jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Lvwg Erkenntnis 2019/10/9 VGW-123/077/10956/2019

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 09.10.2019

Entscheidungsdatum

09.10.2019

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

BVergG 2018 §24

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Dr.in Lettner als Vorsitzende, den Richter Dr. Oppel und die Richterin Mag.a Mandl über den Antrag der A. GmbH auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen betreffend das Vergabeverfahren Durchführung von Sicherheitsdienstleistungen, ..., in diversen Anstalten der Stadt Wien - Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund der Antragsgegnerin Stadt Wien - Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund – Generaldirektion (GED), vertreten durch Rechtsanwälte GmbH & Co KG,

zu Recht e r k a n n t:

I. Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen wird stattgegeben und die Ausschreibung nichtig erklärt.

II. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von Euro 780,38 binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin und hat die Ausschreibung eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages betreffend die Durchführung von Sicherheitsdienstleistungen in diversen Anstalten der Stadt Wien - Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund ausgeschrieben. Das Ende der Angebotsfrist war zunächst für den 27.08.2019 vorgesehen, wurde in der Folge (zunächst) auf den 05.09.2019 verlegt. Die Ausschreibung ist in sieben Lose gegliedert und sieht jeweils eine Laufzeit von 48 Monaten vor.

Die Antragstellerin hat am 22.08.2019 um 14:10 Uhr einen Antrag auf Nachprüfung der Ausschreibung mittels E-Mail übermittelt. Weiters hat die Antragstellerin das Original dieses Antrages am 22.08.2019 zur Post gegeben und auch auf

diese Weise dem Verwaltungsgericht Wien übermittelt. Der Nachprüfungsantrag richtet sich nicht gegen einzelne Lose, sondern gegen die Ausschreibung in ihrer - losübergreifenden - Gesamtheit.

Inhaltlich brachte die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag im Wesentlichen vor:

Die Antragsgegnerin habe bereits im März 2019 die Vorankündigung eines Vergabeverfahrens herausgegeben. Die Antragsgegnerin habe sich erwartet, dass sich interessierte Unternehmer bei ihr für eine Markterkundung, vermutlich gemäß § 24 BVergG 2018, anmelden.

Es sei seitens der Antragsgegnerin (an die Antragstellerin) ein Konvolut an Unterlagen übermittelt worden, das weit über die Bestimmungen des § 24 BVergG 2018 hinausgehe. Dieser normiere, dass Markterkundungen für Leistungsbeschreibungen und für Kalkulationsgrundlagen von potentiellen Auftraggebern gemacht werden könnten, allerdings nicht Verhandlungen zu einer Ausschreibung über Zuschlags- oder Eignungskriterien gemacht werden dürften. Die Antragsgegnerin habe allerdings Letzteres getan.

Somit habe ein bestimmter Bieterkreis jedenfalls einen Marktvorteil von der Antragsgegnerin eingeräumt bekommen, den andere potentielle Bieter nicht eingeräumt bekommen hätten, da die Antragsgegnerin die Unterlagen schon vor Veröffentlichung im Vergabeportal vollständig einem ausgewählten Bieterkreis übermittelt habe. Dieser Vorgang erfülle den Tatbestand der Bevorzugung bzw. der Diskriminierung potentieller Bieter am Markt, da es sich um ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich handle.

Um diesen Vorwurf der Bieterbevorzugung zu konkretisieren, könne ab Seite 59, Punkt 11 „Zuschlagskriterien“ Folgendes entnommen werden:

Die Antragsgegnerin wünsche ein Bestbieterverfahren mit einer Gewichtung 40 % Preis und 60 % Qualität. In den Zuschlagskriterien seien die 60 Punkte, die für Qualität erreichbar seien, exakt definiert worden. Somit hätten Unternehmer, die diese Unterlagen bereits Wochen vor der eigentlichen Ausschreibung zur Verfügung gestellt bekommen hätten, einen Marktvorteil gegenüber allen anderen, da – es werde auf die Tabelle auf Seite 60 des Konvolutes verwiesen - sich die ausgewählten Unternehmer schon mit Zertifizierungen, Anpassung der Haftpflichtversicherung, Erstellung des Konzeptes und des Einsatzlogbuches beschäftigen hätten können und andere Unternehmer nicht. Es liege klar auf der Hand, dass die bereits ausgewählten Unternehmer hier einen Marktvorteil hätten, der einer Gleichbehandlung entgegenstehe. Es entziehe sich der allgemeinen Kenntnis, warum die Antragsgegnerin diese Vorgangsweise gewählt habe. Es dränge sich der Gedanke auf, dass bestimmte Bieter bevorzugt werden sollten, und eben dieses Vorgehen erfülle Straftatbestände.

Es sei auch so, dass mit manchen Unternehmen mündlich verhandelt und andere nur zu einer schriftlichen Stellungnahme zum Konvolut eingeladen worden seien. Somit habe die Antragsgegnerin sogar innerhalb ihrer bemerkenswert unrichtigen Vorgangsweise die bevorzugten Bieter untereinander noch einmal bevorzugt bzw. diskriminiert.

Somit könne sich ein potentieller Bieter, dem die Unterlagen schon lange vor der Veröffentlichung der offiziellen Unterlagen von der Antragsgegnerin übermittelt worden seien, dementsprechend besser auf die Zuschlagskriterien vorbereiten. Insbesondere bei der Bestbieterausschreibung, da 60 % Qualitätspunkte zu holen seien, sei dieser Vorgang bemerkenswert, da jedenfalls bestimmte Bieter somit eine deutlich kürzere Vorbereitungszeit für eine erfolgreiche Teilnahme an der Ausschreibung hätten. Es scheine damit so, dass die Antragsgegnerin bestimmte Bieter absolut bevorzugen möchte und andere eben nicht.

Es stelle sich auch die Frage, warum die Antragsgegnerin plötzlich Zertifizierungen verlange, die einen hohen Aufwand für Unternehmer darstellen würden. Bei diesen Zertifizierungen handle es sich um Zertifikate, die bei den aktuell bei der Antragsgegnerin eingesetzten Sicherheitsunternehmen nicht als notwendig erachtet worden seien. Dieser Umstand erscheine höchst fragwürdig, da die gegenständlichen Aufträge tadellos erbracht würden. Es erscheine auch hier so, als ob diese Zertifizierungen, insbesondere die Zertifizierungen ISO 27001, ISO 45001 und EN 50518, nur dafür missbraucht würden, um am Markt ein bestimmtes Ergebnis für bestimmte Unternehmen zu erreichen.

Zusätzlich erkenne man die besondere Vorgangsweise unter den Vorgaben des sogenannten Konzeptes. Die Angebotsbewertungskommission werde nicht genannt, was ein völliger Bruch der Üblichkeiten des Vergaberechtes sei. Zusätzlich behalte sich die Antragsgegnerin vor, diese Kommission quotlibet zu verändern. Dies könne auf Seite 66 Punkt 14 „Bewertung der Qualitätskriterien“ nachvollzogen werden. Auch hier erscheine „eine vollendete Handlung

plausibel“, „da die Kommission entgegen jeder üblichen Handlung nicht bekannt gegeben“ werde und somit offensichtlich „bestimmten Personen die Kommission bekannt“ sei, um auch hier die Gleichbehandlung der Bieter hintanzuhalten.

Abgesehen davon würde sich die Antragsgegnerin Pauschalpreise wünschen. Pauschalpreise könnten bei einer derart oberflächlich beschriebenen Leistung, in der eine Zuordnung der Leistungen zu den einzelnen CPV-Codes (CPV-Zuordnung 79700000 – „Dienstleistungen von Detekteien und Sicherheitsdienste“, und 79713000 – „Bewachungsdienst“) nicht beschrieben sei, nicht zulässig gefordert werden.

Das BVergG 2018 normiere in § 29 Abs. 3: „Zu Pauschalpreisen ist auszuschreiben, anzubieten und zuzuschlagen, wenn Art, Güte und Umfang einer Leistung sowie die Umstände, unter denen sie zu erbringen ist, zur Zeit der Ausschreibung hinreichend genau bekannt sind und mit einer Änderung während der Ausführung nicht zu rechnen ist.“

Wenn der Gesetzgeber sogar bei einer Rahmenvereinbarung ein verbindliches Mengengerüst fordere, um die Angebotspreiskalkulation durchführen zu können, so sei es umso bemerkenswerter, dass in der gegenständlichen Ausschreibung an folgenden Punkten eben dieses Mengengerüst völlig fehlen würden und somit eine Preiskalkulation unmöglich sei.

Das Leistungsverzeichnis der Antragsgegnerin sei derart oberflächlich gestaltet, dass eine Unterscheidung der Kollektivverträge des Sicherheitsgewerbes unmöglich sei und somit eine Kalkulation ebenso unmöglich gemacht werde. Es könne unterstellt werden, dass hier bestimmte Unternehmer absolut bevorzugt würden und andere vom Markt ferngehalten werden sollten.

Es würden Leistungen von der Antragsgegnerin verlangt, die auf der einen Seite dem Kollektivvertrag für Wachorgane im Bewachungsgewerbe entsprächen und auf der anderen Seite zwingend den Rahmen-Kollektivvertrag für Angestellte im Handwerk und Gewerbe, in der Dienstleistung, in der Information und Consulting für Berufsdetektivassistent zuzuordnen seien. Allerdings treffe die Antragsgegnerin keine Angabe, in welchem Umfang welche Leistungen der beiden unterschiedlichen Kollektivverträge benötigt werden.

So stelle die Antragsgegnerin fest:

„Für die kollektivvertragliche Einstufung ist zu beachten, dass die Sicherheitsdienstleistungen des Punktes 2. der Beilage 13.02 „Leistungsbeschreibung“ nicht zeitlich überwiegend reine Wachdienstleistungen darstellen und dass ein unplausibel niedriger Angebotspreis gemäß § 141 Abs. 1 Ziffer 3 BVergG 2018 zum Ausscheiden des Angebotes führt.“

Allerdings unterlasse die Antragsgegnerin völlig, die von ihr benötigten Leistungen den beiden Kollektivverträgen zuzuordnen, und somit sei es unmöglich, den formulierten Anforderungen zu entsprechen, da beide Kollektivverträge völlig unterschiedliche Leistungs- und Entlohnungsspektren aufwiesen.

Die Antragstellerin fordere die Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen, in weiterer Folge die Nichtigerklärung der gesondert anfechtbaren Entscheidung und somit der Ausschreibung, sowie die Rechtskonformität wieder herzustellen und im Sinne des Gewerbes eine korrekte Ausschreibung abzuhalten.

Verletzte Rechte:

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, da sie grundsätzlich für die ausschreibungsgegenständliche Dienstleistung ein Angebot legen möchte. Aufgrund der zahlreichen Rechtswidrigkeiten habe die Antragstellerin ein rechtlich geschütztes Interesse an einer vergaberechtskonformen Bestbieterermittlung und Zuschlagserteilung.

Die Antragstellerin sei verletzt in ihren Rechten auf

1. Gleichbehandlung

2. Nichtdiskriminierung

3. Transparenz sowie

4. Gesetzmäßige Durchführung des Vergabeverfahrens.

Drohender und entstandener Schaden:

Die Antragstellerin beabsichtige, sich am Vergabeverfahren durch Legung eines konkurrenzfähigen Angebotes zu beteiligen, befürchte aber, dass der genannte Betriebserfolg nicht eintreten werde, da anhand der widersprüchlichen, unklaren und unvollständigen Ausschreibungsunterlagen eine Kalkulation nicht möglich sei.

Die Antragstellerin habe Anspruch auf:

? Kosten gemäß § 340 BVergG 2018

? Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren

? Kosten der Angebotserstellung

? Verlust eines Referenzprojektes

Gründe für die behauptete Rechtswidrigkeit:

Die Gründe für die Rechtswidrigkeit seien:

? Diskriminierung im Rahmen der Markterkundung

? Das oberflächliche Leistungsverzeichnis

? Die mangelnde eindeutige Bezeichnung des Vergabeverfahrens

? Die Widersprüchlichkeit der Ausschreibungsunterlagen hinsichtlich des Mengengerüstes, der kollektivvertraglichen Einordnung und der nachvollziehbaren und transparenten Kalkulationsgrundlage.

Diskriminierung im Rahmen der Markterkundung:

Die Antragsgegnerin habe ein Konvolut an Unterlagen, das weit über die Bestimmungen des § 24 BVergG 2018 hinausgehe, an einen begrenzten Kreis potentieller Bieter übermittelt. In diesem Konvolut würden den Adressaten auch die Zuschlags- und Eignungskriterien zur Verfügung gestellt.

Mangelnde eindeutige Bezeichnung des Vergabeverfahrens:

Die Antragsgegnerin bezeichnet den Leistungsgegenstand mit „CPV-Zuordnung“ 79700000, „Dienstleistungen von Detekteien und Sicherheitsdienste“ und 79713000 – „Bewachungsdienste“. Die Antragsgegnerin schreibe somit Leistungen verschiedener Kollektivverträge aus, differenziere aber in weiterer Folge in den Ausschreibungsunterlagen nicht entsprechend.

Unklare Kalkulationsgrundlage:

Die Antragsgegnerin benötige Leistungen aus den Bereichen Detektei und Bewachung. Es sei für die Kalkulation des Auftrages zwingend notwendig, die Leistungen, die die Antragsgegnerin benötige, so zu trennen, dass es für den Antragsteller möglich sei, die Leistung dem entsprechenden Kollektivvertrag zuzurechnen. Im Kalkulationsblatt sei diese Trennung nicht umgesetzt, eine entsprechende Kalkulation daher nicht möglich. Beispielhaft fordere die Antragsgegnerin in den Ausschreibungsunterlagen:

? „Schutz von Leben, körperliche Unversehrtheit, sexueller Integrität und Selbstbestimmung, Freiheit und Gesundheit von Besuchern, PatientInnen, Angehörigen und MitarbeiterInnen vor körperlichen Übergriffen“ Damit fordere die Antragsgegnerin eindeutig Tätigkeiten des Personenschutzes.

? „Assistenzleistungen, wie z.B Mithilfe bei der PatientInnensuche, auf Aufforderung des medizinischen Personals nach längerer unangekündigter Abwesenheit der PatientInnen von der zuständigen Station im Anstaltsareal.“

? „Begleitschutz von MitarbeiterInnen innerhalb des Anstaltsgeländes wie zum Beispiel bei Botengängen, Geldtransport, etc.“

Diese Tätigkeiten würden unzweifelhaft in den Kollektivvertrag der Detektei fallen und seien aufgrund ihrer Frequenz und Beschaffenheit ein wesentlicher Leistungsbereich. Ein Großteil der Leistungen würde hingegen in den Kollektivvertrag des Bewachungsgewerbes fallen. Im Preisblatt seien die zu kalkulierenden Stunden nicht nach Kollektivvertrag getrennt. Somit sei eine Kalkulation des Angebotes nicht möglich bzw. widerspreche den Grundsätzen einer transparenten Angebotslegung.

Weiterer Verlauf des Nachprüfungsverfahrens:

Auf den Nachprüfungsantrag replizierte der Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 04.09.2019. Auf diesen Schriftsatz replizierte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 12.09.2019. Auf diesen Schriftsatz replizierte wiederum die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 26.09.2019.

Mit Beschluss vom 29.8.2019 wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung insoweit stattgegeben, als die Hemmung des Fortlaufs der Angebotsfrist für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, beginnend mit 23.08.2019, verfügt wurde.

Es wurde am 03.10.2019 eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Während der Verhandlung wurde die Ausschreibung in einem Punkt geändert.

Der Inhalt dieser Repliken ist aus den im Akt befindlichen Schriftsätzen ersichtlich. Inhalt und Verlauf der Verhandlung sind aus dem im Akt befindlichen Verhandlungsprotokoll ersichtlich. Inhalt der Abänderung der Ausschreibung ist sowohl aus dem Verhandlungsprotokoll als auch aus der Eingabe der Antragsgegnerin vom 03.10.2019 ersichtlich. Zum Zeitpunkt des Einlangens dieser Eingabe (11:20 Uhr) war die Verhandlung noch im Gange.

Das Verwaltungsgericht hat festgestellt und erwogen:

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2014 kann eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG 2018 oder dem BVergGKonz 2018 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihr oder ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Die Antragstellerin hat in ihrem Nachprüfungsantrag den Widerruf der gegenständlichen Ausschreibung beantragt.

Die Antragstellerin ist nicht anwaltlich vertreten. Nach erfolgter Darlegung der Unterschiede zwischen einem Widerruf der Ausschreibung durch den Auftraggeber und einer Nichtigerklärung der Ausschreibung durch das Verwaltungsgericht, welche seitens des Verwaltungsgerichtes in der mündlichen Verhandlung erfolgt ist, hat die Antragstellerin klargestellt, dass sie eine Nichtigerklärung der Ausschreibung durch das Verwaltungsgericht gemeint und sich lediglich in ihrer Ausdrucksweise vergriffen hat.

Dazu wird festgestellt, dass aus dem Nachprüfungsantrag insgesamt erkennbar ist, dass die Antragstellerin eine Nichtigerklärung durch das Verwaltungsgericht gemeint hat. Im nachfolgenden Fließtext ihres Nachprüfungsantrages hat die Antragstellerin auch die korrekte Bezeichnung als „Nichtigerklärung“ verwendet. Der objektive Erklärungswert des Nachprüfungsantrages ist daher als Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung zu verstehen. Letzte allenfalls noch mögliche Zweifel am diesbezüglichen objektiven Erklärungswert hat die Antragstellerin jedenfalls in der mündlichen Verhandlung auf Nachfrage durch das Verwaltungsgericht Wien ausgeräumt.

Es lag daher ein Antrag auf Nichtigerklärung vor.

Gemäß § 23 Abs. 1 WVRG 2014 hat der Antrag die in dieser Bestimmung angeführten Formalerfordernisse aufzuweisen.

Im Nachprüfungsantrag fehlte die Angabe der Faxnummer oder der elektronischen Adresse der Antragsgegnerin. Der Nachprüfungsantrag enthielt jedoch außer der Bezeichnung der Antragsgegnerin eine genaue Bezeichnung der betroffenen Ausschreibung. Die Bezeichnung der Antragsgegnerin war insoweit ungenau, als die Antragsgegnerin lediglich mit „Stadt Wien Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund“ bezeichnet wurde, die nähere Untergliederung jedoch fehlte.

Die fehlenden Angaben waren jedoch vom Verwaltungsgericht durch Nachschlagen der von der Antragstellerin angegebenen Ausschreibung feststellbar.

Die Darstellung des drohenden Schadens lag zunächst darin, dass die Antragstellerin ihr Interesse darlegte, ein kompetitives Angebot zu legen und den Auftrag zu erhalten. Durch die von ihr behaupteten Rechtswidrigkeiten drohe ihr als unmittelbarer Schaden, dass sie den Auftrag nicht erhalten werde. Darüber hinaus begründete die Antragstellerin den ihr unmittelbar drohenden Schaden damit, dass sie „Anspruch auf: Kosten gemäß § 340 BVergG 2018, Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren, Kosten der Angebotserstellung und Verlust eines Referenzprojekts“ habe.

Die Antragsgegnerin hat in ihrer Replik ausgeführt, warum ihrer Ansicht nach die Angaben der Antragstellerin zu dem ihr unmittelbar drohenden Schaden unzureichend seien.

Die Antragstellerin hat daraufhin in ihrer Replik eingehend dargelegt, welche Schäden ihr für den Fall, dass sie den Auftrag nicht erhalten sollte, drohen. Die Darlegung dieser Schäden enthielt unter anderem Kalkulationen, welche frustrierten Kosten ihr entstünden und welcher Gewinn ihr entginge.

Ein Nachweis der Entrichtung der Pauschalgebühren war dem Nachprüfungsantrag zunächst nicht angeschlossen. Dieser wurde jedoch innerhalb der vom Verwaltungsgericht mittels Verbesserungsauftrages gesetzten Frist nachgereicht.

Der Nachprüfungsantrag erfüllt die Formalvoraussetzungen des § 23 WVRG 2014. Die Angaben zum unmittelbar drohenden Schaden sind ausreichend, zumal der unmittelbar drohende Verlust des Auftrages als Minimalanforderung an die Darlegung des drohenden Schadens bereits an sich ausreicht und die Antragstellerin ihre zunächst knapp gefassten Darlegungen des ihr unmittelbar drohenden Schadens verbessert hat. Auch dem Erfordernis der ordnungsgemäßen Vergebührung (§ 23 Abs. 2 Z 3 WVRG 2014) hat die Antragstellerin nach Aufforderung fristgerecht entsprochen. Hinsichtlich der Genauigkeit der Bezeichnung der Antragsgegnerin und der Angabe einer Faxnummer oder einer elektronischen Adresse der Antragsgegnerin hat das Verwaltungsgericht aus verfahrensökonomischen Gründen auf einen Verbesserungsauftrag verzichtet, weil die Verständigung der Antragsgegnerin über das erfolgte Einlangen des Nachprüfungsantrages nicht durch ein Verbesserungsverfahren verzögert werden sollte.

Zur vorherigen Markterkundung:

Die Antragsgegnerin hat eine vorherige Markterkundung auf folgende Weise durchgeführt:

Zunächst hat die Antragsgegnerin eine vorangegangene Ausschreibung, die einen vergleichbaren, allerdings auf das Krankenhaus C. eingeschränkten, Leistungsinhalt hatte, widerrufen.

Sodann hat die Antragsgegnerin am 19.03.2019 eine Vorinformation über eine künftige Ausschreibung für Sicherheitsdienstleistungen europaweit veröffentlicht.

Unternehmer, die diese Vorinformation im Detail durchlasen, erfuhren in den Fließtexten bei den Punkten „Zusätzliche Angaben“, dass eine vorherige Markterkundung beabsichtigt war, in der auch protokollierte Marktsondierungsgespräche mit an der Teilnahme interessierten Wirtschaftsteilnehmern durchgeführt würden, und dass sich interessierte Unternehmer bei der Antragsgegnerin melden sollten.

In der Folge hat die Antragsgegnerin den Unternehmern, die sich bei ihr gemeldet haben, ein Konzept der geplanten Ausschreibung zugesendet. Dieses Konzept hat auch die beabsichtigten Eignungskriterien und Zuschlagskriterien enthalten. Die Antragsgegnerin hat dieses Konzept zusätzlich auch einer Reihe von ihr bekannten Unternehmern zugesendet, darunter auch der Antragstellerin. Eine allgemeine Zugänglichmachung dieses Konzeptes etwa auf der Homepage der Antragsgegnerin erfolgte jedoch nicht.

Aus Anlass dieser Zusendung hat die Antragstellerin mit der Antragsgegnerin nicht Kontakt aufgenommen.

In der Folge hat die Antragsgegnerin mit einer Reihe von Unternehmern Markterkundungsgespräche geführt. Diese Markterkundungsgespräche wurden von der Antragsgegnerin sorgfältig dokumentiert und sind dem Vergabeakt angeschlossen. Eine Durchsicht dieser Protokolle durch das Verwaltungsgericht hat ergeben, dass aus den Protokollen klar und nachvollziehbar hervorgeht, welchen Inhalt das jeweilige Gespräch hatte.

Die Inhalte dieser Markterkundungsgespräche wurden für andere interessierte Unternehmer nicht in anonymisierter und um etwaige Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse reduzierter Form allgemein zugänglich gemacht. Es ist daher für andere interessierte Unternehmer nicht transparent nachvollziehbar, was im Zuge der vorherigen Markterkundung insbesondere hinsichtlich der Eignungs- und Zuschlagskriterien besprochen wurde.

Die Antragstellerin vermutet, dass diese Markterkundungsgespräche zumindest für einzelne Unternehmer einen wesentlichen Informationsvorsprung bedeutet haben, welcher nicht ausgeglichen worden sei. Da die Antragstellerin keine Möglichkeit hatte, den Inhalt dieser Markterkundungsgespräche in anonymisierter Form in Erfahrung zu bringen, war die Antragstellerin auch nicht in der Lage, substantiiert vorzubringen, welche Informationen konkret einen solchen Informationsvorsprung für einzelne Mitbewerber ergeben haben sollen.

Die Antragsgegnerin hat dieser Vermutung entgegengehalten, dass sie sämtliche Informationen aus diesen Markterkundungsgesprächen, die für die Bieter von Interesse sind, in die Ausschreibung aufgenommen habe. Sämtliche Informationen, welche die Antragsgegnerin nicht in die Ausschreibungsunterlagen aufgenommen habe, seien für die Bieter auch nicht von Interesse und würden lediglich Anlass für mögliche Verwirrung darstellen.

Dem hat die Antragstellerin entgegengehalten, dass sie selbst beurteilen wolle, welche Informationen für Sie von Interesse sind. Der Inhalt der protokollierten Aufklärungsgespräche sei daher in anonymisierter Form zugänglich zu machen.

Rechtlich ist dazu Folgendes auszuführen:

Gemäß § 24 BVergG 2018 kann ein öffentlicher Auftraggeber vor Einleitung eines Vergabeverfahrens zur Vorbereitung vorherige Markterkundungen durchführen und potentielle interessierte Unternehmer über seine Pläne und Anforderungen informieren. Im Rahmen der Markterkundung kann sich der öffentliche Auftraggeber insbesondere von Dritten beraten lassen. Er kann die solcherart eingeholten Informationen für die Planung und Durchführung des Vergabeverfahrens nutzen, sofern dadurch der Wettbewerb nicht verzerrt oder gegen die Grundsätze des Vergabeverfahrens verstoßen wird.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, ein vollständiges Konzept der Ausschreibungsunterlagen, welches insbesondere auch die in Aussicht genommenen Eignungs- und Zuschlagskriterien beinhaltet, dürfe nicht Gegenstand einer vorherigen Markterkundung sein, so ist der Antragstellerin entgegen zu halten, dass dem § 24 BVergG 2018 eine solche Einschränkung nicht zu entnehmen ist. Eine Einschränkung besteht allerdings dahingehend, dass der Wettbewerb nicht verzerrt und nicht gegen die Grundsätze des Vergabeverfahrens verstoßen werden darf (§ 24 letzter Satz BVergG 2018). Warum im Anlassfall bereits durch die Tatsache, dass die Antragsgegnerin das Konzept einer vollständigen Ausschreibung der vorherigen Markterkundung unterzogen hat, der Wettbewerb verzerrt oder gegen die Grundsätze des Vergabeverfahrens verstoßen worden sein soll, vermochte die Antragstellerin nicht schlüssig darzulegen. Insoweit hat die Antragstellerin daher noch keine Vergaberechtswidrigkeit aufgezeigt.

Wenn die Antragstellerin vermutet, dass einzelnen Mitbewerbern im Zuge der Marktsondierungsgespräche wesentliche Zusatzinformationen zugegangen sind, so ist dazu auszuführen, dass die von der Antragsgegnerin gewählte Vorgangsweise den Bietern die Möglichkeit nimmt, derartige Verdachtsmomente im Zuge des Vergaberechtsschutzes effektiv nachprüfen zu lassen. Dadurch, dass die protokollierten Marktsondierungsgespräche nicht für interessierte Unternehmer in anonymisierter Form zugänglich gemacht werden, wird diesen die Möglichkeit genommen, etwaige Bevorzugungen einzelnen Mitbewerber aufzeigen und durch das Verwaltungsgericht in effektiver Weise nachprüfen zu lassen. Es bliebe insoweit lediglich die Möglichkeit, dass das Verwaltungsgericht im Zuge des Nachprüfungsverfahrens von sich aus die Protokolle über die Marktsondierungsgespräche in jede Richtung auf mögliche Bevorzugungen einzelnen Bieter hin überprüft. Eine solche amtswegige Prüfung durch das Verwaltungsgericht muss dann ausreichen, wenn Informationen dem Antragsteller aufgrund des Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen nicht offengelegt werden können. Ein solches Hindernis, den Bietern die anonymisierten Inhalte der Marktsondierungsgespräche offenzulegen, ist jedoch nicht ersichtlich.

Wenn die Antragsgegnerin vorbringt, dass sie ohnedies sämtliche Informationen, die für die Bieter von berechtigtem Interesse sein können, in die spätere Ausschreibung aufgenommen hat und den Bietern durch die unterbliebene Offenlegung des Inhaltes der Marktsondierungsgespräche kein Nachteil entstehen könne, so dass die Gleichbehandlung der Unternehmer vorerst materiell gewahrt ist.

Im gegenständlichen Fall einer vorherigen Markterkundung, in deren Rahmen ein vollständiges Konzept einer Ausschreibung mit interessierten Unternehmern erörtert wird, ist ohne eine Offenlegung der anonymisierten Inhalte dieser Markterkundung für alle interessierten Unternehmer jedoch nicht transparent nachvollziehbar, ob der Grundsatz der Gleichbehandlung tatsächlich gewahrt wurde. Aus Gründen der Transparenz und des effektiven Rechtsschutzes ist es daher im Anlassfall nach Ansicht des Senates notwendig, den Inhalt der geführten Marktsondierungsgespräche in anonymisierter Form allen interessierten Unternehmern zugänglich zu machen. Dabei hat die Anonymisierung die Herausnahme etwaiger Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Unternehmer, die diese Gespräche geführt haben, zu umfassen. Im Fall etwaiger Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Antragsgegnerin wäre eine Vorgangsweise zu finden, die auch ohne Offenlegung derselben sicherstellt, dass dem Unternehmen, dem ein solches Geheimnis gegebenenfalls anvertraut worden sein sollte, daraus gegenüber Mitbewerbern kein

Wettbewerbsvorteil erwächst und dies auch in transparenter Weise nachvollziehbar ist. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die Weitergabe von Fragen und Antworten in anonymisierter und um etwaige Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse reduzierter Form in der Vergabepraxis nicht neu ist, sondern in der Phase der Angebotsfrist im Zusammenhang mit Bieteranfragen und deren Beantwortung ständig geübte Praxis darstellt.

Die Protokolle über die Marktsondierungsgespräche stellen eine Einheit mit dem Konzept der Ausschreibungsunterlagen, auf das sich diese Gespräche bezogen haben, dar. Insoweit ist auch dieses Konzept für interessierte Unternehmer zugänglich zu machen.

Festzuhalten ist jedoch, dass die Antragstellerin über die fehlende Offenlegung des anonymisierten Inhaltes der Marktsondierungsgespräche hinausgehend hinsichtlich der vorherigen Markterkundung keine weitere Rechtswidrigkeit aufgezeigt hat.

Durch die Tatsache, dass das Konzept der Ausschreibungsunterlagen nicht allen interessierten Unternehmer zugänglich gemacht, sondern nur den Unternehmern, die sich aufgrund der Vorinformation bei der Antragsgegnerin gemeldet haben, und den Unternehmern, die der Antragsgegnerin bekannt waren, zugesandt worden ist, konnte der Antragstellerin kein Nachteil entstehen. Dies ist darin begründet, dass die Antragstellerin dem Kreis der Unternehmer angehört, welche der Antragsgegnerin bekannt waren und welchen die Antragsgegnerin daher die Ausschreibungsunterlagen zugesandt hat.

Die mündliche Verhandlung hat ergeben, dass die Aspekte, durch die sich die Antragstellerin aufgrund der vorherigen Markterkundung konkret beschwert erachtet hat, bereits in dem Konzept der Ausschreibung enthalten waren, welches der vorherigen Markterkundung zugrunde gelegt wurde. Dies trifft insbesondere auf die in den Zuschlagskriterien vorgesehenen Zertifizierungen und vorgesehenen Deckungssummen der Haftpflichtversicherung zu. Die Antragstellerin hat diesbezüglich über diese von ihr konkret relevierten Informationen bereits zu einem Zeitpunkt verfügt, der vor den Zeitpunkten der einzelnen Marktsondierungsgespräche lag. Ein zeitlicher Informationsvorsprung der Mitbewerber, die mit der Antragsgegnerin Marktsondierungsgespräche geführt haben, ist daher hinsichtlich der von der Antragstellerin konkret angeführten Beschwerdeaspekte betreffend die vorherige Markterkundung auszuschließen.

Insgesamt reduziert sich daher die Beschwer der Antragstellerin hinsichtlich der vorherigen Markterkundung darauf, dass im konkreten Fall einer derart umfassenden Markterkundung, die ein Konzept einer vollständigen Ausschreibung einschließt, die geführten Marktsondierungsgespräche in anonymisierter und um etwaige Geschäfts-und Betriebsgeheimnisse reduzierter Form zugänglich zu machen sind. Um dabei nicht neue Ungleichbehandlungen zwischen Unternehmern, die über das Konzept der Ausschreibungsunterlagen bereits verfügen, und solchen, die dies nicht tun, entstehen zu lassen, hat diese Zugänglichmachung auch das Konzept der Ausschreibungsunterlagen einzuschließen. Durch eine solche Maßnahme wird die Transparenz vollständig hergestellt und werden interessierte Unternehmer in die Lage versetzt, nachzuvollziehen, ob der Grundsatz der Bietergleichbehandlung entsprechend gewahrt wurde, sowie etwaige ihrer Ansicht nach vorliegende Verletzungen des Grundsatzes der Bietergleichbehandlung effektiv mit den Mitteln des Vergaberechtsschutzes zu bekämpfen. Das Argument der Antragsgegnerin, dass derartige Informationen bei den interessierten Unternehmern zu Verwirrung führen würden, stellt nach Ansicht des Senates keinen ausreichenden Grund dar, den interessierten Unternehmern derartige Informationen vorzuenthalten.

Zu den verlangten Zertifizierungen:

Die Antragsgegnerin sieht in den Ausschreibungsunterlagen Zertifizierungen nach der ISO 9001, ISO 27001, EN 50518 und ISO 45001 vor.

Die Ausschreibung erfolgt nach dem Bestbieterprinzip. Von insgesamt 100 erreichbaren Punkten sind 40 Punkte für den Preis und 60 Punkte für die Qualität vorgesehen. Von den Punkten für Qualität entfallen 2,5 Punkte auf die Zertifizierungen, 5 Punkte auf die Höhe der Haftpflichtversicherung, 42,5 Punkte auf das Konzept und 10 Punkte auf das Einsatzlogbuch. Die Subkriterien für die Zertifizierung betragen für eine Zertifizierung nach der EN 50518 einen Punkt und für jede der angeführten anderen Zertifizierungen 0,5 Punkte.

Die Bewertung der Zertifizierungen führt zu keiner doppelten Berücksichtigung einer etwaigen Zertifizierung. Die Beurteilung des Konzeptes und des Einsatzlogbuches betreffen jeweils den Inhalt des Konzeptes und des

Einsatzlogbuches, die Zertifizierungen betreffen hingegen die hinter den Prozessabläufen stehende Qualitätssicherung.

Die Antragsgegnerin hat in der mündlichen Verhandlung schlüssig und nachvollziehbar dargelegt, dass das Vorhandensein der vorgesehenen Zertifizierungen für sie in funktioneller Hinsicht jeweils einen Mehrwert darstellt, weil im Fall der jeweiligen Zertifizierung hinter den jeweiligen Prozessabläufen die Qualitätssicherung durch die entsprechende Norm steht.

Dazu kommt, dass die jeweilige Zertifizierung mit 0,5 bzw. maximal einem von insgesamt 100 erreichbaren Punkten insgesamt sehr gering bewertet ist. Eine Bewertung mit einer solchen Punktezahl ist im Hinblick darauf, dass das Vorhandensein der jeweiligen Zertifizierung für den Auftraggeber jeweils einen funktionalen Mehrwert darstellt, keinesfalls als unverhältnismäßig zu werten.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass eine solche Festlegung mittlere und kleinere Unternehmer benachteiligen würde, so ist ihr entgegenzuhalten, dass die Antragsgegnerin ein weites Ermessen dahingehend hat, Aspekte, die für sie einen funktionalen Mehrwert darstellen, als Zuschlagskriterium entsprechend berücksichtigen zu können. Im Hinblick auf die als sehr gering zu bezeichnende Bewertung des Vorliegens etwaiger Zertifizierungen hat die Antragsgegnerin dieses Ermessen keinesfalls überschritten.

Der Nachprüfungsantrag ist daher in diesem Punkt unbegründet.

Zur Höhe der Haftpflichtversicherung:

Die Höhe der Haftpflichtversicherung ist als Zuschlagskriterium mit 5 von insgesamt 60 erreichbaren Qualitätspunkten berücksichtigt. Eine Deckungssumme von € 5 Millionen ist jedenfalls erforderlich. Eine Deckungssumme von über € 5.000.000 bis € 7,5 Millionen wird mit einem Qualitätspunkt, eine Deckungssumme von über 7,5 Millionen bis 10 Millionen mit 3 Qualitätspunkten und eine Deckungssumme von über € 10 Millionen mit 5 Qualitätspunkten berücksichtigt.

Die Antragsgegnerin hat in der mündlichen Verhandlung schlüssig und nachvollziehbar dargelegt, dass durch etwaige Fehlleistungen bei der Ausführung des Auftrages durchaus Schäden von über € 10 Millionen auftreten können. Solche Schadenssummen können nicht nur durch einzelne Fehler eintreten, sondern auch durch eine Kumulation von unterschiedlichen Fehlleistungen. Eine Deckungssumme von über € 10 Millionen hat für die Antragsgegnerin den funktionalen Vorteil, dass durch eine solche Deckungssumme auch Schäden in einer solchen Höhe abgedeckt sind.

Die Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung schlüssig und nachvollziehbar dargelegt, dass Bieter, die lediglich über die erforderliche Mindestsumme an Deckung von € 5 Millionen verfügen, in der Regel nicht in der Lage sein werden, etwaige Schadenssummen von € 10 Millionen und mehr zu begleichen. Dies bedeutet, dass die Auftraggeberin in solchen Fällen tendenziell mit einer Schadenssumme von € 5 Millionen zuzüglich des Betrages, den der Auftragnehmer allenfalls noch aufzuwenden vermag, das Auslangen finden müsste. Eine höhere Deckungssumme stellt daher für die Auftraggeberin durchaus einen funktionalen Mehrwert dar. Es ist daher sachgerecht, wenn die Auftraggeberin einen solchen funktionalen Mehrwert als Qualitätskriterium berücksichtigt.

Dazu kommt, dass auch dieses Zuschlagskriterium mit maximal 5 von insgesamt 60 Qualitätspunkten vergleichsweise gering bewertet und daher keinesfalls unverhältnismäßig ist.

Wenn die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vorgebracht hat, es sei Aufgabe der Auftraggeberin, die Höhe der drohenden Schäden im Fall von Fehlern des Auftragnehmers aufzulisten und zu beziffern, so ist der Antragstellerin entgegenzuhalten, dass Bewachungsunternehmer in der Lage sein müssen, die möglichen Folgen von Fehlleistungen abzuschätzen. So sind selbst für Laien die Ausführungen der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar, dass etwa Personenschäden und Schäden an der Infrastruktur und an teuren medizinischen Geräten mehrere Millionen Euro betragen und sich derartige Schäden im Fall mehrerer Vorfälle kumulieren können. Es ist nachvollziehbar, dass derartige Schäden auch eine Deckungssumme von € 10 Millionen übersteigen können. Auch ist nachvollziehbar, dass im Fall des Verlustes eines Zentralschlüssels ein solcher in falsche Hände geraten und der Verlust auf diese Weise gravierende Auswirkungen haben kann. Nach Ansicht des Senates ist es weder möglich noch erforderlich, in der Ausschreibung etwaige Fehlverhalten aufzuschlüsseln, welche Schäden aus diesen erwachsen können und welche Schadenssummen diese zur Folge haben können.

Das Vorbringen der Antragstellerin ist daher in diesem Punkt nicht begründet.

Zur Angebotsbewertungskommission:

Die Antragstellerin rügt in diesem Punkt, dass die Antragsgegnerin die Mitglieder der Angebotsbewertungskommission nicht namentlich bekannt gegeben und sich Änderungen in der Zusammensetzung der Angebotsbewertungskommission vorbehalten hat.

Dazu ist auszuführen, dass Bieter insoweit lediglich den Anspruch haben, dass die Angebotsbewertungskommission über die erforderliche Unbefangenheit und Sachkunde verfügt.

Das Erfordernis, die Zusammensetzung der Angebotsbewertungskommission zu ändern, kann grundsätzlich nie ausgeschlossen werden. So kann insbesondere der Fall eintreten, dass ein Mitglied der Angebotsbewertungskommission verhindert ist und durch eine andere Person ersetzt werden muss. Darüber hinaus werden Bieter zumindest dann, wenn sich durch eine Änderung der Zusammensetzung der Angebotsbewertungskommission deren Unbefangenheit und Sachkunde nicht verschlechtert, sondern unverändert bleibt oder gegebenenfalls verbessert wird, in keinem Recht verletzt.

Zweck des Vergabeverfahrens ist es gerade nicht, dass die Bieter ihre Angebote auf bestimmte Personen, welche die Angebote werden sollen, zuschneiden. Die Angebote sollen vielmehr auf die Ausschreibung zugeschnitten und von der Angebotsbewertungskommission sachkundig bewertet werden. Der Vergaberechtsschutz bleibt den Bietern ohnedies insoweit erhalten, als die Angebotsprüfungskommission gemäß § 134 BVergG 2018 über die erforderliche Sachkunde und Unbefangenheit verfügen muss und etwaige diesbezügliche Mängel in der Zusammensetzung der Angebotsprüfungskommission von den Bietern auch noch in einem späteren Stadium des Vergabeverfahrens releviert werden könnten.

Wenn die Antragstellerin vermutet, dass einzelne Mitbewerber die namentliche Zusammensetzung der Angebotsbewertungskommission bereits kennen würden und dadurch Wettbewerbsvorteile hätten, so ist dem entgegenzuhalten, dass für eine solche Vermutung keine objektiven Anhaltspunkte bestehen.

Das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin ist daher unbegründet.

Vorbehaltsbereich der Berufsdetektive:

§ 32 Abs. 1a GewO 1994 lautet:

„§ 32 (...) (1a) Gewerbetreibenden steht auch das Erbringen von Leistungen anderer Gewerbe zu, wenn diese Leistungen die eigene Leistung wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Dabei dürfen die ergänzenden Leistungen insgesamt bis zu 30 vH des im Wirtschaftsjahr vom Gewerbetreibenden erzielten Gesamtumsatzes nicht übersteigen. Innerhalb dieser Grenze dürfen auch ergänzende Leistungen reglementierter Gewerbe erbracht werden, wenn sie im Fall von Zielschuldverhältnissen bis zur Abnahme durch den Auftraggeber oder im Fall von Dauerschuldverhältnissen bis zur Kündigung der ergänzten eigenen Leistungen beauftragt werden und sie außerdem bis zu 15 vH der gesamten Leistung ausmachen.“

Die Antragstellerin bringt vor, dass die ausgeschriebenen Leistungen in erheblichem Umfang Tätigkeiten umfassen würden, die in den Vorbehaltsbereich des Gewerbes der Berufsdetektive fallen würden und daher im Zuge der Ausübung des Bewachungsgewerbes nicht ausgeübt werden dürften.

Unstrittig - und nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes auch zutreffend - ist, dass jedenfalls der Schutz von bestimmten Personen, wie er etwa bei der Begleitung von zu schützenden Personen anfällt, in den Vorbehaltsbereich der Berufsdetektive fällt. Derartige Tätigkeiten fallen jedoch, wie auch die Antragstellerin nicht substantiiert in Abrede gestellt hat, nur in äußerst geringem Umfang an. Eine derartige Tätigkeit kann etwa darin liegen, dass ein Mitarbeiter der Antragsgegnerin von einem Mitarbeiter des Bewachungsdienstes bei einem Botengang zwecks Personensicherung begleitet wird. Es ist schlüssig und nachvollziehbar, dass derartige Tätigkeiten quantitativ in einem Bereich von unter einem Prozent des Leistungsumfanges bleiben. Die Durchführung derartiger Tätigkeiten durch Mitarbeiter des Bewachungsdienstes ist daher jedenfalls durch § 32 Abs. 1a GewO 1994 abgedeckt, zumal eine Abdeckung derartige Tätigkeiten durch § 32 Abs. 1a GewO 1994 bis zu einem Umfang von 15 % der gesamten Leistung reichen würde.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass auch der Schutz nicht näher konkretisierter Personen, wie er etwa im Zuge der geforderten Deeskalation und des Eingreifens im Fall einer Eskalation eintrete, in den Vorbehaltsbereich der Berufsdetektive fallen würde, so ist der Antragstellerin Folgendes entgegenzuhalten:

Es trifft zwar zu, dass der „Schutz von Personen“ gemäß § 129 Abs. 1 Ziffer 7 GewO 1994 in den Vorbehaltsbereich des Gewerbes der Berufsdetektive fällt. Die Sicherung des Personenverkehrs fällt jedoch gemäß § 129 Abs. 5 GewO 1994 in den Zuständigkeitsbereich des Bewachungsgewerbes. Mit „Schutz von Personen“ gemäß § 129 Abs. 1 Ziffer 7 GewO 1994 ist daher nur solcher Personenschutz gemeint, der sich auf im Vorhinein konkretisierte Personen bezieht. Ein Eingreifen in Gefahrensituationen, um Personen, die körperlich bedroht werden, zu Hilfe zu kommen, fällt daher nicht in den Vorbehaltsbereich des Gewerbes der Berufsdetektive.

Dem Vorbringen des Antragstellers, dass für Tätigkeiten der Deeskalation und der „Nothilfe“ im Fall der Eskalation der Kollektivvertrag für Berufsdetektive zur Anwendung zu kommen habe, kann daher nicht gefolgt werden. Es handelt sich um eine Tätigkeit, die im Rahmen der Ausübung des Bewachungsgewerbes ausgeführt werden darf und für die im Kollektivvertrag für Wachorgane im Bewachungsgewerbe, gültig ab 1.1.2019, entsprechende Zulagen vorgesehen sind.

Darüber hinaus ist der Antragstellerin entgegenzuhalten, dass im Zuge der Ausübung des Bewachungsgewerbes sogar Tätigkeiten, die tatsächlichen in den Vorbehaltsbereich des Gewerbes der Berufsdetektive fallen, gemäß § 32 Abs. 1a GewO 1994 bis zu einem Ausmaß von 15 % des gesamten Leistungsinhaltes ausgeübt werden dürfen. Es ist nicht ersichtlich, dass im gesamten Leistungsinhalt mehr als 15 % an Tätigkeiten, die in den Vorbehaltsbereich des Gewerbes der Berufsdetektive fallen würden, enthalten wären.

Das Ausforschen von verschollenen oder sich verborgen haltenden Personen fällt gemäß § 123 Abs. 1 Ziffer 4 GewO 1994 in den Vorbehaltsbereich der Berufsdetektive. Gemäß § 31 Abs. 1 1. Satz GewO 1994 sind jedoch einfache Tätigkeiten von reglementierten Gewerben, deren fachgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordern, dem betreffenden Gewerben nicht vorbehalten. Nach Ansicht des Senates sind mit dem Ausforschen von verschollenen oder sich verborgen haltenden Personen im Sinne des Vorbehaltsbereichs der Berufsdetektive solche Tätigkeiten gemeint, die eine Ausbildung als Berufsdetektive erfordern. Eine Mitwirkung bei einer Nachschau im Gelände einer Krankenanstalt erfordert eine solche spezifische Ausbildung als Berufsdetektive nicht und ist nach Ansicht des Senates daher dem Gewerbe der Berufsdetektive nicht vorbehalten. Etwaige Ermittlungsschritte, wo sich eine abgängige Person unbekannten Aufenthaltes befinden könnte, wird von den Mitarbeitern des Auftragnehmers gerade nicht verlangt. Die verlangte Tätigkeit geht insoweit über eine bloße Nachschau in dem räumlich abgegrenzten Gelände der Krankenanstalt nicht hinaus.

Darüber hinaus ist auch hier festzuhalten, dass selbst dem reglementierten Gewerbe der Berufsdetektive vorbehaltene Tätigkeiten durch § 32 Abs. 1a GewO 1994 dann abgedeckt sind, wenn sie 15 % des gesamten Leistungsinhaltes nicht überschreiten. Eine solche Überschreitung liegt gegenständlich nicht vor.

Das Vorbringen der Antragstellerin erweist sich daher in dieser Hinsicht als nicht begründet.

Zu den CPV-Codes:

Die Antragstellerin bringt vor, dass die in der Leistungsbeschreibung angegebenen CPV-Codes mit den Leistungsinhalten in Widerspruch stünden.

Dazu ist auszuführen, dass die CPV-Codes vor allem bezwecken, den Bietern eine rasche und vom Sprachverständnis unabhängige erste Orientierung zu ermöglichen.

Die Antragstellerin hat mit dem Vorbringen, dass diesbezüglich Widersprüche bestünden, keine Beschwer aufgezeigt.

Zum einen ist auszuführen, dass die Antragstellerin offenkundig nicht nur die deutsche Sprache perfekt beherrscht, sondern auch die jeweils betroffenen Leistungspositionen aufgefunden hat. Soweit tatsächlich einzelne CPV-Codes unrichtig sein sollten, könnte dies allenfalls zu einem Vorteil der Antragstellerin gegenüber Mitbewerbern, die auf die CPV-Codes angewiesen sind, um den Leistungsinhalt ausreichend zu verstehen, führen. Im Fall etwaiger Widersprüche zwischen der verbalen Umschreibung der einzelnen Leistungsinhalte und den diesen zugeordneten CPV-Codes geht jedenfalls die verbale Umschreibung vor.

Die Antragstellerin ist nicht legitimiert, eine etwaige Benachteiligung von anderen Bietern, die etwa mangels ausreichender Sprachkenntnisse auf die Richtigkeit der Zuordnung der CPV-Codes als erste Orientierung angewiesen sind, geltend zu machen. Eine Beschwer der Antragstellerin durch etwaige Unrichtigkeiten in der Zuordnung der CPV-Codes ist nicht ersichtlich und wurde von der Antragstellerin auch nicht schlüssig und nachvollziehbar dargelegt.

Das Vorbringen der Antragstellerin hinsichtlich der behaupteten unrichtigen Zuordnung von CPV-Codes ist daher nicht begründet.

Zur Frage der Kalkulierbarkeit der Angebote:

Der „Kollektivvertrag für Wachorgan im Bewachungsgewerbe gültig ab 01.01.2919“ enthält unter anderem folgende Regelungen:

§ 6 umfasst Arbeitsblätter für unterschiedliche Verwendungsgruppen. Abs. 1 umfasst das Arbeitsbild für Verwendungsgruppe A - Wachdienst, Abs. 2 das Arbeitsbild für Verwendungsgruppe B - Service und Sicherheitsdienst und Abs. 3 das Arbeitsbild für Verwendungsgruppe C - Sonderdienst. In den Arbeitsbildern sind die einzelnen Tätigkeiten angeführt, die zur jeweiligen Verwendungsgruppe zählen und daher nicht berufsfremd sind.

§ 21 enthält im Abs. 1 die Lohntabelle für die einzelnen Verwendungsgruppen.

§ 23 Abs. 1 sieht eine Zulage für solche berufsfremden Tätigkeiten vor, die nicht anderen Gewerben vorbehalten sind. Diese Zulage beträgt grundsätzlich € 0,20 pro Stunde.

§ 23 Abs. 2 sieht eine Zulage für solche berufsfremden Tätigkeiten vor, die anderen Gewerben vorbehalten sind. Diese Zulage beträgt grundsätzlich € 0,40 pro Stunde.

§ 24 Abs. 1 sieht eine Gefahrenzulage in Höhe von 10 % des Grundstundenlohnes vor. Allerdings ist diese Gefahrenzulage auf Wachorgane im Sinne des § 24 Abs. 2 eingeschränkt.

Leistungsinhalt der Ausschreibung sind insbesondere folgende Tätigkeiten des Personenschutzes:

? Sicherstellung 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;

? Assistenzleistungen, wie zum Beispiel Mithilfe bei der PatientInnensuche, auf Aufforderung des medizinischen Personals nach längerer unangekündigter Abwesenheit der PatientInnen von der zuständigen Station.

Von den Tätigkeiten des Personenschutzes fällt lediglich der gezielte Schutz bestimmter Personen, wie er etwa bei der Begleitung (Eskortierung) von Mitarbeiterinnen oder Mitarbeitern des Krankenanstaltenverbundes bei risikobehafteten Tätigkeiten fallweise auftreten kann, in den Vorbehaltsbereich des Gewerbes der Berufsdetektive.

Für derartige Tätigkeiten der Berufsdetektive gebührt gemäß § 23 Abs. 2 des zitierten Kollektivvertrages eine Zulage für anderen Gewerben vorbehaltene Tätigkeiten im Ausmaß von grundsätzlich € 0,40 pro Stunde. Solche dem Gewerbe der Berufsdetektive vorbehaltenen Tätigkeiten fallen zeitlich nicht ins Gewicht.

Die Antragsgegnerin hat in der Fragenbeantwortung vom 23.08.2019 in der Antwort zu Frage 1 unter lit. b konkretisiert, dass Tätigkeiten der Berufsdetektive, wenn überhaupt, nur in geringstem Umfang vorhanden sein werden. Eine nähere Konkretisierung, was die Antragsgegnerin unter „geringstem Umfang“ versteht, ist jedoch nicht erfolgt.

Die anderen angeführten Tätigkeiten des Personenschutzes fallen nicht in den Vorbehaltsbereich der Berufsdetektive, sondern stellen einfache Teiltätigkeiten dieses Gewerbes dar und sind insoweit nicht den Berufsdetektiven vorbehalten. Zu diesen Tätigkeiten zählen insbesondere der Umgang mit gefährlichen, betrunkenen, aufgebrachten oder sonst schwierigen Personen sowie die Mitwirkung bei der Suche nach abgängigen Patientinnen und Patienten.

Die Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung vorgebracht, dass derartige Tätigkeiten in weit höherem Ausmaß anfallen würden, als dies von der Antragsgegnerin angenommen worden sei. In einzelnen Stationen von Krankenanstalten würden derartige Tätigkeiten nahezu täglich anfallen. Dies sei etwa der Fall, wenn Mitarbeiter des Sicherheitsdienstes bei psychisch kranken Patientinnen oder Patienten einschreiten müssten, weiters, wenn sich betrunkene Personen in der Krankenanstalt aufhalten würden und hinausbegleitet werden müssten, weiters bei tobenden Personen oder schlicht, wenn lange Wartezeiten Unruhe bewirken würden. Derartige Tätigkeiten würden mitunter die Hälfte oder mehr der Arbeitszeit des Bewachungspersonals ausmachen.

Die Antragsgegnerin hat dazu in ihrer Fragenbeantwortung vom 23.08.2019 zu Frage 1 in dem Satz, der am Ende der Seite 2 beginnt und am Beginn der Seite 3 endet, festgehalten, dass jene Tätigkeiten, die entweder einer anderen oder

keiner Verwendungsgruppe zuzurechnen sind, in einem sehr geringfügigen Ausmaß anfallen und bei der Preiskalkulation nicht wesentlich ins Gewicht fallen.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung hat die Antragsgegnerin die Ausschreibung dahingehend geändert, dass „neben Tätigkeiten aus den Verwendungsgruppen A und B, wenn überhaupt, Leistungen anderer Verwendungsgruppen des Kollektivvertrages der Bewacher, Leistungen anderer Kollektivverträge sowie Leistungen, für die aufgrund der kollektivvertraglichen Bestimmungen Zahlungen zu berechnen sind, insgesamt nur in geringstem Ausmaß“ anfallen. „Solche Leistungen sind daher nur in geringstem Ausmaß in der Kalkulation der anzubietenden Pauschale zu berücksichtigen.“

Eine nähere Konkretisierung, was unter „geringstem Ausmaß“ zu verstehen ist, ist den Ausschreibungsunterlagen nicht zu entnehmen.

Das Verwaltungsgericht hat dazu erwogen:

Das Vorbringen der Antragstellerin ist insoweit schlüssig und nachvollziehbar, als es für die Bieter aus mehreren Gründen relevant ist, bei der Angebotserstellung zu wissen, in welchem Ausmaß die beschriebenen Tätigkeiten des Personenschutzes anfallen werden.

Zum einen stellt es ein Gebot der Rechtssicherheit dar, aus der Ausschreibung sowie im Auftragsfall aus dem Leistungsvertrag erkennen zu können, ob und inwieweit die in den einzelnen Krankenanstalten anfallenden Leistungen vom Auftrag erfasst sind oder nicht. Genau diese Rechtssicherheit wäre auf Grund des unbestimmten Begriffs „in geringstem Ausmaß“ nicht gegeben. Wenn im Auftragsfall in einzelnen Stationen, wie von der Antragstellerin vorgebracht, Tätigkeiten des Personenschutzes nahezu täglich anfallen sollten, der Leistungsgegenstand einen solchen Personenschutz hingegen nur „in geringstem Ausmaß“ umfasst, so würde die Rechtssicherheit fehlen, ob der Auftragnehmer den über ein „geringstes Ausmaß“ hinausgehenden Personenschutz überhaupt zu erbringen hat und wie ein solcher Personenschutz und das dafür als Gegenleistung zu erbringende Entgelt auf der Grundlage des § 365 BVergG 2018 zu beurteilen ist.

Nach Ansicht des Senates wäre insoweit eine klare Grenze zu ziehen, bis zu welchem Umfang Leistungen des Personenschutzes noch vom Leistungsinhalt erfasst sind und ab welchem Umfang etwaige nachträgliche Vertragsänderungen (§ 365 BVergG 2018) beginnen. Auf die Möglichkeit, etwaige nachträgliche Vertragsänderungen durch Vertragsänderungsklauseln, die klar, präzise und eindeutig zu sein hätten, näher zu regeln, sei in diesem Zusammenhang hingewiesen.

Zum anderen ist das Ausmaß, in dem – auch ohne Eintritt von nachträglichen Vertragsänderungen – mit Tätigkeiten des Personenschutzes gerechnet werden muss, auch für die Kalkulation der Angebote von Relevanz.

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