

TE Lvwg Erkenntnis 2020/3/12 VGW-123/074/1245/2020

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.03.2020

Entscheidungsdatum

12.03.2020

Index

L72009 Beschaffung Vergabe Wien

97 Öffentliches Auftragswesen

50/01 Gewerbeordnung

Norm

WVRG 2014 §13 Abs1

WVRG 2014 §15

WVRG 2014 §16

BVergG 2018 §20 Abs1

BVergG 2018 §88

BVergG 2018 §91 Abs6 Z4

BVergG 2018 §137

GewO 1994 §32 Abs1a

GewO 1994 §129

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Dr. Oppel als Vorsitzenden, die Richterin Maga Mandl und die Richterin Dr.in Lettner über den Antrag der A. GmbH auf Nichterklärung der Ausschreibung betreffend das Vergabeverfahren "Durchführung von Sicherheitsdiensten in diversen Anstalten der Stadt Wien - Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbundes (KAV)", AZ/Vergabe-Nr.: B., - Wiener Krankenanstaltenverbund - ..., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH & Co KG, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung durch Verkündung,

zu Recht e r k a n n t:

- I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung wird abgewiesen.
- II. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.
- III. Die ordentliche Revision ist unzulässig.

Entscheidungsgründe

Die Stadt Wien – Wiener Krankenanstaltenverbund (im Folgenden Antragsgegnerin) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages betreffend die Vergabe von Sicherheitsdienstleistungen in 7 Losen.

Die Ausschreibungsunterlagen wurden am 22.12.2019 veröffentlicht, die Angebotsfrist wurde mit 11.2.2020, 11:00 Uhr, festgesetzt und während des Nichtigerklärungsverfahrens regelmäßig verlängert.

Die Antragstellerin hat am 28.1.2020, eingelangt am 29.1.2020, einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Verwaltungsgericht Wien eingebracht.

Zur Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass das Leistungsverzeichnis der Ausschreibung oberflächlich gestaltet sei, eine Unterscheidung der Kollektivverträge des Sicherheitsgewerbes und somit eine Kalkulation insbesondere der berufsfremden Tätigkeiten unmöglich gemacht werde. Es würden Leistungen verlangt, die auf der einen Seite dem Kollektivvertrag für Wachorgane im Bewachungsgewerbe und auf der anderen Seite zwingend dem Rahmen-Kollektivvertrag für Angestellte in Handwerk und Gewerbe, in der Dienstleistung, in der Information und Consulting für Berufsdetektivassistent zuzuordnen seien. Die Antragsgegnerin treffe keine klaren, präzisen und eindeutigen Angaben, in welchem Umfang welche Leistungen benötigt würden, und bestätige diese Vorgehensweise selbst im Rahmen von Bieteranfragen in ihrer Fragebeantwortung. Die Antragsgegnerin unterlasse es, die von ihr benötigten Leistungen den beiden Kollektivverträgen zuzuordnen, und versuche, mit falschen Maximalwerten unter die Anwendbarkeit der Bestimmung des § 32 Abs. 1a GewO für wirtschaftlich sinnvolle Nebenleistungen zu kommen. Es würde die unrichtige Höhe der Maximalwerte für alle Lose gleich festgesetzt. Bei den unterschiedlichen Losen handle es sich jedoch um unterschiedliche Krankenanstalten und damit jedenfalls um unterschiedliche Intensitäten der Sicherheitslagen. Die Unterschiedlichkeit der Krankenanstalten ergebe sich aus den unterschiedlichen Leistungsspektren, die naturgemäß verschiedene Patientengruppen zur Folge hätten, wodurch nicht nur Sicherheitslagen in unterschiedlicher Intensität, sondern gänzlich verschiedene Sicherheitslagen an sich entstünden. Als Beispiel zieht die Antragstellerin das Los 3, das C.-Spital, heran. Durch die Vorgehensweise der Antragsgegnerin ergebe sich, dass die Antragstellerin bei sorgfältiger Kalkulation des Angebotes den aktuellen Auftrag (Los 3) verlieren würde, da sie unter Berücksichtigung des richtigen Mengengerüsts zwangsläufig zu einem höheren Preis anbieten müsse. Der höhere Preis ergebe sich aus den Kosten, die proportional mit der Höhe der berufsfremden Leistungen steigen würden. Die Antragsgegnerin lege in ihrer Fragebeantwortung fest, dass sie eine etwaige vertiefte Angebotsprüfung anstoßen würde, wenn die Preise auffallend niedrig seien, welcher Umstand nicht eintreten werde, da die Antragsgegnerin die Daten, die als Grundlage für ihr Mengengerüst dienen sollten, ignoriere. Auch habe das Ausmaß, in dem mit dem Anfall berufsfremder Tätigkeiten zu rechnen sei, für den Inhalt der zu erstellenden Angebote Relevanz, da auch Kostenfaktoren wie beispielsweise die auftragsspezifische Einschulung des Personals und die Erstellung des Einsatzplans nach den konkreten Umständen unterschiedlich auszugestalten seien. Die Antragstellerin habe daher auch zur Abschätzung des Schulungsbedarfes der Mitarbeiter und des Einsatzplanes zur Kalkulation der damit verbundenen Kosten ein berechtigtes Interesse daran, dass das Ausmaß der zu erwartenden Tätigkeiten präzise, eindeutig und transparent bekannt gegeben werde. Über diese Informationen verfüge die Antragsgegnerin, da sie als Auftraggeberin der gegenständlichen Lose von den aktuellen Auftragnehmern diese Daten seit Jahren einfordere und erhalte.

Des Weiteren treffe die Antragsgegnerin keine klare Bestimmung in Hinblick darauf, ob den zukünftigen Auftragnehmern Arbeitsplätze mit PC und Internetzugang zur Verfügung gestellt würden. Ausweichend erkläre sie, dass für die Angebotserstellung die Fiktion unterstellt werden solle, dass solche Arbeitsmittel nicht zur Verfügung stünden. Im Preisblatt sei keine eigene Position für diesen Umstand vorgesehen, weshalb die Antragsgegnerin nicht überprüfen könne, ob alle Bieter ihre Kalkulationsvorgaben einhalten würden. Damit sei abermals fraglich, ob dieser Umstand die Wahrnehmungsschwelle für eine vertiefte Angebotsprüfung überschreite oder nicht.

Letztlich fordere die Antragsgegnerin in ihren Unterlagen einen Body Mass Index (BMI) im Bereich von 18-28 gleichermaßen für alle Altersgruppen und beide Geschlechter. Dieser Index sei lediglich ein Mess- und Richtwert zur Beurteilung des Körpergewichts und ergebe sich aus dem Verhältnis von Körpergewicht zu Körpergröße. Die Begründung der Eignung außerhalb der angegebenen Indexwerte durch einen Arzt sei jedenfalls kostenpflichtig, nicht sachlich zu begründen und auch kalkulationsrelevant. Der Body Mass Index diskriminiere Frauen, die einen anderen Norm-BMI hätten als Männer und ebenso Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter jeder Altersdeziele. Es sei sachlich nicht nachvollziehbar, warum sich die Antragstellerin kostenpflichtigen Untersuchungen und Begründungen zu unterwerfen

habe, nur weil die Antragsgegnerin auf alters- und geschlechtsspezifische Merkmale keine Rücksicht nehme, obwohl der BMI dies sogar normiere.

Die Antragstellerin legt in weiterer Folge ihr Interesse an der Nichtigerklärung der Ausschreibung sowie jene Rechte, in denen sie sich verletzt erachtet, dar und führt zum drohenden bzw. entstandenen Schaden detailliert aus.

Mit Beschluss des Verwaltungsgerichtes Wien vom 5.2.2020 ... wurde die einstweilige Verfügung antragsgemäß erlassen.

Mit Schriftsatz vom 10.2.2020 nahm die Antragsgegnerin zum Nachprüfungsantrag Stellung und führte vorab zum vorhergehenden Vergabeverfahren und zusammengefasst zum gegenständlichen Vergabeverfahren aus:

Zu den im Nichtigerklärungsantrag behaupteten Rechtswidrigkeiten gab sie zu „ausreichende Spezifikation von Leistungsinhalt und Leistungsumfang“ unter Anführung von Judikatur und unter Hinweis auf § 104 Abs. 2 BVergG 2018 an, dass in den Punkten 2 und 3 der Leistungsbeschreibung – in mehrere Kategorien unterteilt – jene Tätigkeiten festgelegt seien, die der zukünftige Auftragnehmer zu erfüllen habe. Der Inhalt dieser Tätigkeiten sei präzise umschrieben und seien klare, präzise und eindeutige Grenzen gezogen, in welchem maximalen Ausmaß Tätigkeiten zu erbringen seien, die entweder berufsfremd seien oder über die Verwendungsgruppen A, B oder D des Kollektivvertrags Wachorgane im Bewachungsgewerbe hinausgingen. Die Ausführungen der Antragstellerin, wonach die Auftraggeberin falsche Maximalwerte angegeben hätte, gingen ins Leere. Die Angabe in Punkt 2.4 der Leistungsbeschreibung basiere auf einer statistischen Erhebung durch die Auftraggeberin, welche gezeigt habe, dass die Mengen viel stärker nach Tageszeit, Jahreszeit und natürlichen Umständen variierten als nach der jeweiligen Krankenanstalt. Die unterschiedlichen Leistungsspektren der Krankenanstalten stünden demgegenüber in keinem Zusammenhang zum Umfang der jeweils erforderlichen Sicherheitsdienstleistungen. Genauere Angaben zum Umfang dieser Leistungen – insbesondere auch eine Aufteilung auf die verschiedenen Lose – seien nicht möglich und wären unseriös.

Zur „gewerberechtlichen und kollektivvertraglichen Zuordnung“ führt die Auftraggeberin aus, dass der Umfang der zu erbringenden Leistungen im Leistungsverzeichnis verbindlich festgelegt worden und die befürchtete Überschreitung der Grenzen des § 32 Absatz 1a GewO (15 %) insofern unbegründet sei. Würde der von der Auftraggeberin vorgegebene Maximalwert von 4 % bzw. die Sub-Maximalwerte überschritten werden, müsste eine qualitative Vertragsanpassung gemäß Punkt 7 der Besonderen Vertragsbedingungen (BVB) vorgenommen werden, andernfalls die Auftragnehmerin die Erbringung derartiger Leistungen verweigern könnte. In Punkt 7 der BVB sei ausdrücklich festgehalten, dass eine qualitative Leistungsanpassung von berufsfremden Leistungen über die Grenzen des § 32 Absatz 1a GewO hinaus unzulässig sei (Begrenzung des maximalen Ausmaßes der qualitativen Leistungsanpassung). Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin müsse der künftige Auftragnehmer aufgrund der Ausschreibung somit keine Mitarbeiterinnen aus dem Bereich der Berufsdetektei einsetzen.

Auch auf der Tatsachenebene seien die Angaben der Antragstellerin zum Umfang der berufsfremden Tätigkeiten nicht nachvollziehbar und widersprächen den Erhebungen der Auftraggeberin. Die Werte der Antragstellerin seien möglicherweise auf ihre falsche Vorstellung zur Einordnung von Sicherheitsdienstleistungen zurückzuführen, die sie bereits im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren deutlich geäußert habe. Die Festlegung des Leistungsinhalts und Leistungsumfangs sei Sache der Auftraggeberin. Die Antragstellerin übersehe, dass für die 15 %-Grenze des § 32 Absatz 1a GewO einem anderen Gewerbe (dem Gewerbe der Berufsdetektive) vorbehaltene Tätigkeiten zu berücksichtigen seien, nicht allerdings Tätigkeiten, die zum selben Gewerbe (dem Bewachungsgewerbe) gehörten und nur nach anderen Verwendungsgruppen desselben Kollektivvertrags entlohnt würden. Es werde auf das Erkenntnis der Vorausschreibung verwiesen, wonach eine Überschreitung von 15 % des gesamten Leistungsinhalts durch berufsfremde Tätigkeiten nicht vorläge. Verfehlt sei auch die Behauptung der Antragstellerin, der Umfang der berufsfremden sowie der nicht nach der Verwendungsgruppe B des Kollektivvertrags Wachorgane im Bewachungsgewerbe zu kalkulierenden Leistungen sei für die Schulungen der Sicherheitsdienstmitarbeiterinnen relevant. In Beilage 13.11 der Ausschreibung sei vielmehr eindeutig festgelegt, welche Schulungen die Mitarbeiterinnen des Sicherheitspools – also jener Mitarbeiterinnen, die Sicherheitsdienstleistungen im Sinn des Punktes 2 der Beilage 13.01 (Leistungsbeschreibung) erbrächten – zu absolvieren hätten. Weitere von der Auftragnehmerin allenfalls als zweckmäßig empfundene Schulungen seien nicht gefordert. Die Antragstellerin unterliege einem weiteren Rechtsirrtum, wenn sie sich daran stoße, dass die Auftraggeberin die Zuordnung der Leistungen zu den

Kollektivverträgen unterlassen habe. Nach der Rechtsprechung sei es nicht Aufgabe des öffentlichen Auftraggebers, die von ihm ausgeschriebenen Leistungen den anwendbaren Kollektivverträgen zuzuordnen oder die einschlägigen Gewerbeberechtigungen zu benennen. Es sei Aufgabe der Bieter, im Rahmen der Angebotskalkulation auch sämtliche gesetzliche Rahmenbedingungen wie die anzuwendenden Kollektivverträge zu prüfen und zu berücksichtigen.

Zur „Kalkulierbarkeit der Angebote“ gab die Antragsgegnerin unter Hinweis auf Judikatur und § 88 Abs. 2 BVergG 2018 an, dass die Auftraggeberin den Anforderungen aus dem Erkenntnis zur Vorausschreibung nachgekommen sei, indem sie im Punkt 2.4 der Leistungsbeschreibung in Prozentzahlen festgelegt habe, in welchem maximalen Ausmaß Tätigkeiten zu erbringen seien, die entweder berufsfremd seien oder über die Verwendungsgruppen A, B oder D des Kollektivvertrags Wachorgane im Bewachungsgewerbe hinausgingen. Um die Kalkulation bestmöglich zu gewährleisten, habe sie zudem (Sub)Grenzen zu den einzelnen Tätigkeiten, insbesondere zu jenen, die dem Personenschutz zuzuordnen seien, gezogen. Von diesen Mengenangaben hätten somit sämtliche Bieter bei der Kalkulation der berufsfremden Tätigkeiten oder jenen, die nicht in die Verwendungsgruppe B des Kollektivvertrags Wachorgane im Bewachungsgewerbe fallen, auszugehen. Allfällige Vergleichswerte der Bieter würden für die Kalkulation der Preise keine Rolle spielen, wodurch die Einheitlichkeit der Kalkulationsgrundlagen sämtlicher Bieter gewahrt sei. Sollten die Grenzen überschritten werden, müsste, wie oben dargestellt, eine qualitative Anpassung der zu erbringenden Tätigkeiten vorgenommen werden und könnte entsprechend Punkt 7.1 der BVB das Entgelt angepasst werden. Unabhängig davon, dass mit der 4 %-Regelung klare Grenzen in der Ausschreibung genannt seien, hätten die kollektivvertraglichen Zuschläge für berufsfremde Leistungen nur marginale Auswirkungen auf die Kalkulation. Sie seien daher schon per se nicht geeignet, unkalkulierbare Risiken im Sinne des § 88 Abs. 2 BVergG 2018 zu implizieren, und werde auf ein Beispiel verwiesen. Die in diesem Beispiel allenfalls entstehenden geringfügigen Mehrkosten könnten schließlich keinesfalls von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens sein, weshalb der Nachprüfungsantrag in diesem Punkt unzulässig sei.

Zur „vertieften Angebotsprüfung“ verweise die Auftraggeberin auf § 137 BVergG 2018 und auf Judikatur. Die Voraussetzungen für eine vertiefte Angebotsprüfung könnten erst nach Angebotsöffnung geprüft werden. Die Auftraggeberin werde – wie in der Fragebeantwortung ausgeführt – eine vertiefte Angebotsprüfung bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen gemäß § 137 BVergG 2018 selbstständig durchführen. Da alle Bieter im Rahmen ihrer Kalkulation die Mengenangaben des Punktes 2.4 der Leistungsbeschreibung berücksichtigen müssten, würden auffallend niedrige Preise (zum Beispiel Preise mit Lohnanteilen unterhalb des Kollektivvertrags oder ohne einkalkulierte Gewinnspannen) sehr wohl erkennbar sein.

Zu „Arbeitsplätze mit PC und Internetzugang“ habe die Auftraggeberin in der Fragebeantwortung nicht ausweichend geantwortet, sondern eine klare Kalkulationsgrundlage festgelegt, nämlich dass Bieterinnen bei der Angebotskalkulation nicht davon ausgehen könnten, dass solche Arbeitsmittel seitens der Auftraggeberin zur Verfügung gestellt würden. Diese Regelung treffe alle Bieter in gleichem Ausmaß. Die Bieter müssten als sorgfältige Unternehmer die Kosten der Arbeitsmittel entsprechend einkalkulieren. Zudem stelle sich die Frage, in welcher Höhe der Antragstellerin tatsächlich Kosten für die hier kritisierte Festlegung der Auftraggeberin entstünden. Die Auftragnehmerin werde wohl nicht neue PCs anschaffen und wohl auch nicht einen neuen Internet-Provider-Vertrag abschließen müssen, um die ausgeschriebenen Leistungen erbringen zu können. Die Kosten der Arbeitsmittel seien außerdem über einen längeren Zeitraum abzuschreiben. Es könnten demnach nur sehr geringfügige anteilige Administrationskosten anfallen. Diese Kosten machten einen Promille-Anteil des jährlichen Auftragsvolumens aus und werde bestritten, dass dies diskriminierend sei und einen Einfluss auf die Angebotsbewertung haben könne. Die von der Antragstellerin geforderte Feingranularität bei der Preisprüfung sei völlig überzogen und überschreite sogar das von der Judikatur zur vertieften Angebotsprüfung aufgestellte Maß der Prüfungsgenauigkeit. Allenfalls entstehende sehr geringfügige Mehrkosten könnten schließlich keinesfalls von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens sein, weshalb der Nachprüfungsantrag in diesem Punkt unzulässig sei.

Zur „Festlegung zum Body-Mass-Index“ werde festgehalten, dass es Aufgabe des Auftraggebers sei, die Anforderungen seiner Beschaffung festzulegen. Die Festlegungen der Auftraggeberin stammten von Empfehlungen des beigezogenen Experten für die auftragsgegenständlichen Leistungen. Die Anforderung sei sachlich gerechtfertigt, weil sie am Auftragsgegenstand gemessen sei: Mitarbeiterinnen im Sicherheitsdienst müssten nämlich über entsprechende körperliche Fitness verfügen, um jederzeit in der körperlichen Lage zu sein, die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen zu erbringen. Diese Fitness sei regelmäßig gegeben, wenn die Personen in den geforderten BMI-Bereich

fielen, und zwar geschlechtsunabhängig. Eine allfällige Abweichung von den BMI-Vorgaben der Auftraggeberin sei natürlich möglich und führe nicht automatisch zur Ablehnung der Person. Vielmehr könne die Tauglichkeit der Mitarbeiterinnen – zum Beispiel wegen überdurchschnittlicher Muskelmasse – durch eine ärztliche Bestätigung festgestellt werden. Auch wenn ein über dem Durchschnitt liegender Anteil an Muskelmasse zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen von Vorteil sei, müsse die Auftraggeberin einen angemessenen Referenzbereich festlegen. Der von der Auftraggeberin festgelegte BMI-Bereich stelle einen sinnvollen Kompromiss zwischen Muskelmasse und Ausdauer dar. Für alle außerhalb dieses Rahmens befindliche Personen müsse die Eignung über einen Arzt festgestellt werden. Sofern der Bieterin Kosten durch eine solche ärztliche Eignungsfeststellung entstünden, könnten die Kosten in den Preispositionen des Preisblattes einkalkuliert werden und werde durch eine solche Festlegung keine Bieterin bevorzugt oder benachteiligt, weshalb sie auch nicht diskriminierend sei.

Dazu gab die Antragstellerin am 18.2.2020 eine Stellungnahme ab, in welcher sie betont, dass die mehrmalige Redaktion der Ausschreibungsunterlagen nicht zu einem besseren Verständnis beigetragen habe. Die Antragsgegnerin habe es nicht nur unterlassen, unklare Bestimmungen endgültig eindeutig klarzustellen, sondern habe darüber hinaus beigetragen, dass andere Bestimmungen unklarer geworden seien und beweise dies nicht zuletzt die Vielzahl der Bieteranfragen und deren umfangreiche Beantwortung, die unter anderem wiederum auch Berichtigungen enthielten.

In weiterer Folge wird zu „Option Alarmanlage“ vorgebracht, dass der Begriff „Grundpauschale“ nach wie vor von der Antragsgegnerin nicht erklärt worden sei und eine unklare Kalkulationsgrundlage darstelle. Darüber hinaus gebe die Antragsgegnerin die notwendigen technischen Übertragungsprotokolle der Alarmanlagen nicht bekannt, womit unklar sei, ob ein Bieter die Leistung überhaupt erbringen könne.

Zu „Alarmanlage“ werde vorgebracht, dass aktuell in den Ausschreibungsunterlagen keine Alarmanlagen vorgesehen seien, was diskriminierend gegenüber Kleinunternehmen sei, während große Anbieter am Markt die Option jedenfalls erbringen könnten. Es sei diskriminierend und sachlich nicht gerechtfertigt, eine Leistung optional ausschreiben zu lassen, die dann nicht abgerufen werde.

Zum „Brandschutz-Lotsendienst gemäß Punkt 3.2“ verweist die Antragstellerin darauf, dass die Auspreisung der bloßen Qualifikation als Grundpauschale jedoch nicht die Zurverfügungstellung des Sicherheitsdienstmitarbeiters verlangt sei, wobei Letzteres jedoch kalkulationsrelevant sei, da der jeweilige Mitarbeiter dann Leistungen erbringe und einer anderen Verwendungsgruppe zuzuordnen sei. Damit werde die eigentliche Leistung nicht ausgepriesen.

Bei der gewerberechtlichen und kollektivvertraglichen Zuordnung gebe die Antragsgegnerin in ihren Unterlagen die kollektivvertragliche Zuordnung verbindlich vor, weshalb sie auch gefordert sei, die Zuordnung richtig vorzunehmen, da ansonsten die Aussagekraft der einlangenden Angebote nicht gegeben sein könne.

Bei der Kalkulierbarkeit der Angebote gestehe die Antragsgegnerin zu, dass die kollektivvertraglichen Zuschläge eine Auswirkung auf die Kalkulation hätten, auch wenn sie diese Auswirkung als marginal bewerte. Jegliche Auswirkung auf den Preis sei, solange der Preis Zuschlagskriterium sei, von Bedeutung. Die Antragsgegnerin lege auch fest, dass die Werte auf zwei Kommastellen gerundet würden, womit auch marginale Auswirkungen entscheidend für den Zuschlag sein könnten.

Bei der vertieften Angebotsprüfung widerspreche sich die Antragsgegnerin in ihren Ausführungen, wenn sie einerseits ausführe, dass sie in einer etwaigen Angebotsprüfung die gegenständlichen Umstände sehr wohl erkennen würde, andererseits anerkenne sie, dass im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung lediglich der Umstand geprüft werde, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen könne. Damit sei an diese Prüfung der Maßstab der Plausibilität angelegt. Marginale Auswirkungen, die durch die diskriminierenden (unrichtigen) Angaben der Antragstellerin bedingt seien, würden auf diese Weise nicht erkannt.

Bei den Arbeitsplätzen mit PC und Internetzugang bestätige die Antragsgegnerin, dass sie einerseits falsche Kalkulationsgrundlagen geschaffen habe, obwohl die richtigen Angaben in ihrer Sphäre lägen und andererseits, dass die Auswirkungen so geringfügig seien, dass sie der Antragstellerin in einer vertieften Angebotsprüfung nicht auffallen würden. Diese versteckte Diskriminierung sei nichtsdestotrotz wesentlich für die Zuschlagsentscheidung.

Bei der Festlegung zum Body-Mass-Index sei völlig unklar, warum die Auftraggeberin eine offenkundige Geschlechter- und Altersdiskriminierung nicht ausräumen wolle und unter anderem damit den ordentlichen Gang des Verfahrens verhindere.

Dem hielt die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 9.3.2020 entgegen, dass zwischenzeitig weitere Bieteranfragen bei der Auftraggeberin eingelangt seien und sich zahlreiche Fragen mit dem Vorbringen der Antragstellerin in der Stellungnahme vom 18.2.2020 decken würden. Die Antragsgegnerin habe die eingelangten Fragen mittels „Dritter Fragebeantwortung“ vom 2.3.2020 beantwortet und auf 8 Fragen betreffend „Alarmanlage“ weitere Klarstellungen, insbesondere zur Kalkulation der Grundpauschale, zum Übertragungsprotokoll und den Alarmkriterien, getroffen.

Zum (erstmaligen) Vorbringen der Antragstellerin, dass die Vorgaben betreffend Alarmanlagen diskriminierend seien und die Kalkulation der Preise im Zusammenhang mit den Alarmanlagen nicht möglich sei, werde unter Hinweis auf Judikatur auf die Möglichkeit der Auftraggeberin, eine Option festzulegen, verwiesen.

Die Mindestanforderungen an die Alarmanlagen (unter anderem auch hinsichtlich der Übertragungsprotokolle) und Tätigkeiten im Zusammenhang mit Alarmanlagen seien bereits in der Beilage 13.01 Punkt 3.3 großteils sehr präzise festgelegt. Aufgrund der eingelangten Fragen werde zu diesem Themenkreis eine weitere Konkretisierung vorgenommen. Damit seien die von der Antragstellerin monierten fehlenden Angaben in der „Dritten Fragebeantwortung“ vom 2.3.2020 zur Verfügung gestellt worden und sei die Antragstellerin in diesem Punkt klaglos gestellt. Die Angaben der Antragstellerin zur Höhe der Monatspauschale seien für die Auftraggeberin nicht nachvollziehbar. Das von der Antragstellerin herangezogene Rechenbeispiel gehe an der ausschreibungsgegenständlichen Leistung vorbei. Die Festlegungen der Auftraggeberin seien spätestens seit der „Dritten Fragebeantwortung“ hinreichend genau konkretisiert, sodass jeder Bieter in der Lage sei, ein Angebot ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken zu erstellen.

Zum (erstmaligen) Vorbringen der Antragstellerin, dass die Angaben der Auftraggeberin betreffend Brandschutz-Lotsendienst in den Ausschreibungsunterlagen unklar seien, werde ausgeführt, dass es sich bei diesem Dienst um einen Sicherheitsdienstmitarbeiter und demnach um einen Mitarbeiter des Mitarbeiterpools handle, der neben den in der Ausschreibung festgelegten Mindestanforderungen für Mitarbeiter des Mitarbeiterpools zusätzlich eine Qualifikation für den Brandschutz-Lotsendienst aufweise. Für die Kalkulation sei – wie auch in der Beantwortung der Frage Nummer 47 (Zweite Fragebeantwortung) – in der Preisposition A1 des Preisblattes die Monatspauschale für die Sicherheitsdienstmitarbeiter exklusive der Qualifikation zu den Brandschutz-Lotsendienst anzugeben. Die durch die für diesen Brandschutz-Lotsendienst erforderliche besondere Qualifikation entstehenden Mehrkosten (Ausbildung, Entlohnung) seien in der Position A3 im Preisblatt, wo der Aufpreis für die Qualifikation Brandschutz-Lotsendienst bei dem Sicherheitsdienstmitarbeiter anzugeben sei, zu kalkulieren. Eine Unklarheit oder ein Kalkulationsrisiko sei nicht gegeben. Im Gegenteil sei die gesonderte Möglichkeit des Auspreisens der Zusatzkosten für den Lotsendienst eine Hilfestellung, die den Bietern ein allfälliges Kalkulationsrisiko nehme.

Zu den im bisherigen Vorbringen der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten der Ausschreibung wurde das bisherige Vorbringen aufrechterhalten bzw. zusammengefasst und präzisiert.

Am 12.3.2020 fand vor dem Verwaltungsgericht Wien die beantragte öffentliche mündliche Verhandlung statt, im Zuge welcher die von der Antragstellerin beanstandeten Punkte in der Ausschreibung umfassend erörtert wurden.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Aufgrund des unbestrittenen Vergabeaktes, der im Nachprüfungsverfahren ergangen und den Parteien nachweislich zugestellten Schriftsätzen sowie dem Ergebnis der durchgeführten mündlichen Verhandlung wird nachstehender Sachverhalt als erwiesen festgestellt:

I. Die Stadt Wien – Wiener Krankenanstaltenverbund führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages betreffend die Vergabe von Sicherheitsdienstleistungen in 7 Losen. Die 7 Lose stellen jeweils Krankenanstalten an bestimmten Standorten dar.

Auftragsgegenstand sind Aufgaben im Objektschutz und Schutz der körperlichen Unversehrtheit, wobei der Schutz der körperlichen Unversehrtheit bei schutzwürdigen Situationen prioritär gegenüber Objektschutz zu sehen ist (zB ist ein Bewachungsrundgang bei Wahrnehmung einer Situation mit Gefahr der körperlichen Unversehrtheit zu

unterbrechen). Unter Punkt 2. der Leistungsbeschreibung wird der Leistungsumfang detailliert dargelegt; unter Punkt 3. werden weitere Tätigkeiten (teils) optional festgelegt.

Die Ausschreibungsunterlagen wurden am 22.12.2019 veröffentlicht, die Angebotsfrist wurde zuerst mit 11.2.2020, 11:00 Uhr, festgesetzt und nach Einlangen des Nachprüfungsantrages bei der Antragsgegnerin immer wieder verlängert.

Im Zuge des Vergabeverfahrens wurde die „Erste-“ und „Zweite Fragebeantwortung“ veröffentlicht. Nach Einbringen des Nichtigerklärungsantrages wurden weitere Fragen an die Auftraggeberin gerichtet, welche diese in der „Dritten Fragebeantwortung“ bearbeitet und am 2.3.2020 veröffentlicht hat. Diese Festlegungen sind bestandfest.

Die Antragstellerin hat am 28.1.2020, eingelangt am 29.1.2020, einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Verwaltungsgericht Wien eingebracht.

Mit Beschluss des Verwaltungsgerichtes Wien vom 5.2.2020 ... wurde die einstweilige Verfügung antragsgemäß erlassen.

Mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 9.10.2019 ... wurde dem Antrag der (gegenständlichen) Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen im Vergabeverfahren der (gegenständlichen) Antragsgegnerin auf Durchführung von Sicherheitsdienstleistungen in diversen Anstalten der Stadt Wien – Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund stattgegeben und die Ausschreibung nichtig erklärt.

II. Die gegenständliche Ausschreibung lautet in den verfahrensgegenständlichen Punkten wie folgt (Hervorhebungen im Original):

II.a) Punkt 2.4 der Leistungsbeschreibung legt zu „Mengenangaben“ fest:

„Die auftragsgegenständlichen Tätigkeiten sind Großteiles als jene des Bewachergewerbes gemäß § 129 Abs. 4 und Abs. 5 GewO zu betrachten und auszuführen. Das Gesamtausmaß von Leistungen, die entweder berufsfremd sind oder über die Verwendungsgruppen A, B oder D des Kollektivvertrags für Wachorgane im Bewachungsgewerbe hinausgingen, beträgt maximal 4 % der Gesamtleistungen des Punktes 2. Aufschlüsselung davon (der maximal 4 % der Gesamtleistungen):

- Tätigkeiten zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit fallen im maximalen Ausmaß von 1 % der Gesamtleistungen des Punktes 2. an,
- Tätigkeiten betreffend die Mithilfe bei der PatientInnensuche fallen im maximalen Ausmaß von 0,5 % der Gesamtleistungen des Punktes 2. an,
- Tätigkeiten betreffend den Begleitschutz von MitarbeiterInnen fallen innerhalb des Anstaltsgeländes gemäß Punkt 2.4 im maximalen Ausmaß von 0,6 % der Gesamtleistungen des Punktes 2. an,
- Tätigkeiten betreffend der PatientInnen- oder BesucherInnen-verweise fallen im maximalen Ausmaß von maximal 0,4 % der Gesamtleistungen des Punktes 2. an und
- sonstige allfällige berufsfremde bzw. zu einer kollektivvertraglichen höheren Einstufung oder Zulage führende Tätigkeiten fallen im maximalen Ausmaß von maximal 1,5 % der Gesamtleistungen des Punktes 2. an.

Zu Möglichkeit der Vereinbarung der Erbringung von oben genannten Tätigkeiten über die genannten maximalen Ausmaße hinaus und die dadurch anfallenden Zuschläge zum vereinbarten Entgelt siehe Beilage 13.02 BVB Punkt 7 (qualitative Anpassung). Selbst im Fall einer qualitativen Anpassung gemäß Punkt 7 der Beilage 13.02 wird das Gesamtausmaß von Leistungen, die entweder berufsfremd sind oder über die Verwendungsgruppen A, B oder D des Kollektivvertrags für Wachorgane im Bewachungsgewerbe hinausgingen, voraussichtlich deutlich unter 10 % liegen und muss jedenfalls zwingend unter den Grenzen des § 32 Abs. 1a GewO für wirtschaftlich sinnvolle Nebenleistungen liegen.“

Die Auftraggeberin hat nach der o.a. Nichtigerklärung der vorangegangenen Ausschreibung mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 9.10.2019 statistische Erhebungen durch Anfragen bei den gegenständlichen sieben Krankenanstalten und zusätzlich dem D.-KH durchgeführt. Diese Anstalten haben auf diese Anfrage hin Angaben zu Vorfalltypen, kategorisiert nach den Tätigkeiten der Gewerbeordnung, Art der Vorfälle, Dauer der Vorfälle und deren Anzahl innerhalb eines Beobachtungszeitraumes von 3 Monaten gemacht. Der dreimonatige Beobachtungszeitraum

reichte jedenfalls bis Dezember 2019. Aufgrund dieser Daten wurde sodann ein Maximalwert, der nach Ansicht der Antragsgegnerin für jede Krankenanstalt passend ist, festgelegt und in die gegenständliche Ausschreibung übernommen.

Der Vertreter der Antragstellerin hat im Zuge der mündlichen Verhandlung zu den berufsfremden Tätigkeiten aus seiner Sicht und Erfahrung als derzeitiger Auftragnehmer im Los 3 (C.) betreffend Notaufnahme und Psychiatrie ausgeführt, dass hierbei der Schwerpunkt sei, einer Eskalation entgegenzuwirken und präventiv zu arbeiten, d. h. Gespräche zu führen, beruhigend zu wirken etc., und diese - aus seiner Sicht berufsfremde - Tätigkeit 20 % der Gesamttätigkeit ausmache. Nach Ansicht des Vertreters der Antragstellerin gebe es keine spezifische Ausbildung für derartige deeskalierende Tätigkeiten im Gewerbe der Berufsdetektive, allerdings sei eine höhere Qualität gegeben, wenn diese Tätigkeit von Berufsdetectiven bzw. Mitarbeitern des Berufsdetectives (Berufsdetectivassistenten) erbracht würden, da durch die gesetzlichen Vorgaben eine Ausbildung im Personenschutz einhergehe, und dies sei im Fall der Mitarbeiter der Antragstellerin erfüllt.

In Punkt 2. und 3. der Leistungsbeschreibung ist die auftragsgegenständliche Leistung umfassend und detailliert beschrieben:

In Punkt 2.2 „Tätigkeiten Objektschutz und Sperrdienst“ werden beispielsweise aufgelistet: 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 (zB Arbeiten von Fremdfirmen, gesellschaftliche Ereignisse, wie Seminare, Feiern etc.) 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 Brandschutzordnung; Verständigung von Sicherheitskräften in dringenden Fällen; Anhalten und Verweisen von Personen, die im Zuge der Rundgänge angetroffen werden und die nicht eindeutig dem Krankenhausbetrieb zuzuordnen sind.

Unter Punkt 2.3 „Sonstige Tätigkeiten“ werden 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 (zB Feuerwehraufstellplätze, Rettungszufahrt, Behindertenparkplätze, reservierter Parkplätze dgl.); Auskünfte gegenüber Besuchern bezüglich Örtlichkeiten am Anstaltsgelände.

Daneben sind unter Punkt 2.1 „Tätigkeiten zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit“ 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; ggf. Alarmierung der Polizei. 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.

Berufsfremde Tätigkeiten oder solche, die über die Verwendungsgruppen A, B oder D des Kollektivvertrags Wachorgane im Bewachungsgewerbe hinausgehen, sind in Punkt 2.4 in Prozentzahlen festgelegt (siehe vorne), weiter unterteilt und aufgeschlüsselt.

In Punkt 7 der Besonderen Vertragsbestimmungen (Beilage 13.02) ist neben der quantitativen Vertragsanpassung (Anzahl der Sicherheitsdienste pro Anstalt und zeitliches Ausmaß) auch die qualitative Vertragsanpassung vorgesehen. Diese sieht vor, dass bei Überschreiten der in Beilage 13.01 Punkt 2.4 vorgesehenen Maximalgrenze (zB Mithilfe bei der PatientInnensuche im Ausmaß von mehr als 0,5%) zusätzlich zur Pauschale Zuschläge in Höhe der im Kollektivvertrag für Wachorgane im Bewachungsgewerbe vorgesehenen Zulagen abgerechnet werden. Explizit wird dazu festgehalten,

dass Tätigkeiten anderer Gewerbe als des Bewachungsgewerbes insgesamt die Grenzen des § 32 Abs. 1a GewO für wirtschaftlich sinnvolle Tätigkeiten nicht überschreiten. Demnach soll eine Vertragsanpassung (Abrechnung) von über den in Punkt 2.4 genannten Prozentgrenzen hinaus bis zu der in § 32 Abs. 1a GewO genannten Grenze erfolgen.

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass unter Zugrundelegung der Beschreibung des Leistungsgegenstandes Tätigkeiten des Objektschutzes gegenüber jenen des Personenschutzes den überwiegenden Teil der ausgeschriebenen Sicherheitsdienstleistung darstellen. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die von der Auftraggeberin festgelegte Prozentgrenze von maximal 4% (mit weiteren Aufgliederungen) bzw. nicht über maximal 15% berufsfremder Tätigkeiten aufgrund der von ihr durchgeführten statistischen Erhebungen in diversen Krankenanstalten und dem D.-KH für die Dauer von drei Monaten nachvollziehbar und plausibel erscheint. Hingegen ist die von der Antragstellerin zuerst mit 15% und dann mit 20% angegebene Prozentgrenze auf eine unzutreffende Zuordnung von vorbeugender Deeskalation durch Anwesenheit von Bewachungspersonal und damit auf einen von der Antragstellerin angenommenen höheren Anteil der Leistungen des Berufsdetektivgewerbes zurückzuführen. Diese (verfehlte) Ansicht hat die Antragstellerin bereits im vorangegangenen Verfahren (siehe Erkenntnis vom 9.10.2019, ...) vertreten.

II.b) Arbeitsplätze mit PC und Internetzugang

In der Beilage 13.01 unter Punkt 10. wird unter „Weitere Arbeitsmittel“ festgelegt, dass je nach Einrichtung den MitarbeiterInnen der Auftragnehmerin verschiedene Hilfsmittel zur Verfügung stehen und weiters:

„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.“

In der Fragebeantwortung Nr. 8 wird dazu 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.“

Fest steht demnach, dass für die Kalkulation des Angebotes nicht vom Vorhandensein von Arbeitsplätzen mit PC und Internetzugang auszugehen ist.

Unter Punkt 3. der Beilage 13.01: „Weitere Tätigkeiten“ wird festgelegt, dass die Auftraggeberin optional folgende weitere Tätigkeiten aus dem gegenständlichen Vertragsverhältnis abrufen kann (sofern diese nicht fix abgerufen werden – siehe Punkt 3.1 und 3.2):

II.c) „3.2 Tätigkeit Brandschutz-Lotsendienst:

Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses sind lediglich in den Losen 1 (Einrichtung Krankenhaus E.), 4 (Einrichtung Krankenanstalt F.) und 6 (Einrichtung G.-spital) die unten angeführten Tätigkeiten des Brandschutz-Lotsendienstes vorgesehen. In den übrigen Losen dient die Möglichkeit des Abrufs von solchen Tätigkeiten einem allfälligen Bedarf. Sofern von einer weiteren Anstalt gewünscht, kann die Auftraggeberin über die gesamte Vertragslaufzeit optional mit einer Vorlaufzeit von zumindest 3 Monaten die unten angeführten Tätigkeiten abrufen. Die Verständigung vom Abruf erfolgt bei Bedarf durch die jeweilige Anstalt in einer gesonderten schriftlichen Mitteilung.

Die Tätigkeiten des Brandschutz-Lotsendienstes umfassen die Unterstützung bei Feuerwehreinsätzen (Lotsendienst): Es ist die Einweisung der Einsatzkräfte zum jeweiligen Einsatzort sicherzustellen. Es wird darauf hingewiesen, dass sich diese Person im Brandfall entgegen den Vorgaben des ArbeitnehmerInnenschutzes zur Gefahrenstelle hin bewegen muss, um die Einsatzkräfte durch die örtlichen Kenntnisse zu unterstützen.“

Fest steht, dass diese Leistung lediglich in den angeführten Losen fix abgerufen wird. In Beilage 13.11 unter Punkt 2.10. („Modul 5 – Brandschutz-Lotsendienst (sofern im Los angegeben oder optional abgerufen“) ist die Ausbildung für solche Mitarbeiter definiert. Es handelt sich hierbei um eine Basisausbildung bei der Feuerwehr, bestehend aus Grundlehrgang und Truppenführer-Ausbildung. Die Absolvierung dieser Ausbildung (Modul 5) ist von den jeweiligen Personen spätestens 10 Tage vor Leistungsbeginn in der jeweiligen Anstalt nachzuweisen. Es ist demnach eine

besondere Qualifikation eines Sicherheitsdienstmitarbeiters vor Leistungsbeginn gefordert. In der Beilage 13.01.1 der Leistungsbeschreibung (Preisblatt) sind in Position A1 „Monatspauschalen für die Gesamtleistung Sicherheitsdienst im Gesundheit- und Sozialbereich gem. LB Punkt 2 des Loses“ und in Position A3 „Brandschutz-Lotsendienst gem. Punkt 3.2 (Grundpauschale)“ die Kosten für einen derart qualifizierten Sicherheitsdienstmitarbeiter zu kalkulieren.

II.d) „3.3 Tätigkeiten in Zusammenhang mit angeschlossenen Alarmanlagen

Sofern in der jeweiligen Anstalt eine Alarmanlage vorhanden ist und deren Integration und Überprüfung von der Auftraggeberin gewünscht ist, kann die Auftraggeberin über die gesamte Vertragslaufzeit optional mit einer Vorlaufzeit von zumindest 3 Monaten die unten angeführten Tätigkeiten abrufen. Die Verständigung vom Abruf erfolgt bei Bedarf durch die jeweilige Anstalt in einer gesonderten schriftlichen Mitteilung.

Inhalt der Option ist zum einen die Aufschaltung der Alarmanlage (mindestens zweiwegig) und zum anderen die personelle Alarmverfolgung bei tatsächlichem Einsatz (der Alarmfahrer entstammt nicht dem diensthabenden Sicherheitsdienst, gültig für dislozierte Objekte/Arbeitsstätte, abgerechnet zum Preis erste Stunde und danach in Halbstundenintervallen).

Grundsätzlich ist durch die Auftragnehmerin/den Auftragnehmer zu beachten, dass die Bedienung der Alarmanlage ausschließlich durch Personal der Auftraggeberin zu erfolgen hat.

Tätigkeiten durch die Auftragnehmerin:

1. Integration der bereits bestehenden Alarmanlage (Ort wird bei Zutreffen in der Losbeschreibung angegeben) in eine Einsatz- bzw. Notrufzentrale mit 24-stündiger, täglicher Erreichbarkeit (Beschreibung der Leistungskomponenten) und deren tägliche Betreuung seitens der Auftragnehmerin.

2. Tägliche Überprüfung des Leitungsweges der Alarmanlage sowie der Alarmanlagenfunktion zwischen Alarmzentrale und Alarmanlage ab einem mit der Krankenanstalt zu vereinbarem Zeitpunkt durch die Einsatz- bzw. Notrufzentrale.

Sollte zu dem vereinbarten Zeitpunkt die Alarmanlage noch nicht scharf geschaltet sein, muss seitens der Auftragnehmerin (Alarmzentrale) ein Anruf im überwachten Objekt getätigt werden. Falls noch berechnigte Personen vor Ort sind, muss abgeklärt werden, aus welchen Gründen die Alarmanlage von der Bewachungsfirma trotzdem scharf geschaltet werden soll bzw. muss ein erneuter Überprüfungszeitpunkt durch die Alarmzentrale über die Aufschaltung getätigt werden.

Im Falle eines Alarms muss sich ein/e AlarmfahrerIn umgehend zum Objekt begeben und weitere, der Situation angepasste Maßnahmen setzen (Sicherung des Objektes, Verständigung der Polizei, Feuerwehr etc.). Ein von der Auftraggeberin im Auftragsfall zu benennender Kontakt der Auftraggeberin ist umgehend über die Sachlage zu informieren. Nachdem je Los durchschnittlich mit 6 bis 7 Einsätze von AlarmfahrerInnen pro Jahr auszugehen ist, ist der/die AlarmfahrerIn nicht exklusiv für die Auftraggeberin vorzuhalten.

Ist die Alarmanlage an das Meldesystem der Polizei (separater Antrag mit TUSTWG-Formular vorausgesetzt) angeschlossen, entfällt die tägliche Überprüfung und die separate Verständigung der Polizei im Alarmfall. Bei Probealarm ist jedenfalls die ordnungsgemäße Kontaktaufnahme gemäß Formular (TUS-TWG-Meldung), abrufbar auf der Homepage der Landespolizei Wien, einzuhalten. Diese TUS-TWG Alarmanlagen werden in der Losbeschreibung separat angeführt. Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ist in keiner auftragsgegenständlichen Anstalt (in keinem Los) eine TUS-TWG Alarmanlage vorgesehen. Die Option dient einem allfälligen zukünftigen Bedarf an der Integration und der Überprüfung des Leitungsweges der Alarmanlage.“

In der „Dritten Fragebeantwortung“ vom 2.3.2020 wurde in der Fragebeantwortung Nummer 55 zu „Grundpauschale“ und „Aufschaltung“, auf welche auch in den Fragebeantwortungen 56 und 61 Bezug genommen wird, ausgeführt wie folgt:

„Die Grundpauschale (Beilage 13.01 – LB, Seite 41/142, Preisposition A4) bezieht sich auf die Aufschaltung der Alarmanlage gemäß Punkt 3.3 der Beilage 13.01 – LB (Seite 11/142). Wie in Punkt 3.3 der LB festgelegt, handelt es sich dabei um folgende Tätigkeiten durch die Auftragnehmerin:

1. Integration der bereits bestehenden Alarmanlage (Ort wird bei Zutreffen in der Losbeschreibung angegeben) in eine Einsatz- bzw. Notrufzentrale mit 24-stündiger, täglicher Erreichbarkeit (Beschreibung der Leistungskomponenten) und deren tägliche Betreuung seitens der Auftragnehmerin.

2. Tägliche Überprüfung des Leitungsweges der Alarmanlage sowie der Alarmanlagenfunktion zwischen Alarmzentrale und Alarmanlage ab einem mit der Krankenanstalt zu vereinbarem Zeitpunkt durch die Einsatz- bzw. Notrufzentrale.

Sollte zu dem vereinbarten Zeitpunkt die Alarmanlage noch nicht scharf geschaltet sein, muss seitens der Auftragnehmerin (Alarmzentrale) ein Anruf im überwachten Objekt getätigt werden. Falls noch berechnete Personen vor Ort sind, muss abgeklärt werden, aus welchen Gründen die Alarmanlage von der Bewachungsfirma trotzdem scharf geschaltet werden soll bzw. muss ein erneuter Überprüfungszeitpunkt durch die Alarmzentrale über die Aufschaltung getätigt werden.

Nicht von der Grundpauschale erfasst, ist die personelle Alarmverfolgung bei tatsächlichem Einsatz (der Alarmfahrer entstammt nicht dem diensthabenden Sicherheitsdienst, gültig für dislozierte Objekte/Arbeitsstätte, abgerechnet zum Preis erste Stunde und danach in Halbstundenintervallen).

Das Entgelt für die personelle Alarmverfolgung ist in den Preispositionen C3 und C4 des Preisblattes (Seite 41/142) abzubilden.“

Zum Übertragungsprotokoll der Alarmanlage wurde in der Fragebeantwortung 57 am 2.3.2020 ausgeführt:

„Das Übertragungsprotokoll der Alarmanlage hat der technischen Norm EN 50136-2 (Alarmanlagen – Alarmübertragungsanlagen und -einrichtungen – Teil 2: Anforderungen an Übertragungseinrichtungen) zu entsprechen.“

Fest steht somit, dass die Auftraggeberin in diesem Punkt eine Option festgelegt hat. Zur Kalkulation dieser Leistung wurden Festlegungen in der Leistungsbeschreibung in Punkt 3.3 und in den zitierten Fragebeantwortung getroffen. In der Beilage 13.01.1 der Leistungsbeschreibung (Preisblatt) sind unter Position A4 „Option Alarmanlage gem. LB. 3.3 (Grundpauschale)“, Position C3 „Option Alarmanlage Interventionskosten bei tatsächlichem Einsatz: Erste Stunde“ und Position C4 „Option Alarmanlage Interventionskosten bei tatsächlichem Einsatz: pro weitere halbe Stunde“ diese Leistungen zu kalkulieren bzw. auszureisen.

Die Antragsgegnerin hat dazu in der Verhandlung ausgeführt, dass diesbezügliche Umstrukturierungen liefern und Umrüstungen bei den Alarmanlagen sowie räumliche Erweiterungen etwa bei dislozierten Stellen nicht absehbar seien, weshalb gegenständliche Option gewählt worden sei.

Fest steht, dass an den ggf. disloziert angeordneten Stellen die Anwesenheit eines Sicherheitsdienstmitarbeiters nicht erforderlich ist. Die Kalkulation erfolgt nach den Festlegungen der Ausschreibung; Einsätze von Sicherheitsdienstmitarbeitern wegen allfälliger Fehlalarme werden nach diesen Festlegungen ebenso abgegolten.

II.e) Zu den Fragebeantwortungen ist allgemein festzuhalten, dass gemäß Punkt 2. der Beilage 13.03 (Besondere Teilnahmebedingungen) die Fragebeantwortungen bei der Angebotslegung zu berücksichtigen sind. Die Fragebeantwortungen blieben unangefochten.

II.f) In der Beilage 13.11 der Ausschreibung wird unter Punkt 2.3. ärztliche Untersuchung und Drogenscreening festgehalten, dass jeder Sicherheitsdienstmitarbeiter vor erstmaligen Dienstantritt in der jeweiligen Anstalt eine umfassende ärztliche Untersuchung zur Feststellung der körperlichen Eignung durchläuft und die Untersuchungen darauf abzielen, die körperliche Eignung für die zum Einsatz gelangenden MitarbeiterInnen sicherzustellen.

„Im Rahmen der ärztlichen Untersuchung müssen folgende Inhalte auf medizinische Unbedenklichkeit für die Ausübung der auftragsgegenständlichen Leistungen bestätigt worden sein:

? Leistungs-EKG im Umfang der Gesundenuntersuchung gemäß den Vorgaben der WGKK bzw. der Nachfolgeorganisation ÖGK

? Seh-/Hörtest im Umfang der Gesundenuntersuchung gemäß den Vorgaben der WGKK bzw. der Nachfolgeorganisation ÖGK

? Blut/Harn im Umfang der Gesundenuntersuchung gemäß den Vorgaben der WGKK bzw. der Nachfolgeorganisation ÖGK

? Nur bedingt: im Rahmen der ärztlichen Untersuchung wird u. a. das Verhältnis der Körpergröße zum Körpergewicht in Form des Body-Maß-Index (BMI) überprüft.

Body-Maß-Index = Gewicht in Kilogramm / (Körpergröße in Meter)²

Der berechnete Wert des Body-Maß-Index (BMI) soll im Bereich von 18-28 liegen. Bei Werten außerhalb der angegebenen Grenzwerte kann seitens des Arztes trotzdem mit Begründungen eine Eignung festgestellt werden.

Die Ergebnisse der ärztlichen Untersuchung dürfen maximal ein Jahr vor Einsatz im KAV alt sein.

(...)

Die Ergebnisse der Untersuchungen sind vom AN-eigenen Arbeitsmediziner (Präventivfachkraft gemäß ASchG) zu sichten und die Arbeitsfähigkeit in der Forderungen schriftlich zu bestätigen.

Die AG behält sich vor, ggf. im Sinne § 8 ASchG, die Eignung durch AG-eigene ArbeitsmedizinerInnen stichprobenartig überprüfen zu lassen.

Dem AN im Sinne seiner Rolle als Arbeitgeber und dem KAV als AG werden nur die Ergebnisse in Form von „geeignet“ und „nicht geeignet“ bekannt gegeben. Durch diese Vorgehensweise wird sichergestellt, dass die Detailergebnisse über Untersuchungsergebnisse von Nichtmediziner, die der ärztlichen Schweigepflicht unterliegen, nicht eingesehen werden können.

Hinweis: Ansprechpartner für die ärztlichen Untersuchungen und das Drogenscreening können arbeitsmedizinische Zentren oder vergleichbare Einrichtungen sein.“

Fest steht, dass zur Festlegung dieser Leistungsanforderung seitens der Auftraggeberin ein Arbeitsmediziner als Experte zugezogen worden ist. Für jeden zum Einsatz kommenden Sicherheitsdienstmitarbeiter sind bereits vor Dienstantritt in der jeweiligen Anstalt die Ergebnisse einer ärztlichen Untersuchung mit den oben angeführten Anforderungen beizubringen. Der BMI-Wert selbst scheint in diesem ärztlichen Attest nicht auf, sondern lautet das Untersuchungsergebnis des auftragnehmerseitigen Mediziners auf „geeignet“ oder „nicht geeignet“. Bei Auffälligkeiten bzw. Unstimmigkeiten in Bezug auf die angeführten Anforderungen ist ein ärztliches Gespräch zwischen auftraggeber- und auftragnehmerseitigem Mediziner vorgesehen. Aufgrund eines solchen Gespräches kann eine Eignung bzw. Arbeitsfähigkeit eines Mitarbeiters festgestellt werden.

Nach Recherche des Gerichtes ist der Body-Mass-Index ein objektiver und allgemein anerkannter Wert und umfasst den gegenständlich festgelegte Bereich geschlechtsunabhängig jenen von Unter- bis Übergewicht.

ll.g) Unter Punkt 2.6 bis 2.10 der Beilage 13.11 der Ausschreibung werden zur Ausbildung der Sicherheitsdienstmitarbeiter Festlegungen getroffen.

Modul 1 umfasst die Grundausbildung (theoretische Schulung: Gewerbeordnung und Kollektivvertrag, Arbeitsvorschriften, Sicherheitstechnik, Berichts- und Meldewesen, Konfliktmanagement, Recht, Maßnahmen für den Notfall, Brandschutz, Erste Hilfe, Kundenpflege und Qualität); zusätzlich ist ein vierstündiger Grundlagenkurs zur Deeskalation bei einem Deeskalationstrainer der Auftraggeberin abzuhalten. Modul 2 – hauseigener Fragenkatalog mit anschließender Prüfung beinhaltet einen für jede Anstalt spezifischen hauseigenen Fragenkatalog. Modul 3 – Ausbildung zum Ersthelfer besteht aus einem Erste-Hilfe Grundkurs; Modul 4 umfasst die Ausbildung zum Brandschutzwart und Modul 5 regelt Ausbildungserfordernisse zum Brandschutz-Lotsendienst (sofern im Los angegeben oder optional abgerufen).

Modul 6 und 7 sind während der Tätigkeit der Sicherheitsdienstmitarbeiter zu absolvieren („Qualifikationen im Laufe der Dienstleistung“); diese umfassen: rechtliche Grundlagen, taktische Grundlagen, praktische Umsetzung, Protokollierung und Zusammenarbeit mit der Exekutive und Lehrgangsabschluss sowie „Spezifische Ausbildung im Gesundheit- und Sozialbereich“.

Darüber hinausgehende Schulungen sind für die ausschreibungsgegenständliche Leistung nicht gefordert.

Die Auftraggeberin hat dazu in der Verhandlung ausgeführt, dass alle Mitarbeiter diese Ausbildung (7 Module) innerhalb von 3 Jahren zu absolvieren haben, wobei genau und spezifisch auf das jeweilige Haus, in welchem dieser

Mitarbeiter eingesetzt werden soll, abgestellt wird. Weiters findet alle 3 Monate ein „Refresher“ statt, um das Qualitätsniveau zu erhalten und ist die Prüfung mehr ein „Check“ über die Kenntnisse dieser hausspezifischen Eigenheiten. Dieses unbestrittene Vorbringen konnte aufgrund der Festlegungen im Vergabeakt den Feststellungen zugrunde gelegt werden.

Maßgebliche Rechtsvorschriften:

Gemäß § 20 Abs. 1 BVergG 2018 sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lautereren Wettbewerbs und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Gemäß § 88 Abs. 2 BVergG 2018 sind Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Preise ohne Ü

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at