus diesem Grund über die Verfügbarkeit von Arbeitsplätzen mit PC und Internetzugang einer bestimmten Anstalt Kenntnis hätten, sei zu entgegnen, dass ein solches Vorgehen bei einer Kalkulation als spekulativ anzusehen sei. In rechtlicher Hinsicht führte das Verwaltungsgericht aus, von der Revisionswerberin sei das unter Punkt 2.4 angegebene Mengengerüst hinsichtlich des Leistungsumfanges berufs fremder Tätigkeiten sowie der damit zusammenhängenden Kalkulation angezweifelt worden. Dazu sei festzuhalten, dass nicht ersichtlich sei, dass im gesamten (ausgeschriebenen) Leistungsinhalt mehr als 15 % an Tätigkeiten, die in den Vorbehaltsbereich des Gewerbes der Berufs detektive fallen würden, enthalten wären. Darüber hinaus würden gemäß Paragraph 32, Absatz eins a, GewO 1994 dem reglementierten Gewerbe der Berufs detektive vorbehaltene Tätigkeiten dann abgedeckt sein, wenn diese 15 % des gesamten Leistungsinhalts nicht überschreiten würden. Die Auftraggeberin habe durch statistische Erhebungen in den von der Ausschreibung erfassten Krankenanstalten und dem AKH den prozentuellen Anteil von Leistungen erhoben und diese in spezifische Tätigkeiten unterteilt, sodass nunmehr klar und präzise für die Bieter festgelegt sei, in welchem Umfang berufs fremde Tätigkeiten zu erbringen seien. Die von der Revisionswerberin vorgebrachten Kalkulationshindernisse seien somit nicht gegeben. Zudem sei es Sache der Auftraggeberin den Leistungsinhalt und -umfang festzulegen. Diese habe eine obere Maximalgrenze von 15 % für berufs fremde Tätigkeiten vorgesehen, was mit der Prozentgrenze im Paragraph 32, Absatz eins a, GewO 1994 begründet worden sei. Die Auftraggeberin habe somit nachvollziehbar dargelegt, wie sie zu den Maximalgrenzen gelangt sei und eine Möglichkeit der Preisanpassung vorgesehen. Dem Vorbringen der Revisionswerberin, welches von 20 % berufs fremde Tätigkeiten ausgehe, sei zu entgegnen, dass diesem Vorbringen nach Ansicht des Gerichts die Betrachtungs- und Berechnungsweise der von der Revisionswerberin derzeit bewachten Bereiche der Psychiatrie und Notaufnahme zugrunde liege. Die in diesem Zusammenhang angeführten deeskalierenden Tätigkeiten würden jedoch nach Ansicht des Verwaltungsgerichts keine berufs fremden Tätigkeiten darstellen. Die Präsenz von Personal des Bewachungsgewerbes und damit im Zusammenhang stehende Vorbeugung von Eskalationen würden keine spezifische Ausbildung als Berufs detektivassistent erfordern. Die präventive Arbeit könne auch von Mitarbeitern des Bewachungsgewerbes erbracht werden. Demnach würden für sämtliche Lose die in der Ausschreibung genannten Maximalgrenzen samt Preisanpassung bei Überschreiten der 4 % Grenze gelten. Die vorgebrachte Rechtswidrigkeit, wonach die Anforderungen an die Leistung nicht präzise und korrekt festgelegt seien, weshalb die Angebote aufgrund der Mengenangaben nicht kalkulierbar und vergleichbar seien, liege nicht vor. Hinsichtlich des Vorbringens, dass jenen Bietern ein Vorteil entstünde welche die jeweilige Anstalt kennen würden und aus diesem Grund über die Verfügbarkeit von Arbeitsplätzen mit PC und Internetzugang einer bestimmten Anstalt Kenntnis hätten, sei zu entgegnen, dass ein solches Vorgehen bei einer Kalkulation als spekulativ anzusehen sei.

Mitarbeiters erforderlich sei. Aus diesem Grund mache es für die Bieter keinen relevanten Kostenunterschied, ob ein Mitarbeiter mit seinem BMI-Wert innerhalb der festgelegten Bandbreite von 18 bis 28 liege oder nicht. Zu dem lasse ein innerhalb dieser Bandbreite liegender BMI-Wert keine gesicherte Aussage darüber zu, dass der betreffende Mitarbeiter über die erforderliche Fitness verfüge. Unbestritten sei die körperliche Fitness für Mitarbeiter eines Sicherheitsdiensts ein wesentliches Kriterium zu Erbringung der Leistung. Das Heranziehen objektiver Kriterien zur Überprüfung der erforderlichen Fitness der MitarbeiterInnen liege auf der Hand. Der BMI stelle einen solchen objektiven Maßstab dar. Angesichts der Notwendigkeit, die körperliche Fitness der MitarbeiterInnen im Sicherheitsdienst zu gewährleisten, sei in der Festlegung des BMI mit einem Wert von 18 bis 28 insbesondere wegen der damit verbundenen Möglichkeit, trotz einer Über- oder Unterschreitung dieses Wertes eine Eignung der MitarbeiterInnen feststellen zu können, eine Vergaberechtswidrigkeit nicht zu erkennen. Dadurch, dass die ärztlichen Atteste bis zu einem Jahr alt sein könnten, könne auf bestehende Atteste zurückgegriffen werden, sodass eine Diskriminierung durch diese Anforderung nicht vorliege.

19

3. Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die außerordentliche Revision.

20

4. Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichts die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.4. Nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichts die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

21

Nach § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegens der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren mit Beschluss zurückzuweisen. Nach Paragraph 34, Absatz eins, VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegens der Voraussetzungen des Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren mit Beschluss zurückzuweisen.

22

Nach § 34 Abs. 1a VwGG ist der Verwaltungsgerichtshof bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG an den Ausspruch des Verwaltungsgerichtes gemäß § 25a Abs. 1 VwGG nicht gebunden. Die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG hat der Verwaltungsgerichtshof im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen. Nach Paragraph 34, Absatz eins a, VwGG ist der Verwaltungsgerichtshof bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG an den Ausspruch des Verwaltungsgerichtes gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG nicht gebunden. Die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG hat der Verwaltungsgerichtshof im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (Paragraph 28, Absatz 3, VwGG) zu überprüfen.

23

4.1. Die Festlegung des Gegenstandes der dem vergaberechtlichen Vorgang jeweils zugrundeliegende Beschaffung obliegt dem öffentlichen Auftraggeber. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen (vgl. VwGH 4.7.2016, Ra 2016/04/0015, 0016). Bei einer als auslegungsbedürftig anzusehenden Erklärung ist daher im Zweifel davon auszugehen, dass der Auftraggeber keine vergaberechtswidrige Festlegung treffen wollte.4.1. Die Festlegung des Gegenstandes der dem vergaberechtlichen Vorgang jeweils zugrundeliegende Beschaffung obliegt dem öffentlichen Auftraggeber. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen vergleiche , VwGH 4.7.2016, Ra 2016/04/0015, 0016). Bei einer als auslegungsbedürftig anzusehenden Erklärung ist daher im Zweifel davon auszugehen, dass der

Auftraggeber keine vergaberechtswidrige Festlegung treffen wollte.

24

Insofern die Revision zur Zulässigkeitsbegründung vorbringt, es liege keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu der Frage vor, ob deeskalierende und beobachtende Tätigkeit von Angehörigen des Sicherheitsgewerbes zum Vorteil von Ärzten, Patienten, Mitarbeitern und Besuchern auf psychiatrischen Stationen und internistischen Notfallambulanzen in den Vorbehaltsbereich der Berufsdetektive falle, ist festzuhalten, dass nach dem oben Gesagten nicht ersichtlich ist, inwiefern die revisionsgegenständliche Rechtswidrigkeit der Ausschreibung von dieser Rechtsfrage abhängen solle. Die Auftraggeberin hat in der Ausschreibung die zu vergebenden Dienstleistungen quantitativ und qualitativ umschrieben und damit die Anforderungen an die anzubietenden Leistungen festgelegt. Ob ein Bieter in der Lage ist, aufgrund der von ihm prästierten Berechtigungen, die entsprechenden Dienstleistungen auch tatsächlich anbieten zu können, ist nicht Gegenstand der Ausschreibungsbedingungen.

25

4.2. Weiters bringt die Revisionswerberin vor, die Revision sei zulässig, weil das Verwaltungsgericht § 32 Abs. 1a, § 32 Abs. 2 und § 32 Abs. 1 Z 9 GewO 1994 unrichtig angewendet habe bzw. keine höchstgerichtliche Rechtsprechung zu diesen Bestimmungen vorliege. Damit wird eine konkrete Rechtsfrage unter Bezugnahme auf den vorliegenden Revisionsfall nicht dargetan, weshalb dieses Vorbringen von vornherein nicht geeignet ist die Zulässigkeit der Revision zu begründen. Für die Lösung abstrakter oder hypothetischer Rechtsfragen ist der Verwaltungsgerichtshof auf Grund von Revisionen gemäß Art. 133 Abs. 6 Z 1 B-VG nicht zuständig (vgl. VwGH 12.8.2014, Ra 2014/06/0015). 4.2. Weiters bringt die Revisionswerberin vor, die Revision sei zulässig, weil das Verwaltungsgericht Paragraph 32, Absatz eins a,, Paragraph 32, Absatz 2 und Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 9, GewO 1994 unrichtig angewendet habe bzw. keine höchstgerichtliche Rechtsprechung zu diesen Bestimmungen vorliege. Damit wird eine konkrete Rechtsfrage unter Bezugnahme auf den vorliegenden Revisionsfall nicht dargetan, weshalb dieses Vorbringen von vornherein nicht geeignet ist die Zulässigkeit der Revision zu begründen. Für die Lösung abstrakter oder hypothetischer Rechtsfragen ist der Verwaltungsgerichtshof auf Grund von Revisionen gemäß Artikel 133, Absatz 6, Ziffer eins, B-VG nicht zuständig vergleiche , VwGH 12.8.2014, Ra 2014/06/0015).

26

4.3. Die Revision führt ferner ins Treffen, das Verwaltungsgericht habe sich nicht mit dem objektiven Erklärungswert der Ausschreibung auseinandergesetzt und keine Feststellungen zu der Frage getroffen, wie ein durchschnittlicher Bieter die angefochtene Ausschreibung verstehen hätte müssen.

27

Insofern die Revision rügt, das Verwaltungsgericht habe keine „Feststellungen“ zur Frage getroffen, wie ein durchschnittlicher Bieter die angefochtene Ausschreibung hätte verstehen müssen, ist dem zu entgegnen, dass dies nicht Teil der Feststellungen ist, sondern die rechtliche Beurteilung betrifft. Die rechtliche Beurteilung betreffend die Auslegung der Ausschreibungsbestimmungen kann nach ständiger Rechtsprechung - wie bereits oben festgehalten - nur dann erfolgreich im Revisionsverfahren geltend gemacht werden kann, wenn dargelegt wird, inwiefern die fallbezogene Beurteilung des Verwaltungsgerichts grob unrichtig ist. Dies legt die Revision in ihrem Vorbringen jedoch nicht dar. Führt diese ferner aus, das Verwaltungsgericht habe Sachverhaltsfeststellungen nur zu einigen Punkten des Antrages getroffen, wird von ihr nicht dargelegt, welche Sachverhaltsfeststellungen die Revision vermisst. Inwiefern die Schlussfolgerung des Verwaltungsgerichts, aufgrund der Mengenangaben und determinierten möglichen Preisanpassungen seien die Anforderungen an die Leistungsinhalte korrekt festgelegt und die Angebote aufgrund der festgelegten Mengenangaben kalkulierbar oder vergleichbar, nicht nachvollziehbar sein solle bzw. eine unrichtige Schlussfolgerung vor dem Hintergrund der getroffenen Sachverhaltsfeststellungen darstelle, zeigt die Revision in ihrer Zulässigkeitsbegründung nicht auf. Eine die Zulässigkeit der Revision begründende Korrekturbedürftigkeit der fallbezogenen Auslegung wird daher nicht dargetan.

28

4.4. Sofern die Revision ferner vorbringt, die Begründung des Verwaltungsgerichts zum BMI-Index sei widersprüchlich, weil es sich dabei zwar um einen allgemein anerkannten Wert handeln solle, aber es für die Bieter keinen relevanten Kostenunterschied mache, ob der BMI-Wert innerhalb oder außerhalb der festgelegten Bandbreite liege, ist insofern unverständlich, als der Standpunkt, dass es sich bei dem BMI-Index um einen allgemein anerkannten Wert handle in keiner Relation zu der Frage zum Kostenunterschied steht, der vom Verwaltungsgericht im Zusammenhang mit den ärztlichen Attesten angesprochen wird, und insofern auch nicht in Widerspruch zu dieser Betrachtung stehen kann.

Warum es im Belieben des auftraggeberseitigen Mediziners stehe, einen konkreten Mitarbeiter für die Leistungserbringung heranzuziehen, sofern der BMI-Index außerhalb des Bereichs von 18 bis 28 stehe, ist angesichts der Sachverhaltsfeststellungen, dass im Falle von Auffälligkeiten bzw. Unstimmigkeiten in Bezug auf die Anforderungen an die Mitarbeiter ein ärztliches Gespräch zwischen auftraggeber- und auftragnehmerseitigen Mediziner vorgesehen sei, nicht nachvollziehbar.

29

4.5. Sofern die Revision ferner vorbringt, es liege keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu der Frage vor, ob der öffentliche Auftraggeber mit einer bloßen sonstigen Entscheidung während der Angebotsfrist in Form von Fragebeantwortungen die Ausschreibung entscheidend verändern könne, ohne sich festlegen zu wollen, ob die sonstigen Entscheidungen Teil der Ausschreibung oder des Leistungsvertrags werden sollen, bzw. dass die Leistungsbeschreibung weder funktional noch konstruktiv sei, lassen diese Vorbringen jeglichen Zusammenhang mit dem angefochtenen Erkenntnis vermissen. Eine Zulässigkeit der Revision wird damit nicht aufgezeigt.

30

4.6. Sofern die Revision vorbringt, dass die Auftraggeberin bei der Markterkundung die Ergebnisse nicht den Bietern zur Verfügung gestellt habe, ist festzuhalten, dass es sich bei den Erhebungen der Auftraggeberin nicht um Erhebungen am Bietermarkt sondern um eine Erhebung des auftraggeberseitigen Bedarfs handelte, sodass fallbezogen keine Markterkundung am Angebotsmarkt vorlag. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern durch die Vorgehensweise der Auftraggeberin, die die erhobenen quantitativen Leistungsanforderungen allen Bietern in gleicher Form zur Verfügung zu stellte, die Transparenz oder die Gleichbehandlung der Bieter verletzt worden sein sollte.

31

4.7. Ferner wird die Unterlassung der Einholung eines Sachverständigengutachtens ins Treffen geführt, ohne jedoch darzustellen, inwiefern dieser Verfahrensmangel zu einer unvollständigen Sachverhaltsgrundlage geführt haben solle. Für die Rechtsfrage der Subsumtion von Leistungsbeschreibungen unter die Bestimmungen der Gewerbeberechtigung ist die Zuziehung eines Sachverständigen ohne weiteres nicht ersichtlich. Zur Frage der Zulässigkeit der Revision, weil das Verwaltungsgericht übersehen habe, dass die Angaben der Ausschreibung über die Ausbildung der Sicherheitsdienstmitarbeiter derartig wenig konkret seien, dass auf deren Basis eine Kalkulation des Angebots nicht möglich sei, ist die Revision auf das bereits unter Punkt 4.3 Gesagte zu verweisen. Eine grobe Unrichtigkeit der Auslegung der Ausschreibungsbestimmungen durch das Verwaltungsgericht wird auch durch dieses Vorbringen nicht dargetan. Inwiefern die Ausschreibung in der Lage sein sollte, „Bewachern Dinge zu erlauben, die ihnen von Gesetzeswegen nicht gestattet seien“ ist nicht ersichtlich. Gegenstand einer Ausschreibung ist die Umschreibung des Auftragsgegenstandes. Die Frage der erforderlichen Berechtigungen vermag der Auftraggeber durch die Ausschreibung nicht zu beeinflussen.

32

4.8. Inwiefern die Beweiswürdigung des Verwaltungsgerichts derart mangelhaft sei, dass dies die Zulässigkeit einer Revision zu begründen vermöge, stellt die Revision in der Zulässigkeitsbegründung nicht dar, weshalb sie insofern erfolglos bleibt.

33

Soweit die Revision Mängel im Zusammenhang mit der amtswegigen Ermittlung des Sachverhalts vorbringt, unterlässt sie die für die erfolgreiche Geltendmachung eines Verfahrensmangels erforderliche Relevanzdarstellung. Es ist dem Zulässigkeitsvorbringen nämlich nicht zu entnehmen, welche für die rechtliche Beurteilung des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens maßgeblichen Sachverhaltselemente im Falle eines mangelfreien Verfahrens hätten festgestellt werden könne, die - bei richtiger rechtlicher Beurteilung - zu einer für die Revisionswerberin günstigeren Sachverhaltsgrundlage geführt hätten (vgl. etwa VwGH 24.10.2018, Ra 2016/04/0040). Soweit die Revision Mängel im Zusammenhang mit der amtswegigen Ermittlung des Sachverhalts vorbringt, unterlässt sie die für die erfolgreiche Geltendmachung eines Verfahrensmangels erforderliche Relevanzdarstellung. Es ist dem Zulässigkeitsvorbringen nämlich nicht zu entnehmen, welche für die rechtliche Beurteilung des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens maßgeblichen Sachverhaltselemente im Falle eines mangelfreien Verfahrens hätten festgestellt werden könne, die - bei richtiger rechtlicher Beurteilung - zu einer für die Revisionswerberin günstigeren Sachverhaltsgrundlage geführt hätten vergleiche , etwa VwGH 24.10.2018, Ra 2016/04/0040).

34

4.9. Inwiefern die Auftraggeberin die Ausschreibung durch die Fragebeantwortungen inhaltlich wesentlich geändert

hätte, stellt die Revision in der Zulässigkeitsbegründung nicht dar, sodass dies die Zulässigkeit der Revision nicht zu begründen vermag. Dass die dritte Fragebeantwortung zur Abweisung des Antrages der Revisionswerberin geführt haben und aus diesem Grund dies ein teilweises Obsiegen darstellen soll, ist jedenfalls nicht nachvollziehbar.

35

In der Revision werden keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Die Revision war daher zurückzuweisen. In der Revision werden keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinne des Artikel 133, Absatz 4, B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Die Revision war daher zurückzuweisen.

Wien, am 12. Juni 2023

Schlagworte

Individuelle Normen und Parteienrechte Auslegung von Bescheiden und von Parteierklärungen VwRallg9/1 Sachverhalt Sachverhaltsfeststellung Rechtliche Beurteilung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2023:RA2020040077.L00

Im RIS seit

11.07.2023

Zuletzt aktualisiert am

10.03.2025

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at