

TE Verg Bescheid 2013/8/5 N/0071-BVA/04/2013-32

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 05.08.2013

Norm

BVergG 2006 §2 Z20

BVergG 2006 §141 Abs1

BVergG 2006 §325 Abs1

BVergG 2006 §325 Abs2

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 141 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 141 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 04, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, sowie DDr Heinz Stiefelmeyer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite gemäß Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl. I Nr. 128/2013 (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung für die Erbringung von Sicherheitsdienstleistungen im Schloss Schönbrunn und den dazu gehörigen Baulichkeiten und Grundflächen" des Auftraggebers Schloß Schönbrunn Kultur- und Betriebsgesellschaft m.b.H, Schloßstraße 47, 1130 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom

28.Juni 2013, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 04, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, sowie DiDr Heinz Stiefelmeyer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite gemäß Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 128 aus 2013, (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung für die Erbringung von Sicherheitsdienstleistungen im Schloss Schönbrunn und den dazu gehörigen Baulichkeiten und Grundflächen" des Auftraggebers Schloß Schönbrunn Kultur- und Betriebsgesellschaft m.b.H, Schloßstraße 47, 1130 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 28.Juni 2013, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag gerichtet auf Nichtigklärung der Ausschreibungsunterlagen samt Teilnahmeantragsunterlagen für das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung für die Erbringung von Sicherheitsdienstleistungen im Schloss Schönbrunn und den dazu gehörigen Baulichkeiten und Grundflächen" wird stattgegeben.

Die Ausschreibungsunterlagen samt Teilnahmeantragsunterlagen zum Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung für die Erbringung von Sicherheitsdienstleistungen im Schloss Schönbrunn und den dazu gehörigen Baulichkeiten und Grundflächen" werden für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Dem Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu Handen des Rechtsvertreters in der Höhe von Euro 3.000,-- wird insoweit stattgegeben, als der Auftraggeber, Schloß Schönbrunn Kultur- und Betriebsgesellschaft m.b.H, dem Antragsteller, A***, Euro 750,-- an Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen 14 Tagen ab Zustellung des Bescheides zu Handen des Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu ersetzen hat. Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

Begründung

Die europa- und österreichweit ausgeschriebene "Rahmenvereinbarung für die Erbringung von Sicherheitsdienstleistungen im Schloss Schönbrunn und den dazu gehörigen Baulichkeiten und Grundflächen" (nicht prioritäre Dienstleistung) für 5 Jahre mit einer zweimaligen Option auf eine einjährige Verlängerung mit einem einzigen Teilnehmer soll in Form eines zweistufigen Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip abgewickelt werden. Der Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge wurde mit 8.7.2013, 13:00 Uhr, festgelegt. Die fünf besten Bewerber sollen zur Angebotslegung eingeladen werden.

Am 10.6. bzw. am 24.6.2013 ergingen Berichtigungen. Ebenso erfolgten Fragebeantwortungen am 24.6. bzw. 28.6.2013. Anders als die Anfragenfrist (bis 27.6.2013) wurde die Teilnahmeantragsfrist nicht verlängert.

Die Sicherheitsdienstleistungen werden derzeit vom A*** (in der Folge Antragsteller) erbracht.

In den Ausschreibungsunterlagen ist - soweit entscheidungsrelevant - auszugsweise Nachfolgendes ausgeführt:

".....

2. VERFAHRENSORDNUNG

2.1. Verfahrens- und Auftragsart

Grundlagen des Vergabeverfahrens sind die Teilnahme- und Ausschreibungsunterlage sowie die einschlägigen Bestimmungen des BVergG 2006 (BGBl I 17/2006, idgF) samt den dazu erlassenen Verordnungen, insbesondere der Schwellenwertverordnung 2013. Grundlagen des Vergabeverfahrens sind die Teilnahme- und Ausschreibungsunterlage sowie die einschlägigen Bestimmungen des BVergG 2006 (BGBl römisch eins 17 aus 2006,, idgF) samt den dazu erlassenen Verordnungen, insbesondere der Schwellenwertverordnung 2013.

Gegenstand der Ausschreibung ist eine nicht-prioritäre Dienstleistung gem Anh IV BVergG (Auskunfts- und Schutzdienste, Kategorie 23). Es wird daher ein Verfahren gem § 141 BVergG durchgeführt. Gegenstand der Ausschreibung ist eine nicht-prioritäre Dienstleistung gem Anh römisch vier BVergG (Auskunfts- und Schutzdienste, Kategorie 23). Es wird daher ein Verfahren gem Paragraph 141, BVergG durchgeführt.

Es handelt sich um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages

im Oberschwellenbereich.

.....

2.2. Zweistufiges Verfahren

Das Vergabeverfahren wird zweistufig durchgeführt:

.....

Sofern keine Ausschlussgründe bestehen und alle Eignungskriterien erfüllt sind, prüft und bewertet der Auftraggeber im Auswahlverfahren die Teilnahmeanträge der Bewerber nach den Auswahlkriterien des Punktes 5. Die für die Bewertung der Auswahlkriterien verlangten Nachweise und Angaben sind vom Bewerber - im Gegensatz zu den Eignungsnachweisen - bereits mit dem Teilnahmeantrag vorzulegen.

Die derart geprüften und bewerteten Teilnahmeanträge werden nach den erreichten Punkten gereiht. Liegen mehr als 5 Teilnahmeanträge ein, werden von den geeigneten Bewerbern anhand der Auswahlkriterien die 5 besten Bewerber ausgewählt und zur Legung eines Angebotes aufgefordert. Liegen zwei oder mehr Bewerber bei der Reihung gleichauf auf dem 5. Platz, so werden diese auch eingeladen. Der Auftraggeber ist auch dann berechtigt, das Verfahren fortzuführen, wenn weniger als fünf Teilnahmeanträge einlangen.

Mit der Aufforderung zur Angebotslegung werden den ausgewählten Bewerbern die Ausschreibungsunterlagen übermittelt. Die Ausschreibungsunterlagen bilden die Grundlage für die Legung verbindlicher Angebote.

In der zweiten Stufe ermittelt der Auftraggeber die technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebote der Bieter, die in der ersten Stufe für die Angebotsabgabe ausgewählt wurden. Die eingeladenen Bewerber haben in der zweiten Stufe auf Basis der erhaltenen Ausschreibungsunterlagen ein verbindliches Angebot für die ausgeschriebenen Leistungen abzugeben. Der Auftraggeber wird die eingelangten Angebote prüfen und, sofern ein Angebot nicht auszuschneiden ist, auf Basis der Zuschlagskriterien bewerten.

.....

1. 5.Ziffer 5

Auswahlverfahren

Sollten mehr als 5 Bewerber die Eignungskriterien erfüllen, werden die 5 besten Bewerber (bzw. auch jene Bewerber die mit dem Fünftbesten gleichauf liegen) anhand der folgenden Auswahlkriterien ausgewählt und zur Angebotsabgabe eingeladen. Der Auftraggeber ist auch dann berechtigt, das Verfahren fortzuführen, wenn weniger als fünf Bewerber die Eignungskriterien erfüllen.

Alle Berechnungen erfolgen auf 2 Kommastellen genau (kaufmännisch gerundet).

Die Auswahlkriterien werden wie folgt definiert und bewertet:

Einschlägige Referenzprojekte max 20 Punkte

Mitarbeiterstabilität max 20 Punkte

Schulungskonzept max 15 Punkte

Berufserfahrung des Schlüsselpersonals max 15 Punkte

Zusatzqualifikationen des

Schlüsselpersonals max 10 Punkte

Verhältnis der vollzeitbeschäftigten

Mitarbeiter im Verhältnis zur

Gesamtmitarbeiterzahl max 10 Punkte

Qualitätskonzept max 10 Punkte

Gesamtpunktezahl_ max 100 Punkte

5.1. Einschlägige Referenzprojekte (max. 20 Punkte)

.....

5.2. Mitarbeiterstabilität (max. 20 Punkte)

.....

5.3. Schulungskonzept (max. 15 Punkte)

Der Bewerber hat ein nachvollziehbares Schulungskonzept vorzulegen und erhält dafür max. 15 Punkte, die wie folgt durch eine Bewertungskommission vergeben werden:

Die Punktevergabe erfolgt nach folgenden Kategorien:

Schulungskonzept für neue Mitarbeiter

Bewertet wird die Konzeption der Einschulungsphase

neuer Mitarbeiter für die Erbringung von

Sicherheitsdienstleistungen. max. 5 Pkte

Laufende Fortbildung von Mitarbeitern max. 5 Pkte

Bewertet wird die Konzeption der Erhebung von

Fortbildungsbedarf sowie die Konzeption von

Fortbildungsmaßnahmen für bestehende Mitarbeiter

im Bereich Sicherheitsdienstleistungen.

Darstellung des Informationsgehalts des

Schulungskonzepts max. 5 Pkte

Bewertet wird die Übersichtlichkeit, Gestaltung,

Gliederung sowie

der Umfang der Informationen des Schulungskonzepts

für Mitarbeiter im Bereich

Sicherheitsdienstleistungen.

Ist die jeweilige Kategorie sehr gut erfüllt, werden 5 Punkte vergeben, ist sie gut erfüllt werden 3 Punkte vergeben, ist sie ausreichend erfüllt, wird 1 Punkt vergeben. Bei Nichterfüllung erfolgt keine Punktevergabe.

Die Bewertung des Schulungskonzepts erfolgt durch eine Bewertungskommission. Die Kommission wird sich aus mindestens 3 Mitgliedern zusammensetzen. Die Bewertung durch die Mitglieder der Bewertungskommission erfolgt autonom nach subjektiven Kriterien auf einem Bewertungsblatt. Dabei vergibt jedes Mitglied der Bewertungskommission für das Schulungskonzept des Bewerbers max. 15 Punkte nach dem hier festgelegten Punkteschema. Die Summe der so für das Schulungskonzept erzielten Punkte wird durch die Zahl der Mitglieder der Bewertungskommission dividiert. Grundlage der Bewertung ist somit das arithmetische Mittel (auf zwei Kommastellen kaufmännisch gerundet).

5.4. Berufserfahrung des Schlüsselpersonals (max. 15 Punkte)

.....

5.5. Zusatzqualifikation des Schlüsselpersonals (max. 10 Punkte)

.....

5.6. Anteil Vollzeitbeschäftigter zu Gesamtmitarbeiter (max. 10 Punkte)

.....

5.7. Qualitätsmanagementsystem (max. 10 Punkte)

Der Bewerber hat ein nachvollziehbares Qualitätsmanagementsystem (Darstellung der internen Qualitätssicherungsmaßnahmen) für die von ihm angebotenen Sicherheitsdienstleistungen vorzulegen und erhält dafür max. 10 Punkte, die wie folgt durch eine Bewertungskommission vergeben werden:

Die Punktevergabe erfolgt nach folgenden Kategorien:

Darstellung des Qualitätsmanagementsystems

Bewertet wird die Übersichtlichkeit, Gestaltung, Gliederung sowie der Umfang der Informationen zum Qualitätsmanagementsystem für die Erbringung von Sicherheitsdienstleistungen.

max. 5

Pkte

Konzept für Qualitätsmanagement-Maßnahmen

max. 5

Pkte

Bewertet wird das Konzept nach dem der Bedarf von

Qualitätsmanagement-Maßnahmen ermittelt wird, nach

den jährlichen strategischen Planungen und die Umsetzung von Maßnahmen erfolgen und schließlich

Qualitätsmanagement-Maßnahmen evaluiert werden.

Ist die jeweilige Kategorie sehr gut erfüllt, werden 5 Punkte vergeben, ist sie gut erfüllt werden 3 Punkte vergeben, ist sie ausreichend erfüllt, wird 1 Punkt vergeben. Bei Nichterfüllung erfolgt keine Punktevergabe.

Die Bewertung des Qualitätsmanagementsystems erfolgt durch eine Bewertungskommission. Die Kommission wird sich aus mindestens 3 Mitgliedern zusammensetzen. Die Bewertung durch die Mitglieder der Bewertungskommission erfolgt autonom nach subjektiven Kriterien auf einem Bewertungsblatt. Dabei vergibt jedes Mitglied der Bewertungskommission für das Qualitätsmanagementsystem des Bewerbers max. 10 Punkte nach dem hier festgelegten Punkteschema. Die Summe der so für das Qualitätsmanagementsystem erzielten Punkte wird durch die Zahl der Mitglieder der Bewertungskommission dividiert. Grundlage der Bewertung ist somit das arithmetische Mittel (auf zwei Kommastellen kaufmännisch gerundet)."

Im Rahmen der Fragebeantwortung am 24.6.2013 wurde zu den nachfolgenden Ausschreibungspunkten ausgeführt:

".....

Frage 12:

Punkt 5.3. (Schulungskonzept): Wie viele Seiten darf die Beschreibung umfassen?

Wir bitten um eine Zusammenfassung auf möglichst 3-5 Seiten.

Frage 13:

Punkt 5.7. (Qualitätsmanagementsystem): Wie viele Seiten darf die Beschreibung umfassen?

Wir bitten um eine Zusammenfassung auf möglichst 3-5 Seiten.

Frage 14:

Punkt 5.3 und 5.7 (Schulungskonzept und Qualitätsmanagementsystem): Eine autonome und subjektive Bewertung durch die einzelnen Kommissionsmitglieder und der gebildete Mittelwert erscheint unzulässig (vgl. dazu BVA 31.5.2011, N/0029-BVA/12/2011-23). Punkt 5.3 und 5.7 (Schulungskonzept und Qualitätsmanagementsystem): Eine autonome und subjektive Bewertung durch die einzelnen Kommissionsmitglieder und der gebildete Mittelwert erscheint unzulässig (vergleiche dazu BVA 31.5.2011, N/0029-BVA/12/2011-23).

Welche Personen umfasst die Bewertungskommission?

Eine Entscheidung BVA 31.5.2011, N/0029-BVA/12/2011-23 war für uns nicht auffindbar. Bei der Entscheidung BVA

31.5.2011, N/0029-BVA/12/2011-22 ging es um das Thema Transparenz und konkret um die Notwendigkeit einer - im verfahrensgegenständlichen Fall nach Ansicht des BVA unzulänglichen - verbalen Begründung der Bewertungen. Grundsätzlich wurde der Einsatz der Bewertungskommission aber in der E nicht als unzulässig qualifiziert.

Die Mitglieder der Bewertungskommission für das Ausschreibungsverfahren sind B***, C***, D***; Ersatzmitglied: E***.

Der AG behält sich Änderungen in der Bewertungskommission aus internen organisatorischen Gründen vor. Bitte beachten Sie:

Allfällige Anfragen sind nicht an die Mitglieder der Bewertungskommission sondern an X***(siehe S 10 der Ausschreibung) zu richten.

....."

Mit Schriftsatz vom 28.6.2013 stellte der Antragsteller einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen, insbesondere Teilnahmebedingungen, sowie weitere Eventualbegehren. In Verbindung damit wurden ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, dessen Eventualbegehren mit Bescheid vom 4.7.2013, ZI N/0071- BVA/04/2013-EV11, stattgegeben wurde, sowie Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühr idH von Euro 3.000,- und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung eingebracht.

Begründend wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass zahlreiche Vertragsbestimmungen unzulässig bzw. unklar seien. Dadurch werde der Antragsteller diskriminiert.

Intransparent sei die Bestimmung in Punkt 1.6 letzter Absatz der Ausschreibungsunterlagen (Geheimhaltungspflicht) zur Berechtigung des Auftraggebers, die Angebotsdaten für interne Zwecke zu verwenden. Offenbar diene die Verwendung der Angebotsdaten anderen Zielen als der Angebotsbeurteilung. Der Bewerber habe ein legitimes Interesse an der vertraulichen Behandlung seiner Angebotsdaten bzw. daran, dass bereits zum Zeitpunkt der Teilnahmeantragsabgabe die Möglichkeit offen stünde, die Verwendung seiner Daten für "interne Zwecke" ohne Auswirkung auf die Beurteilung seines Teilnahmeantrages zu untersagen. Diese Möglichkeit erst zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe einzuräumen, sei unsachlich und vergaberechtswidrig.

Intransparent sei auch die Bestimmung in Punkt 2.5., 3. Absatz der Ausschreibungsunterlagen (Unterlagen, Erklärungen zum Teilnahmeantrag). Der Antragsteller habe ein legitimes Interesse an der Wahrung seiner Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse und am Schutz seiner Immaterialgüter. Die Art der Verwertung der dem Teilnahmeantrag beigelegten bzw. nachgeforderten Unterlagen durch den Auftraggeber sei unklar. Ebenso gehe nicht hervor, ob das "Verwertungsrecht" (2.5.) dem "Verwendungsrecht" (1.6) vorgehe und ob mit der Untersagung der Verwendung auch eine Untersagung der Verwertung einhergehe.

Zur im Punkt 4.3.3. der Ausschreibungsunterlagen (Zuverlässigkeit) für alle für den Auftrag eingesetzten Mitarbeiter vorgesehenen Vorlage einer "positiven Zuverlässigkeitsprüfung" gemäß § 130 Abs. 8 ff GewO 1994 werde darauf hingewiesen, dass eine solche in der zitierten Bestimmung der GewO 1994 nicht vorgesehen sei. Die GewO 1994 kenne lediglich eine "negative Zuverlässigkeitsprüfung" vor Dienstantritt eines Dienstnehmers. Ein Dienstgeber könne von der Zuverlässigkeit seines Dienstnehmers ausgehen, solange von der Behörde keine entsprechende negative Mitteilung vorliege (§ 130 Abs. 10 leg cit) und im Rahmen der Bewerbung ein Strafregistrauszug ohne Verurteilung vom Stellenbewerber vorgelegt worden sei. Eine wiederkehrende Zuverlässigkeitsprüfung sei gesetzlich nicht vorgesehen. Der Dienstgeber könne auch gemäß den §§ 10ff Strafregistergesetz 1968 keine Strafregisterauszüge für seine Dienstnehmer einholen. Eine Eigenerklärung gemäß § 70 Abs. 2 BVergG könne nur abgegeben werden, wenn ein diesbezüglicher Nachweis auf Aufforderung unverzüglich beigebracht werden könne. Abgesehen von der faktischen und rechtlichen Unmöglichkeit eines solchen Nachweises über die Zuverlässigkeit der Dienstnehmer gemäß § 130 Abs. 8 ff GewO 1994 könne eine unrichtige Eigenerklärung des Bieters den Tatbestand der falschen Auskunftserteilung zur Eignung gemäß § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG idGF bzw. jenen der schweren beruflichen Verfehlung gemäß § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG idGF erfüllen. Aufgrund der Rechtswidrigkeit der genannten Bestimmung im Punkt 4.3.3. der Ausschreibungsunterlagen in der Fassung der Berichtigung sei die entsprechende Bestimmung für nichtig zu erklären. Zur im Punkt 4.3.3. der Ausschreibungsunterlagen (Zuverlässigkeit) für alle für den Auftrag eingesetzten Mitarbeiter vorgesehenen Vorlage einer "positiven Zuverlässigkeitsprüfung" gemäß Paragraph 130, Absatz 8, ff GewO 1994 werde darauf hingewiesen, dass eine solche in der zitierten Bestimmung der GewO 1994 nicht vorgesehen sei.

Die GewO 1994 kenne lediglich eine "negative Zuverlässigkeitsprüfung" vor Dienstantritt eines Dienstnehmers. Ein Dienstgeber könne von der Zuverlässigkeit seines Dienstnehmers ausgehen, solange von der Behörde keine entsprechende negative Mitteilung vorliege (Paragraph 130, Absatz 10, leg cit) und im Rahmen der Bewerbung ein Strafregistrauszug ohne Verurteilung vom Stellenbewerber vorgelegt worden sei. Eine wiederkehrende Zuverlässigkeitsprüfung sei gesetzlich nicht vorgesehen. Der Dienstgeber könne auch gemäß den Paragraphen 10 f, f, Strafregistergesetz 1968 keine Strafregistrauszüge für seine Dienstnehmer einholen. Eine Eigenerklärung gemäß Paragraph 70, Absatz 2, BVergG könne nur abgegeben werden, wenn ein diesbezüglicher Nachweis auf Aufforderung unverzüglich beigebracht werden könne. Abgesehen von der faktischen und rechtlichen Unmöglichkeit eines solchen Nachweises über die Zuverlässigkeit der Dienstnehmer gemäß Paragraph 130, Absatz 8, ff GewO 1994 könne eine unrichtige Eigenerklärung des Bieters den Tatbestand der falschen Auskunftserteilung zur Eignung gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Z Z BVergG idGF bzw. jenen der schweren beruflichen Verfehlung gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG idGF erfüllen. Aufgrund der Rechtswidrigkeit der genannten Bestimmung im Punkt 4.3.3. der Ausschreibungsunterlagen in der Fassung der Berichtigung sei die entsprechende Bestimmung für nichtig zu erklären.

Mit der 1. Berichtigung sei auch die Regelung des Punktes 4.4. der Ausschreibungsunterlagen (finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit) nicht bereinigt worden. Unklar sei, welcher Auftragsinhalt mit dem gegenständlichen Auftrag gleichwertig sei. Da in Punkt 4.4. Unterabsatz 3 der Ausschreibungsunterlagen die im 1. Unterabsatz des Punktes

4.4. vorgesehene Beschränkung auf den vergleichbaren Auftragsinhalt fehle, stünden die genannten Bestimmungen im Widerspruch.

Die gemäß Punkt 4.5.2. der Ausschreibungsunterlagen (Personalausstattung) zu erbringende Sozialversicherungsbestätigung (bestimmter Zeitraum, aktuelle Wochenstundenzahl und Verwendungsgruppe des Dienstnehmers für die Jahre 2010, 2011 und 2012) gebe es nicht. Da sie nicht erbracht werden könne, könne auch keine diesbezügliche Eigenerklärung abgegeben werden. Vielmehr könne - wie oben aufgezeigt - dieser Umstand zum Ausschluss des Bieters gemäß § 68 Abs. 1 Z 5 bzw. 7 BVergG idGF führen. Zudem könne mit anonymisierten Mitarbeiterdaten weder die Richtigkeit der Mitarbeiteranzahl noch der -daten bewiesen werden. Neben der genannten Bestimmung sei auch die Fragebeantwortung 8 vom 24.6.1013 vergaberechtswidrig. Die gemäß Punkt 4.5.2. der Ausschreibungsunterlagen (Personalausstattung) zu erbringende Sozialversicherungsbestätigung (bestimmter Zeitraum, aktuelle Wochenstundenzahl und Verwendungsgruppe des Dienstnehmers für die Jahre 2010, 2011 und 2012) gebe es nicht. Da sie nicht erbracht werden könne, könne auch keine diesbezügliche Eigenerklärung abgegeben werden. Vielmehr könne - wie oben aufgezeigt - dieser Umstand zum Ausschluss des Bieters gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, bzw. 7 BVergG idGF führen. Zudem könne mit anonymisierten Mitarbeiterdaten weder die Richtigkeit der Mitarbeiteranzahl noch der -daten bewiesen werden. Neben der genannten Bestimmung sei auch die Fragebeantwortung 8 vom 24.6.1013 vergaberechtswidrig.

Andere als in § 75 Abs. 7 BVergG vorgesehene Nachweise dürften vom Auftraggeber für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nicht - wie im Punkt 4.5.3 der Ausschreibungsunterlagen vorgesehen (Vollzeitbeschäftigung von 80% der Mitarbeiter zum Zeitpunkt der Erstellung des Teilnahmeantrages) - verlangt werden. Es sei auch unzulässig, über § 75 Abs. 7 Z 5 BVergG hinausgehend Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung nicht nur vom Unternehmer und von für die Erbringung der Dienstleistung verantwortlichen Führungskräften, sondern auch für sonstige Mitarbeiter zu verlangen. Angesichts eines Auftrages, bei dem voraussichtlich 8 Mitarbeiter zum Einsatz gelangen würden, stehe die Forderung im Punkt 4.5.3. der Ausschreibungsunterlagen nach einem Ausbildungsnachweis von 80 % sämtlicher Mitarbeiter bei Unternehmen mit über 15 Mitarbeitern in keinem ausgewogenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand. Unsachlich sei auch der gemäß Punkt 4.5.3.1. der Ausschreibungsunterlagen (Basisausbildung) verlangte allgemeine Ausbildungsstand. Bei der Basisausbildung werde auf das ÖSZ-zertifizierte Basistraining - Bewachungsdienst oder eine gleichwertige Basisausbildung abgestellt. Eine solche könne nicht von Bewachungsunternehmen, die nicht dem VSÖ-Verband der Sicherheitsunternehmen Österreichs angehören würden, bzw. die nicht bereits ÖSZ-zertifiziert seien, erbracht werden. Eine zertifizierte "gleichwertige Basisausbildung" existiere nicht. Damit reduziere sich der Bewerberkreis auf vier Unternehmen (F***, G***, H*** und I***). Da sämtliche andere Bewachungsunternehmen ausgeschlossen seien, handle es sich um eine unsachliche, wettbewerbsbeschränkende Bestimmung. Auch wenn der Inhalt der Basisausbildung aufgelistet werde, seien weder die Ausbildungsdauer bzw. die auf die Themengebiete entfallende Stundendauer, noch die

vorzutragenden Themen näher konkretisiert. Andere als in Paragraph 75, Absatz 7, BVergG vorgesehene Nachweise dürften vom Auftraggeber für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nicht - wie im Punkt 4.5.3 der Ausschreibungsunterlagen vorgesehen (Vollzeitbeschäftigung von 80% der Mitarbeiter zum Zeitpunkt der Erstellung des Teilnahmeantrages) - verlangt werden. Es sei auch unzulässig, über Paragraph 75, Absatz 7, Ziffer 5, BVergG hinausgehend Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung nicht nur vom Unternehmer und von für die Erbringung der Dienstleistung verantwortlichen Führungskräften, sondern auch für sonstige Mitarbeiter zu verlangen. Angesichts eines Auftrages, bei dem voraussichtlich 8 Mitarbeiter zum Einsatz gelangen würden, stehe die Forderung im Punkt 4.5.3. der Ausschreibungsunterlagen nach einem Ausbildungsnachweis von 80 % sämtlicher Mitarbeiter bei Unternehmen mit über 15 Mitarbeitern in keinem ausgewogenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand. Unsachlich sei auch der gemäß Punkt 4.5.3.1. der Ausschreibungsunterlagen (Basisausbildung) verlangte allgemeine Ausbildungsstand. Bei der Basisausbildung werde auf das ÖSZ-zertifizierte Basistraining - Bewachungsdienst oder eine gleichwertige Basisausbildung abgestellt. Eine solche könne nicht von Bewachungsunternehmen, die nicht dem VSÖ-Verband der Sicherheitsunternehmen Österreichs angehören würden, bzw. die nicht bereits ÖSZ-zertifiziert seien, erbracht werden. Eine zertifizierte "gleichwertige Basisausbildung" existiere nicht. Damit reduziere sich der Bewerberkreis auf vier Unternehmen (F***, G***, H*** und I***). Da sämtliche andere Bewachungsunternehmen ausgeschlossen seien, handle es sich um eine unsachliche, wettbewerbsbeschränkende Bestimmung. Auch wenn der Inhalt der Basisausbildung aufgelistet werde, seien weder die Ausbildungsdauer bzw. die auf die Themengebiete entfallende Stundendauer, noch die vorzutragenden Themen näher konkretisiert.

Eine einmonatige Einschulungsphase in einem Erstobjekt sei branchenunüblich. Bei einfachen Objekten nehme erfahrungsgemäß eine Ersts Schulung weniger als eine Woche in Anspruch. Eine schriftliche Abnahmebestätigung durch eine Schlüsselperson für die selbstverständliche Einschulung werde üblicherweise nicht ausgestellt. Aufgrund der branchenimmanenten Personalfuktuation sei die schriftliche Abnahmebestätigung für 80 % der Mitarbeiter nicht substituierbar. Die diesbezüglich vorgesehenen Bestimmungen im Punkt 4.5.3.2. der Ausschreibungsunterlagen (Praktische Grundausbildung) seien unsachlich und diskriminierend.

Die Ausbildung zum betrieblichen Ersthelfer gemäß Punkt

4.5.3.3. der Ausschreibungsunterlagen (Ausbildung zum betrieblichen Ersthelfer) werde aufgrund der relativ hohen Kosten regelmäßig nicht zu dem geforderten Durchschulungsgrad von 80 % führen. Die genannte Bestimmung sei in Zusammenhang mit Punkt 4.5.3. der Ausschreibungsunterlagen unsachlich und vergaberechtswidrig.

Über eine Ausbildung zum Brandschutzwart gemäß § 43 Arbeitsstättenverordnung würden grundsätzlich nur Mitarbeiter verfügen, die für den Einsatz an sicherheitstechnisch höherwertigen Bewachungsobjekten vorgesehen seien. Da dies wenige Bewachungsobjekte betreffe, würden nur Unternehmen mit einem größeren Bestand an solchen Einsatzobjekten über eine solche Art ausgebildete Mitarbeiter im größeren Umfang verfügen. Die Regelung in Punkt 4.5.3.4. der Ausschreibungsunterlagen (Ausbildung zum Brandschutzwart) mit einem geforderten 80%-igen Durchschulungsgrad sei damit unsachlich und vergaberechtswidrig. Über eine Ausbildung zum Brandschutzwart gemäß Paragraph 43, Arbeitsstättenverordnung würden grundsätzlich nur Mitarbeiter verfügen, die für den Einsatz an sicherheitstechnisch höherwertigen Bewachungsobjekten vorgesehen seien. Da dies wenige Bewachungsobjekte betreffe, würden nur Unternehmen mit einem größeren Bestand an solchen Einsatzobjekten über eine solche Art ausgebildete Mitarbeiter im größeren Umfang verfügen. Die Regelung in Punkt 4.5.3.4. der Ausschreibungsunterlagen (Ausbildung zum Brandschutzwart) mit einem geforderten 80%-igen Durchschulungsgrad sei damit unsachlich und vergaberechtswidrig.

Dies gelte auch für die Anforderung zur Aufzugswärterprüfung im Punkt 4.5.3.5. der Ausschreibungsunterlagen (Prüfung als Aufzugswärter). Auch wenn diese Ausbildung im Vergleich zu jener für den Brandschutzwart weniger kostspielig sei, müssten zumindest 80 % der Mitarbeiter über eine solche verfügen. Ein solcher Durchschulungsgrad würde in der Regel von Unternehmen nicht erreicht werden.

Aufgrund der fehlenden Definition für Referenzprojekte aus dem Bereich der "Sicherheitsleistung" sei unklar, welche Referenzprojekte hiervon erfasst seien. Damit sei die Bestimmung im Punkt 4.5.4. der Ausschreibungsunterlagen (Referenzprojekt) vergaberechtswidrig und für nichtig zu erklären.

Aktuell laufende Projekte als Referenznachweis - wie dies gemäß Punkt 4.5.4. der Ausschreibungsunterlagen

(Referenzprojekt) vorgesehen sei - dürften auf Grund unsachlicher Bevorzugung und Diskriminierung nicht berücksichtigt werden. Solche Projekte könnten nur dann berücksichtigt werden, wenn sie sich seit mindestens sechs Monaten im Abwicklungsstadium befinden würden und die erbrachten Leistungsstunden den Wert der für Referenzprojekte maßgeblichen Mindeststundenanzahl (zumindest 10.000 bzw 15.000 Stunden) überschreiten würden.

Unsachlich sei auch die Festlegung im Punkt 5 Abs. 1 der Ausschreibungsunterlagen zum Auswahlverfahren. Diskriminiert würden dadurch Bieter, die mit dem erst-, zweit-, dritt- oder viert-bestbewerteten Bewerber gleich aufliegen würden. Unverhältnismäßig sei das Auswahlkriterium "Einschlägige Referenzprojekte" im Punkt 5.1. der Ausschreibungsunterlagen (einschlägige Referenzprojekte maximal 20 Punkte). Das Kriterium der sicherheitstechnischen Betreuung von denkmalgeschützten Gebäuden mit mehr als jährlich 350.000 Besuchern könne in Wien von nur neun, denkmalgeschützten Gebäuden erfüllt werden, von denen nur ein Teil von privaten Bewachungsunternehmen bewacht würde. Mit dieser Forderung würde der Bieterkreis unsachlich eingeschränkt werden. Es werde auf eine bestimmte Unternehmensgröße abgestimmt. Sachlich nicht nachvollziehbar sei, wie durch Bekanntgabe von anonymisierten Mitarbeiterdaten die Richtigkeit einer vom Bewerber angegebenen Beschäftigtenzahl von "stabilen Mitarbeitern" im Verhältnis zur Gesamtmitarbeiteranzahl bewiesen werden könne [Punkt 5.2. iVm Punkt 2 der Ausschreibungsunterlagen zum Auswahlverfahren. Diskriminiert würden dadurch Bieter, die mit dem erst-, zweit-, dritt- oder viert-bestbewerteten Bewerber gleich aufliegen würden. Unverhältnismäßig sei das Auswahlkriterium "Einschlägige Referenzprojekte" im Punkt 5.1. der Ausschreibungsunterlagen (einschlägige Referenzprojekte maximal 20 Punkte). Das Kriterium der sicherheitstechnischen Betreuung von denkmalgeschützten Gebäuden mit mehr als jährlich 350.000 Besuchern könne in Wien von nur neun, denkmalgeschützten Gebäuden erfüllt werden, von denen nur ein Teil von privaten Bewachungsunternehmen bewacht würde. Mit dieser Forderung würde der Bieterkreis unsachlich eingeschränkt werden. Es werde auf eine bestimmte Unternehmensgröße abgestimmt. Sachlich nicht nachvollziehbar sei, wie durch Bekanntgabe von anonymisierten Mitarbeiterdaten die Richtigkeit einer vom Bewerber angegebenen Beschäftigtenzahl von "stabilen Mitarbeitern" im Verhältnis zur Gesamtmitarbeiteranzahl bewiesen werden könne [Punkt 5.2. in Verbindung mit Punkt 2 der

1. 1.Ziffer eins

Berichtigung (10.6.2013) und Punkt 5.2., 1.

Gliederungsstrich der 2. Berichtigung (24.6.2013)]. Auch die nach der 2. Berichtigung vorgesehene Bestimmung im Punkt 5.2,

1. 1.Ziffer eins

Gliederungsstrich sei nach wie vor intransparent. Im als reglementiert zu wertenden Bewachungsgewerbe sei die Beschäftigung eines Mitarbeiters auf Werkvertragsbasis praktisch unmöglich. Es handle sich dabei um eine Umgehungskonstruktion für ein Dienstverhältnis. In diesem Fall müsste das auf Werkvertragsbasis tätige Wachorgan selbst über eine aufrechte Gewerbeberechtigung für das Bewachungsgewerbe verfügen und wäre damit als Subunternehmer zu werten. Es handle sich dabei um eine Praxis von unseriösen, sich auf diese Weise soziale Abgaben ersparende Bewachungsunternehmen. Ein solcher Missbrauch sollte nicht als Nachweiskriterium für eine hohe Mitarbeiterstabilität herangezogen werden. Ungeachtet der Regelung nach der 2. Berichtigung zur Zusammensetzung der Bewertungskommission für die Bewertung des Schulungskonzeptes im Punkt 5.3. der Ausschreibungsunterlagen (Schulungskonzept maximal 15 Punkte) sei die fachliche Eignung und Sachkunde der Bewertungskommission im Zuge einer "aus internen organisatorischen Gründen vorbehaltene Änderung" nicht gewährleistet. Die fachliche Qualifikation für neu beigezogene Bewertungskommissionsmitglieder müsse geregelt werden. Die nur objektiv mögliche Bewertung des Schulungskonzeptes sei nach subjektiven Kriterien unzulässig, zumal es sich um keine künstlerischen Aspekte des Auftrages handle. Darüber hinaus wäre eine verbale Begründung der Bewertung aus Gründen der Nachvollziehbarkeit erforderlich. Näher definierte Bewertungskriterien für die Einschulungsphase und die laufende Fortbildung für das Schulungskonzept würden fehlen. In der derzeit geltenden Fassung sei die Regelung intransparent und unzulässig.

Intransparent und unsachlich sei das Auswahlkriterium im Punkt

5.5. der Ausschreibungsunterlagen für die Zusatzqualifikationen des Schlüsselpersonals. Es gebe keine anerkannte

Detektivausbildung. Selbstverteidigungskurse würden in vielfältigster Form angeboten, von denen manche für die Ausübung des Bewachungsgewerbes gänzlich unpraktikabel seien. Für eine zumindest 24-stündige Zusatzqualifikation werde unabhängig vom Umfang, von der Dauer, der Komplexität und der Qualität der Ausbildung ein Punkt vergeben. Es werde eine besonders aufwändig und hochwertig ausgebildete Person gleich bewertet mit jeder Person, die lediglich eine 24-stündige Zusatzqualifikation erworben habe.

Unzulässig sei auch das Auswahlkriterium gemäß Punkt 5.6 der Ausschreibungsunterlagen [Anteil Vollbeschäftigte zu Gesamtmitarbeiter (max. 10 Punkte)] in der Fassung der 2. Berichtigung. Beim reglementierten Bewachungsgewerbe sei eine Beschäftigung eines Mitarbeiters auf Werkvertragsbasis legal praktisch ohne Verstoß gegen sozialrechtliche Bestimmungen unmöglich. Solche Mitarbeiter seien als Subunternehmer tätig, andernfalls handle es sich um eine unseriöse Unternehmerpraxis, mit deren Hilfe Sozialabgaben eingespart werden sollten. Ein solches Kriterium könne nicht als Nachweis für eine hohe Mitarbeiterstabilität herangezogen werden. Anonymisierte Mitarbeiterdaten können nicht als Beweis für die Richtigkeit der Angaben für den Anteil der Vollzeitbeschäftigten an der Gesamtmitarbeiterzahl dienen. Wie bereits zu Punkt 5.3 der Ausschreibungsunterlagen (kommissioneller Bewertung des Schulungskonzepts) ausgeführt - finde auch die Bewertung des Qualitätsmanagementsystems (Punkt 5.7 der Ausschreibungsunterlagen) unter Beiziehung einer Kommission statt, für deren Zusammensetzung sich der Auftraggeber Änderungen aus internen, organisatorischen Gründen vorbehalte. Auf die diesbezüglichen Ausführungen zu Punkt 5.3 der Ausschreibungsunterlagen werde verwiesen. Auch in diesem Fall sei eine subjektive Bewertung des Qualitätsmanagementsystems vorgesehen, obwohl es dabei um keine künstlerischen Aspekte des Auftrages handle. Ebenso sei unzulässiger Weise im Hinblick auf die Nachvollziehbarkeit der Bewertung keine verbale Begründung durch die Bewertungskommission vorgesehen.

Mit der 2. Berichtigung sei zwar die Frist für Anfragen zur Berichtigung und für Fragebeantwortungen, nicht jedoch die Frist für die Einreichung der Teilnahmeanträge (8.7.2013) verlängert worden. Außer Acht sei dabei gelassen worden, dass auf Grund der Änderungen des Inhaltes der Ausschreibung infolge umfassender Berichtigungen und Fragebeantwortungen eine wesentliche Überarbeitung der Teilnahmeanträge erforderlich sei. Eine faktische Verkürzung der Überarbeitungsmöglichkeit der Teilnahmeanträge (8.7.2013) ergebe sich dadurch, dass der Auftraggeber die bis zum 24.6.2013 eingelangt Anfragen bis zum 27.6.2013 beantworten könne. Zudem seien bis zum 24.6.2013 eingebrachte Bieteranfragen in vielen Punkten unbeantwortet geblieben. Erforderliche Änderungen der Teilnahmeanträge seien nicht abschätzbar. Außerdem diene die Frist zur Einreichung des Teilnahmeantrages dazu, den Bewerbern eine angemessene Frist zur Ausarbeitung des Teilnahmeantrages zur Verfügung zu stellen. Die ursprünglich vorgesehene Teilnahmefrist sei infolge allfälliger wesentlichen Änderungen des Inhaltes der Teilnahmeantragsunterlagen mit Auswirkungen auf die Bewertungsvorgänge und auf den potentiellen Bieterkreis unsachlich.

Als mittelständisches Unternehmen werde es dem Antragsteller aufgrund der Bestimmungen zur wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit unmöglich gemacht, am gegenständlichen Vergabeverfahren teilzunehmen, obwohl grundsätzlich die Befähigung und Befugnis vorliege, den ausgeschriebenen und bisher auch durchgeführten Auftrag zu übernehmen und durchzuführen. Die Eignungs- und Auswahlkriterien seien unzulässig und wettbewerbsbeschränkend, zumal damit der Bieterkreis auf maximal vier Bewachungsunternehmen als potentielle Bewerber von insgesamt etwa 400 Gewerbeberechtigten eingeengt werde.

Es seien bisher bereits mehrmals Berichtigungen und Anfragebeantwortungen erfolgt. Auch bei einer nicht prioritären Dienstleistung sei eine Berichtigung nur insoweit zulässig, als es dadurch nicht zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung komme. Von einer solchen wesentlichen, notwendigen Änderung sei im gegenständlichen Fall auszugehen. Mit den Änderungen der Teilnahmeantragsunterlagen müsse jedenfalls eine Verlängerung der Frist für den Teilnahmeantrag einhergehen, andernfalls werde eine Bekämpfung der Teilnahmeantragsabgabefrist erfolgen.

Der Antragsteller habe ein Interesse am Erhalt des Auftrages, zumal Sicherheitsdienstleistungen vom Antragsteller erbracht würden. Derzeit werde auch der ausgeschriebene Auftrag vom Antragsteller durchgeführt. Sollte der Antragsteller den ausgeschriebenen Auftrag nicht erhalten, würden massive wirtschaftliche Nachteile in der Höhe von Euro 450.000,- drohen. Zudem würden Kosten für die Abgabe des Teilnahmeantrages anlaufen. Hinzu kämen die Kosten für die Beiziehung des Rechtsanwalts und drohe der Verlust eines bedeutenden Referenzprojektes. Aufgrund der Rechtswidrigkeiten der Ausschreibungsunterlagen erachte sich der Antragsteller in seinen Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, auf Einhaltung des Sachlichkeits- und Transparenzgebotes

und des Gleichbehandlungsgrundsatzes gemäß § 19 BVergG idgF verletzt. Zudem sei das Diskriminierungsverbot zu beachten. Die gegenständlichen, rechtswidrigen Teilnahmeantragsunterlagen würden es dem Antragsteller nicht ermöglichen, am Vergabeverfahren teilzunehmen. Der Antragsteller habe ein Interesse am Erhalt des Auftrages, zumal Sicherheitsdienstleistungen vom Antragsteller erbracht würden. Derzeit werde auch der ausgeschriebene Auftrag vom Antragsteller durchgeführt. Sollte der Antragsteller den ausgeschriebenen Auftrag nicht erhalten, würden massive wirtschaftliche Nachteile in der Höhe von Euro 450.000,-- drohen. Zudem würden Kosten für die Abgabe des Teilnahmeantrages anlaufen. Hinzu kämen die Kosten für die Beiziehung des Rechtsanwalts und drohe der Verlust eines bedeutenden Referenzprojektes. Aufgrund der Rechtswidrigkeiten der Ausschreibungsunterlagen erachte sich der Antragsteller in seinen Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, auf Einhaltung des Sachlichkeits- und Transparenzgebotes und des Gleichbehandlungsgrundsatzes gemäß Paragraph 19, BVergG idgF verletzt. Zudem sei das Diskriminierungsverbot zu beachten. Die gegenständlichen, rechtswidrigen Teilnahmeantragsunterlagen würden es dem Antragsteller nicht ermöglichen, am Vergabeverfahren teilzunehmen.

Der Auftraggeber erteilte in seiner Stellungnahme vom 3.7.2013 zunächst allgemeine Auskünfte zum dem, dem Oberschwellenbereich zuzuordnenden, in Form eines zweistufigen Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung durchzuführenden Vergabeverfahren.

Mit Schriftsatz vom 8.7.2013 brachte der Auftraggeber vor, dass das zu den beliebtesten Sehenswürdigkeiten in Wien zählende Schloss Schönbohm an starken Tagen von bis zu 9000 Gästen besucht werde. Jährlich sei von etwa 5-7.000.000 Besuchern auszugehen. Der Antragsteller erbringe derzeit die Sicherheitsdienstleistungen, wobei von ihm auch seit Mai 2013 die vorläufige Betreuung der Sicherheitszentrale übernommen worden sei.

Dem Vorbringen des Antragstellers zu Punkt 1.6 der Ausschreibungsunterlagen hielt der Auftraggeber die Fragebeantwortung vom 28.6.2013 entgegen, wodurch jede Intransparenz und Unsachlichkeit ausgeräumt worden sei. Auch zu Punkt 2.5. Absatz 3 der Ausschreibungsunterlagen sei eine Klarstellung durch diese Fragebeantwortung erfolgt. Durch die 2. Berichtigung am 24.6.2013 sei Punkt 4.3.3 der Ausschreibungsunterlagen neu gefasst und der Begriff "positive Zuverlässigkeitsprüfung" beseitigt worden. Erforderlich sei nun die im § 130 Abs. 8 GewO 1994 gesetzlich geregelte Zuverlässigkeit und eine Teilnehmererklärung. Es liege damit weder eine Unsachlichkeit, noch eine Rechtswidrigkeit vor. Punkt 4.4 sei mit der Regelung im Punkt 1.3 der Ausschreibungsunterlagen zusammen zu lesen, der den Gegenstand der Ausschreibung umschreiben. Im Zuge der Fragebeantwortung sei auch klargestellt worden, dass sich der Umfang der Nachweise auf die im Punkt 4.4 in den Gliederungspunkten festgelegten Anforderungen beziehe. Von einem Widerspruch oder einer Intransparenz sei daher nicht auszugehen. Dem Vorbringen des Antragstellers zu Punkt 1.6 der Ausschreibungsunterlagen hielt der Auftraggeber die Fragebeantwortung vom 28.6.2013 entgegen, wodurch jede Intransparenz und Unsachlichkeit ausgeräumt worden sei. Auch zu Punkt 2.5. Absatz 3 der Ausschreibungsunterlagen sei eine Klarstellung durch diese Fragebeantwortung erfolgt. Durch die 2. Berichtigung am 24.6.2013 sei Punkt 4.3.3 der Ausschreibungsunterlagen neu gefasst und der Begriff "positive Zuverlässigkeitsprüfung" beseitigt worden. Erforderlich sei nun die im Paragraph 130, Absatz 8, GewO 1994 gesetzlich geregelte Zuverlässigkeit und eine Teilnehmererklärung. Es liege damit weder eine Unsachlichkeit, noch eine Rechtswidrigkeit vor. Punkt 4.4 sei mit der Regelung im Punkt 1.3 der Ausschreibungsunterlagen zusammen zu lesen, der den Gegenstand der Ausschreibung umschreiben. Im Zuge der Fragebeantwortung sei auch klargestellt worden, dass sich der Umfang der Nachweise auf die im Punkt 4.4 in den Gliederungspunkten festgelegten Anforderungen beziehe. Von einem Widerspruch oder einer Intransparenz sei daher nicht auszugehen.

Auch zu Punkt 4.5.2 der Ausschreibungsunterlagen sei eine Fragebeantwortung am 24.6.2013 erfolgt. In der Eigenerklärung sei das jährliche Mittel von 15 Mitarbeitern in den letzten drei Jahren, deren Verwendung und die Vollzeitbeschäftigung darzulegen, wofür eine Sozialversicherungsbestätigung erforderlich sei. Eine Anonymisierung laufe nicht auf deren Wertlosigkeit hinaus.

Den oben genannten Besucherzahlen stünden täglich 8 Mitarbeiter, die die Sicherheitsdienstleistungen erbringen würden, gegenüber, wobei in jeder Schicht nur jeweils zwei Mitarbeiter gleichzeitig anwesend seien. Der geforderte Qualifikationsnachweis (4.5.3.) sei im Hinblick auf das extrem hoch frequentierte, in seiner Bausubstanz einzigartige und als Weltkulturerbe geschütztes Objekt gerechtfertigt. Nur 80 % der zum Nachweis der Personalausstattung angeführten Mitarbeiter (damit mindestens 12 Personen) müssten über den geforderten Ausbildungsstand verfügen. § 75 Abs. 5 BVergG gelte für nicht prioritäre Dienstleistungen nicht. Den oben genannten Besucherzahlen stünden täglich 8 Mitarbeiter, die die Sicherheitsdienstleistungen erbringen würden, gegenüber, wobei in jeder Schicht nur jeweils zwei

Mitarbeiter gleichzeitig anwesend seien. Der geforderte Qualifikationsnachweis (4.5.3.) sei im Hinblick auf das extrem hoch frequentierte, in seiner Bausubstanz einzigartige und als Weltkulturerbe geschütztes Objekt gerechtfertigt. Nur 80 % der zum Nachweis der Personalausstattung angeführten Mitarbeiter (damit mindestens 12 Personen) müssten über den geforderten Ausbildungsstand verfügen. Paragraph 75, Absatz 5, BVergG gelte für nicht prioritäre Dienstleistungen nicht.

Das im Punkt 4.5.3.1 der Ausschreibungsunterlagen angeführte ÖZS-Basistraining sei lediglich als Beispiel zu werten. Es würden auch andere Basisausbildungen akzeptiert, für die der Mindeststandard mit angeführten, konkreten Themen vorgegeben sei. Nicht ersichtlich sei, dass das ÖZS-Basiszertifikat nur bestimmten Unternehmern zugänglich wäre. Damit liege weder eine Unsachlichkeit noch eine Wettbewerbsbeschränkung vor. Zum Vorbringen zu Punkt 4.5.3.2 der Ausschreibungsunterlagen werde darauf hingewiesen, dass am gegenständlichen Areal keine absoluten Branchenneulinge eingesetzt werden sollten, die schnell engagiert und ebenso wieder schnell ausgetauscht würden. Die Bestimmung beziehe sich auf 80 % der zum Nachweis der Personalausstattung geforderten Mitarbeiter (zumindest 12). Die geforderte einmonatige Einschulungsphase sei angesichts des hochwertigen Areals nicht unsachlich. Die praktische Grundausbildung werde ohnehin von einem ununterbrochen mindestens 1 Jahr der Branchen zugehörigen Mitarbeiter erbracht.

Im Hinblick auf das sicherheitstechnisch höherwertige Bewachungsobjekt mit der genannten Besucherfrequenz und den hinzukommenden 250 Mitarbeitern des Auftraggebers sei die Forderung nach einer Ausbildung zum betrieblichen Ersthelfer, Aufzugs- und Brandschutzwart weder unsachlich, noch überschießend oder vergabe- rechtswidrig. Zudem müssten ohnehin nur 12 Mitarbeiter über einen entsprechenden Ausbildungsstand verfügen.

Im Hinblick auf die Überschrift "Sicherheitsgewerbe (Detektive, Bewachungsgewerbe)" im § 129 GewO sei davon auszugehen, dass der Begriff Sicherheitsgewerbe ein Überbegriff für das Bewachungsgewerbe sei. Damit seien dem Tätigkeitsumfang des Bewachungsgewerbes nicht unterliegende Referenzprojekte unzulässig. Aufgrund der Auslegungsgrundsätze des § 914 ABGB müssten die im Punkt 4.5.4 der Ausschreibungsunterlagen geforderten Referenzprojekte dem in Punkt 1.3 der Ausschreibung beschriebenen Auftragsinhalt entsprechen. Der Tätigkeitsbereich der Berufsdetektive (§ 94 Z 62 GewO 1994) sei davon nicht erfasst. Eine entsprechende Fragebeantwortung sei diesbezüglich erfolgt. Im Hinblick auf die Überschrift "Sicherheitsgewerbe (Detektive, Bewachungsgewerbe)" im Paragraph 129, GewO sei davon auszugehen, dass der Begriff Sicherheitsgewerbe ein Überbegriff für das Bewachungsgewerbe sei. Damit seien dem Tätigkeitsumfang des Bewachungsgewerbes nicht unterliegende Referenzprojekte unzulässig. Aufgrund der Auslegungsgrundsätze des Paragraph 914, ABGB müssten die im Punkt 4.5.4 der Ausschreibungsunterlagen geforderten Referenzprojekte dem in Punkt 1.3 der Ausschreibung beschriebenen Auftragsinhalt entsprechen. Der Tätigkeitsbereich der Berufsdetektive (Paragraph 94, Ziffer 62, GewO 1994) sei davon nicht erfasst. Eine entsprechende Fragebeantwortung sei diesbezüglich erfolgt.

Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers müssten die als Referenz zugelassenen, aktuell laufenden Projekte die selben im Punkt 4.5.4 festgelegten Kriterien erfüllen, wie sämtliche andere, bereits abgewickelte Referenzprojekte. Dies gelte auch für die Stundenregelungen, die der Auftrag bezogen auf 12 Monate zu umfassen habe. Insofern könne auch von keiner Diskriminierung der Bieter ausgegangen werden.

Unsachlich sei auch nicht die Regelung im Punkt 5, 1. Absatz der Ausschreibungsunterlagen. Unter Heranziehung des Interpretationsmaßstabes gemäß § 914 ABGB sei davon auszugehen, dass ein gleich gereihter Bieter ebenfalls zur Angebotslegung eingeladen werde. Der Auftraggeber habe ein Interesse, auch Bewerber, die mit einem 1.-, 2.-, 3.- oder 4.- Besten gleich aufwiegen würden, zur Angebotslegung einzuladen. Dem Vorbringen des Antragstellers, wonach in Wien nur neun denkmalgeschützte Gebäude existieren würden, die jährlich von mehr als 350.000 Besuchern frequentiert würden, sei entgegenzuhalten, dass es sich hierbei um eine europaweite Ausschreibung in Oberschwabenbereich handle. Mit den Anforderungen in Punkt 4. 5.4 der Ausschreibungsunterlagen (Auswahlkriterium "einschlägige Referenzprojekte") werde nicht nur auf denkmalgeschützte Gebäude in Wien abgestellt. Die Anforderungen seien abgestimmt auf das gegenständliche denkmalgeschützte Objekt mit einer extrem hohen Besucherfrequenz. Darüber hinaus handle es sich um kein Eignungs- (K.O.-Kriterium) sondern um ein Auswahlkriterium. Unsachlich seien auch nicht die Anforderungen zum Auswahlkriterium "Mitarbeiterstabilität" (5.2.). Wie sich aus der unbekämpft gebliebenen 1.Berichtigung vom 10.6.2013 ergebe, werde mit der Anonymisierung sichergestellt, dass noch erkennbar seien, dass es sich um verschiedene Personen handle. Es sei aber auch eine Zuordnung zu einer bestimmten Person ohne weitere Informationen möglich. Die Zielsetzung des Kriteriums der

Mitarbeiterstabilität sei eindeutig. Dem Auftraggeber sei nicht bekannt, ob Unternehmen Mitarbeiter auf Werkvertragsbasis führen würden, die über eine eigene Berechtigung verfügen würden. Im Rahmen der Berichtigung sei ein Hinweis "soweit gewerberechtlich zulässig" erfolgt. Die arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften müssten ohnehin gemäß Punkt 3.5 der Ausschreibungsunterlagen eingehalten werden. Eine Unsachlichkeit oder Intransparenz liege damit nicht vor. Diese Argumentation gelte auch für das Vorbringen des Antragstellers zu Punkt 5.5. der Ausschreibungsunterlagen (Auswahlkriterium Vollbeschäftigung). Unsachlich sei auch nicht die Regelung im Punkt 5, 1. Absatz der Ausschreibungsunterlagen. Unter Heranziehung des Interpretationsmaßstabes gemäß Paragraph 914, ABGB sei davon auszugehen, dass ein gleich gereihter Bieter ebenfalls zur Angebotslegung eingeladen werde. Der Auftraggeber habe ein Interesse, auch Bewerber, die mit einem 1.-, 2.-, 3.- oder 4.- Besten gleich aufwiegen würden, zur Angebotslegung einzuladen. Dem Vorbringen des Antragstellers, wonach in Wien nur neun denkmalgeschützte Gebäude existieren würden, die jährlich von mehr als 350.000 Besuchern frequentiert würden, sei entgegenzuhalten, dass es sich hierbei um eine europaweite Ausschreibung in Oberschwelkenbereich handle. Mit den Anforderungen in Punkt 4. 5.4 der Ausschreibungsunterlagen (Auswahlkriterium "einschlägige Referenzprojekte") werde nicht nur auf denkmalgeschützte Gebäude in Wien abgestellt. Die Anforderungen seien abgestimmt auf das gegenständliche denkmalgeschützte Objekt mit einer extrem hohen Besucherfrequenz. Darüber hinaus handle es sich um kein Eignungs- (K.O.-Kriterium) sondern um ein Auswahlkriterium. Unsachlich seien auch nicht die Anforderungen zum Auswahlkriterium "Mitarbeiterstabilität" (5.2.). Wie sich aus der unbekämpft gebliebenen 1. Berichtigung vom 10.6.2013 ergebe, werde mit der Anonymisierung sichergestellt, dass noch erkennbar seien, dass es sich um verschiedene Personen handle. Es sei aber auch eine Zuordnung zu einer bestimmten Person ohne weitere Informationen möglich. Die Zielsetzung des Kriteriums der Mitarbeiterstabilität sei eindeutig. Dem Auftraggeber sei nicht bekannt, ob Unternehmen Mitarbeiter auf Werkvertragsbasis führen würden, die über eine eigene Berechtigung verfügen würden. Im Rahmen der Berichtigung sei ein Hinweis "soweit gewerberechtlich zulässig" erfolgt. Die arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften müssten ohnehin gemäß Punkt 3.5 der Ausschreibungsunterlagen eingehalten werden. Eine Unsachlichkeit oder Intransparenz liege damit nicht vor. Diese Argumentation gelte auch für das Vorbringen des Antragstellers zu Punkt 5.5. der Ausschreibungsunterlagen (Auswahlkriterium Vollbeschäftigung).

Zum Vorbringen des Antragstellers zu Punkt 5.3. werde darauf verwiesen, dass dem Auftraggeber nicht vorweg, künftiges vergaberechtswidriges Verhalten unterstellt werden dürfe. Die nicht vom Antragsteller angezweifelte Qualifikation der Bewertungskommission sei mit einem Ersatzmitglied vom Auftraggeber ohnehin vorweg bekannt gegeben worden. Im Hinblick auf allfällige Krankenstände, Urlaub oder zeitliche Verzögerungen habe sich der Auftraggeber Änderungen aus internen organisatorischen Gründen vorbehalten. Im Fall der Verhinderung werde der Auftraggeber wieder fachlich geeignete Personen auswählen. Andernfalls wäre dies ohnehin über einen Nachprüfungsantrag bekämpfbar.

Mit der Festlegung der Bewertung des Schulungskonzeptes in mehrere Subkategorien in Verbindung mit der maximalen Punktevergabe sei ausreichend und detailliert genug klargestellt, um eine nachvollziehbare Bewertung dieses Kriteriums durch den Auftraggeber sicherzustellen. Lediglich messbare (mathematisierbare) Kriterien seien von einer Bewertung durch eine Bewertungskommission ausgeschlossen. Dies sei bei einer Bewertung eines Schulungskonzeptes nicht der Fall. Die Mitglieder der Bewertungskommission könnten autonom und subjektiv ihre Bewertung vornehmen. Im derzeitigen Stadium könne nicht ex ante davon ausgegangen werden, dass eine Bewertung ohne hinreichend verbale Begründung vorgenommen werde. Die Kommissionsmitglieder würde eine plausible nachvollziehbare Begründung aufzeichnen. Dies ergebe sich aus der Judikatur. Das Vergabeverfahren befindet sich aber nicht in dem Stadium, dass diese Begründung zur Beurteilung der Transparenz der Bewertung herangezogen werden könne, zumal es noch gar keine Bewertung gebe. Dies treffe auch für das Vorbringen des Antragstellers zur Regelung die Bewertungskommission beim Auswahlkriterium "Qualitätsmanagementsystem" (5.7.) zu.

Aus der Sicht des Auftraggebers bestehe keine Notwendigkeit zur Verlängerung der Teilnahmeantragsfrist. Die Berichtigungen und Fragebeantwortung vom 24.6.2013 hätten lediglich Klarstellungen betroffen, die keine Überarbeitung der Teilnahmeanträge erforderlich gemacht hätten. Auch die Verlängerung der Anfragefrist vom 24.6. bis 27.6.2013 hätte keine Verkürzung der Überarbeitungsmöglichkeiten der Teilnahmeanträge zur Folge gehabt. Allein die Möglichkeit zur Fragestellung ziehe nicht die Notwendigkeit zur Überarbeitung der Teilnahmeanträge nach sich. Eine Berichtigung müsse auf die Erstellung von Angeboten wesentlichen Einfluss haben (§ 57 Abs. 2 BVergG idgF). Weitere Fragen seien zudem nicht gestellt worden. Die frühere und spätere Beantwortung von Fragen seien nicht auf

eine Säumnis des Auftraggebers zurückzuführen, sondern gehe auf eine Prioritätensetzung des Antragstellers zurück. Es seien jedoch sämtliche Fragen des Antragstellers zum Teil bereits 2 Stunden nach dessen Fragestellung beantwortet worden. Die gesetzlich zugestandene Friste zur Beantwortung sei bei weitem nicht ausgeschöpft worden. Im Hinblick auf eine allfällige Entscheidung des Bundesvergabeamtes könne keine Teilnahmeantragsfrist ex ante verlängert werden. Eine bloße Addition von Berichtigungen und Fragebeantwortungen könne nicht untermauern, dass der Auftraggeber das Instrument der Berichtigung exzessiv oder über Gebühr in Anspruch genommen hätte bzw. eine inhaltlich wesentlich andere Ausschreibung vorliege, die einen Widerruf notwendig mache. Aus der Sicht des Auftraggebers bestehe keine Notwendigkeit zur Verlängerung der Teilnahmeantragsfrist. Die Berichtigungen und Fragebeantwortung vom 24.6.2013 hätten lediglich Klarstellungen betroffen, die keine Überarbeitung der Teilnahmeanträge erforderlich gemacht hätten. Auch die Verlängerung der Anfragefrist vom 24.6. bis 27.6.2013 hätte keine Verkürzung der Überarbeitungsmöglichkeiten der Teilnahmeanträge zur Folge gehabt. Allein die Möglichkeit zur Fragestellung ziehe nicht die Notwendigkeit zur Überarbeitung der Teilnahmeanträge nach sich. Eine Berichtigung müsse auf die Erstellung von Angeboten wesentlichen Einfluss haben (Paragraph 57, Absatz 2, BVergG idgF). Weitere Fragen seien zudem nicht gestellt worden. Die frühere und spätere Beantwortung von Fragen seien nicht auf eine Säumnis des Auftraggebers zurückzuführen, sondern gehe auf eine Prioritätensetzung des Antragstellers zurück. Es seien jedoch sämtliche Fragen des Antragstellers zum Teil bereits 2 Stunden nach dessen Fragestellung beantwortet worden. Die gesetzlich zugestandene Friste zur Beantwortung sei bei weitem nicht ausgeschöpft worden. Im Hinblick auf eine allfällige Entscheidung des Bundesvergabeamtes könne keine Teilnahmeantragsfrist ex ante verlängert werden. Eine bloße Addition von Berichtigungen und Fragebeantwortungen könne nicht untermauern, dass der Auftraggeber das Instrument der Berichtigung exzessiv oder über Gebühr in Anspruch genommen hätte bzw. eine inhaltlich wesentlich andere Ausschreibung vorliege, die einen Widerruf notwendig mache.

In einem weiteren Schriftsatz vom 19.7.2013 hob der Antragsteller abermals hervor, dass die Eignungs- und Auswahlkriterien jedenfalls eine Reduktion der Teilnehmer am Vergabeverfahren auf die vier größten Anbieter am Markt zur Folge hätten. Dies würde beim mit circa 8 Mitarbeiter zu bewältigenden, ausgeschriebenen Bewachungsauftrag auch bei einer nicht prioritären Dienstleistung nicht dem Sachlichkeitsgebot entsprechen. Die Ausschreibungssystematik würde der Vergabe von Sicherheitsdienstleistungen im "Wiener Wurstlprater" entsprechen. Eigentliche Leistungskriterien (Mitarbeiterausbildung) würden in technische Eignungskriterien umgestaltet werden. Objektiv bewertbare Qualitätskriterien würden durch eine Bewertungskommission nach freiem Ermessen beurteilt.

Eine umfassende Schulung des in vielen Bereichen tätigen Personals eines Bewachungsunternehmens (ÖZS-Basisausbildung bzw. gleichwertige Ausbildung) sei ungeeignet. Die für mindestens 12 Mitarbeiter vorgeschriebene Basisausbildung bewirke eine unsachliche Einschränkung des Bieterkreises auf 4 Unternehmen. Der Antragsteller - als das 7.-größte österreichische Bewachungsunternehmen - würde an einer erfolgreichen Teilnahme am ausgeschriebenen Auftrag gehindert werden.

Der Antragsteller beabsichtige nicht, das Vergabeverfahren zu verzögern, sondern müsste aus anwaltlicher Vorsicht aufgrund von Rechtsmittel- sowie Präklusionsfristen vorgehen. Aufgrund der Fragebeantwortung vom 28.6.2013 seien die Festlegungen unter den Punkten 1.6 letzter Absatz, 4.4.

1. Absatz und 5 Absatz 1 der Ausschreibungsunterlagen bzw. aufgrund des Schriftsatzes des Auftraggebers vom 8.7.2013 die Festlegung zu Punkt 4.5.4. in den Ausschreibungsunterlagen klargestellt worden. Eine Klaglosstellung des Antragstellers zu den Punkten 2.5. 3. Absatz bzw. 4.3.3. der Ausschreibungsunterlagen könne nur durch eine entsprechende Berichtigung erfolgen.

Die geforderte Vorlage einer Sozialversicherungsbestätigung (Punkt 4.5.2. der Ausschreibungsunterlagen) sei nach wie vor unsachlich, zumal sich die für den jeweiligen Mitarbeitern maßgebliche Wochenstundenanzahl laufend durch eine quartalsmäßige Anpassung ändern könne. Die genannten Bestätigungen könnten nur Auskunft darüber geben, ob ein Mitarbeiter über das Geringfügigkeitsausmaß hinaus im Betrieb beschäftigt sei oder nicht.

Es sei äußerst selten, dass alle geforderten Qualifikationen bei ein- und demselben Mitarbeiter vorliegen würden. Es könnten auch nicht derart speziell ausgebildete Wachorgane für einen möglichen Einsatz vorrätig gehalten werden. Über solche würden nur spezielle Unternehmen verfügen. Die Brandschutzwartausbildung sei außerdem nicht auf drei, sondern auf fünf Jahre befristet. Nach der Judikatur müssten die Kriterien für die Gleichwertigkeitsprüfung offen

gelegt werden. Die vorgegebenen Gleichwertigkeitskriterien sei nicht hinreichend. Das Erfordernis für die Personalausstattung beziehe sich entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers nicht auf 12 Mitarbeiter, sondern erstrecke sich überschießend auf den gesamten Mitarbeiterstab des Unternehmens.

Das Bindewort "und" führe unnötigerweise zur Intransparenz der Regelung zu den Referenzprojekten. Vielmehr wäre eine Berichtigung dahingehend notwendig, dass Referenzprojekte iSd Punktes 4.5.4 der Ausschreibungsunterlagen nur solche sein könnten, die dem Bewachungsgewerbe zuzuordnen seien. Sie dürften weder dem Personenschutz bzw. den Berufsdetektiven, noch anderen Gewerben zuzuordnen sein.

Das Auswahlkriterium "Referenzprojekte", die das 5-fache an Auftragsstundenzahl des gegenständlichen Projektes aufzuweisen hätten, würde bewirken, dass jedenfalls Klein- und Mittelbetriebe von einer aussichtsreichen Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen seien und die Teilnahme auf den Kreis der vier größten Marktteilnehmer einschränken. Den Vorgaben der Teilnahmeunterlagen folgend sei ein "Student" als Besucher einer Universität zu werten.

Die Mitarbeiterstabilität könne nur durch Bekanntgabe von in einem Dienstverhältnis stehenden Mitarbeiter nachgewiesen werden. Es bleibe kein Raum für eine Werkvertragsbeziehung zwischen dem Auftragnehmer und dem eingesetzten Wachorgan. Die vom Auftraggeber vorgenommenen Berichtigungen seien von wesentlichem Einfluss auf die Stellung des Teilnahmeantrages, sodass eine Verlängerung der Frist für die Abgabe der Teilnahmeanträge erforderlich sei. Eine Einschränkung des Bewerberkreises sei weder durch die tatsächlichen sicherheitstechnischen Qualitäts- noch Quantitätsanforderungen durch das Bewachungsobjekt sachlich gerechtfertigt.

In der mündlichen Verhandlung am 1.8.2013 brachte der Auftraggeber vor, dass die vom Antragsteller angeführten Kriterien für eine Bewertung des Schulungskonzeptes unsachlich und intransparent wären. Dies betreffe insbesondere die zeitliche Länge und Intensität der Schulungsmaßnahmen, die Qualität der Vortragenden und die Tests über das vermittelte Wissen. Der Antragsteller sei damit selbst als Branchenkenner nicht in der Lage, tatsächlich objektiv messbare, mathematisierbare Kriterien für ein Schulungskonzept vorzuschlagen. Gerade im Fall von nicht messbaren, mathematisierbaren Kriterien sei eine Bewertungskommission zulässig.

Weiters führte der Auftraggeber aus, dass ein seriöses Bewachungsunternehmen über ein Schulungs- und Qualitätsmanagementkonzept verfügen solle. Diese seien auf 3 bis 5 Seiten zusammenzufassen. Die geforderten Konzepte würden sich nicht auf die gegenständliche Ausschreibung beziehen, sondern seien vielmehr Ausfluss einer seriösen Unternehmensführung.

Der Antragsteller betonte, dass ein Schulungs- und Qualitätskonzept für die Unternehmensführung jedenfalls notwendig sei. Auch er verfüge über solche Konzepte. Problematisch sei allerdings die Darstellung des Konzeptes auf 3 bis 5 Seiten. Dies insbesondere im Hinblick auf die Subkriterien, die nach freiem Ermessen (willkürlich) von den Bewertungskommissionmitgliedern ohne verbale Begründung bewertet würden. Eine Ausbildung sei jedoch einer mathematisierbaren Beurteilung zugänglich. Nach der Judikatur des EuGH müsse eine Beurteilung vorhersehbarer Maßstäben unterliegen, da die Vergabe von einem Viertel der Gesamtpunkte durch eine Kommission erfolge. Bei den Konzepten gehe es um die Beurteilung eines Systems.

Nach Meinung des Auftraggebers könnten die vorzulegenden Konzepte durchaus auf mehr als 3 bis 5 Seiten dargestellt werden. Die Seitenangabe sollte lediglich eine gewisse Arbeitserleichterung für den Auftraggeber zur Folge haben. Die Bewertung der Konzepte erfolge subjektiv und nicht willkürlich. Eine verbale Begründung erfolge auf jeden Fall. Dies gehe auch aus der Fragebeantwortung hervor. Der Auftraggeber sei bemüht, transparent vorzugehen. Da es keine mathematisierbaren Maßstäbe gäbe, unterlägen die Konzepte einer subjektiven Beurteilung anhand der Subkriterien. In einer Ausschreibung könne nicht genau dargestellt werden, wie ein Konzept eines Bieters auszusehen habe, das mit der Höchstpunktzahl beurteilt werde.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Rechtslagerömisches eins. Rechtslage

Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 10/2012 wurde mit BGBl I Nr. 128/2013, kundgemacht am 11.7.2013, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der in der genannten Novelle im § 345 Abs. 17 Z 3 angeführten Bestimmungen - mit dem der Kundmachung folgenden Tag, somit am 12.7.2013, in Kraft getreten. Gemäß § 345 Abs. 17 Z 2 BVergG idGF sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle bereits eingeleiteten

Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr 128/2013 beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage. Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013, kundgemacht am 11.7.2013, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der in der genannten Novelle im Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 3, angeführten Bestimmungen - mit dem der Kundmachung folgenden Tag, somit am 12.7.2013, in Kraft getreten. Gemäß Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 2, BVergG idgF sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 128 aus 2013, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage.

Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das vor dem 12.7.2013 eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 10/2012 heranzuziehen hat. Da das gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0071-BVA/04/2013 am 28.6.2013 protokollierte Nachprüfungsverfahren vor dem 12.7.2013 anhängig gemacht wurde, sind ebenfalls für dieses Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 10/2012 maßgeblich. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das vor dem 12.7.2013 eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, heranzuziehen hat. Da das gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0071-BVA/04/2013 am 28.6.2013 protokollierte Nachprüfungsverfahren vor dem 12.7.2013 anhängig gemacht wurde, sind ebenfalls für dieses Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, maßgeblich.

II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages römisch zwei. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG idgF ist die Schloß Schönbrunn Kultur- und Betriebsgesellschaft m.b.H. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG idgF (vgl BVA 23.8.2011, N/0067-BVA/09/2011-29; 27.3.2006, N/0008- BVA/08/2006-136; 17.2.2004, 08N-10/04-27). Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG idgF ist die Schloß Schönbrunn Kultur- und Betriebsgesellschaft m.b.H. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG idgF vergleiche BVA 23.8.2011, N/0067-BVA/09/2011-29; 27.3.2006, N/0008- BVA/08/2006-136; 17.2.2004, 08N-10/04-27).

Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG idgF. Die als nicht prioritäre Dienstleistung gemäß Anhang IV Kat. 23 BVergG idgF einzustufende Dienstleistung (Punkt 2.1 der Ausschreibungsunterlagen) überschreitet auf Grund des geschätzten Auftragswertes den relevanten Schwellenwert, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt, das in Form eines 2-stufigen Verhandlungsverfahrens (Punkt 2.2. der Ausschreibungsunterlagen) durchgeführt wird. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG idgF. Die als nicht prioritäre Dienstleistung gemäß Anhang römisch vier Kat. 23 BVergG idgF einzustufende Dienstleistung (Punkt 2.1 der Ausschreibungsunterlagen) überschreitet auf Grund des geschätzten Auftragswertes den relevanten Schwellenwert, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt, das in Form eines 2-stufigen Verhandlungsverfahrens (Punkt 2.2. der Ausschreibungsunterlagen) durchgeführt wird.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs. 2 BVergG idgF iVm Art 14b Abs. 2 Z 1 lit b B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren

entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG idgF in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera b, B-VG ist sohin gegeben.

Laut Stellungnahme des Auftraggebers wurde das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Vertrag noch nicht abgeschlossen. Der Nachprüfungsantrag erfüllt die Voraussetzungen des § 322 Abs. 1 BVergG idgF. Die Pauschalgebühr wurde entrichtet. Laut Stellungnahme des Auftraggebers wurde das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Vertrag noch nicht abgeschlossen. Der Nachprüfungsantrag erfüllt die Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG idgF. Die Pauschalgebühr wurde entrichtet.

III. Zu Spruchpunkt I.römisch drei. Zu Spruchpunkt römisch eins.

III.1. Allgemeinesrömisch drei.1. Allgemeines

Da es sich um die Vergabe einer nicht prioritären Dienstleistung gemäß § 6 iVm Anhang IV BVergG idgF handelt, sind gemäß § 141 Abs. 1 BVergG idgF ausschließlich die Bestimmungen dieses Abschnittes des BVergG, der 1. Teil mit Ausnahme des § 2 Z 16, die §§ 3 Abs. 1 und 6, 6, 9, 10, 12 Abs. 1 und 3, 13, 16, 20 Abs. 2, 3 und 5, 21, 44, 49, 51, 98 und 140 Abs. 9 sowie der 4. bis 6. Teil des BVergG idgF anzuwenden. Auf § 141 BVergG idgF wird auch in der Verfahrensordnung unter Punkt 2.1. (Verfahrens- und Auftragsart) der Ausschreibungsunterlagen hingewiesen. Da es sich um die Vergabe einer nicht prioritären Dienstleistung gemäß Paragraph 6, in Verbindung mit Anhang römisch vier BVergG idgF handelt, sind gemäß Paragraph 141, Absatz eins, BVergG idgF ausschließlich die Bestimmungen dieses Abschnittes des BVergG, der 1. Teil mit Ausnahme des Paragraph 2, Ziffer 16,, die Paragraphen 3, Absatz eins und 6, 6, 9, 10, 12 Absatz eins und 3, 13, 16, 20 Absatz 2, 3 und 5, 21, 44, 49, 51, 98 und 140 Absatz 9, sowie der 4. bis 6. Teil des BVergG idgF anzuwenden. Auf Paragraph 141, BVergG idgF wird auch in der Verfahrensordnung unter Punkt 2.1. (Verfahrens- und Auftragsart) der Ausschreibungsunterlagen hingewiesen.

Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (vgl VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; 19.11.2008, 2007/04/0018; ebenso BVA 10.9.2012, N/0071-BVA/04/2012-32; 5.3.20012, N/0011/04/2012-15; BVA 25.11.2009, N/0110- BVA/09/2009-28; BVA 12.5.2009 N/0022-BVA/11/2009-27 uva.). Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich vergleiche VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; 19.11.2008, 2007/04/0018; ebenso BVA 10.9.2012, N/0071-BVA/04/2012-32; 5.3.20012, N/0011/04/2012-15; BVA 25.11.2009, N/0110- BVA/09/2009-28; BVA 12.5.2009 N/0022-BVA/11/2009-27 uva.).

Ein durchschnittlich fachkundiger Bewerber musste bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN-AG Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich);

VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024, 17.11.2004, 2002/04/0078;

16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 5.3.2012, N/0011-BVA/04/2012-15;

BVA 12.5.2009, N/0022-BVA/11/2009-27; BVA 25.11.2009, N/0110- BVA/09/2009-28; 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20 u.a.] aufgrund der oben wiedergegebenen Ausschreibungsbestimmungen davon ausgehen, dass die Vergabe des

Auftrags in Form eines zweistufigen Vergabeverfahrens (Punkt 2.2. der Ausschreibungsunterlagen) erfolgen soll. In der 1. Stufe sollten nach einer Prüfung zum Vorliegen von Ausschlussgründen und zur Eignung auf Grund der Ausschreibungsvorgaben bei Einlangen von mehr als fünf geeigneten Teilnahmeanträgen eine Auswahl anhand der in Punkt 5 vorgegebenen Auswahlkriterien erfolgen. In der Folge sollten die ausgewählten Bewerber zur Angebotslegung auf Basis der dazu übermittelten Ausschreibungsunterlagen (2. Stufe) eingeladen werden.

Als Auswahlkriterium wurden unter Punkt 5 der Ausschreibungsunterlagen 7 Kriterien mit der jeweils zu vergebenden maximalen Punktzahl genannt. Insgesamt könnten 100 Punkte erreicht werden. 2 Auswahlkriterien, nämlich das "Schulungskonzept" und das "Qualitätskonzept", sollten durch eine Bewertungskommission bewertet werden.

III.2. Auswahlkriterien - "Schulungskonzept" und "Qualitätskonzept" römisch drei. 2. Auswahlkriterien - "Schulungskonzept" und "Qualitätskonzept"

III.2.1. Qualifikation eines Auswahlkriterien römisch drei. 2.1. Qualifikation eines Auswahlkriterien

Gemäß § 2 Z 20 BVergG idGF sind Auswahlkriterien vom Auftraggeber in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegte, nicht diskriminierende, auf den Leistungsinhalt abgestimmte, unternehmensbezogene Kriterien, nach welchen die Qualität der Bewerber beurteilt wird und die Auswahl im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung erfolgt. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 20, BVergG idGF sind Auswahlkriterien vom Auftraggeber in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegte, nicht diskriminierende, auf den Leistungsinhalt abgestimmte, unternehmensbezogene Kriterien, nach welchen die Qualität der Bewerber beurteilt wird und die Auswahl im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung erfolgt.

Anders als die Eignungskriterien, die die wirtschaftlichen und technischen Mindestanforderungen vorgeben, sollen die Auswahlkriterien darüber hinausgehend dem Auftraggeber ermöglichen, die Qualität des Bewerbers besser zu beurteilen. Dies bedeutet, dass für die Auswahl der Bewerber Anforderungen aus Bereichen herangezogen werden, welche bereits bei der Prüfung der Eignung von Bedeutung sind (vgl. Öhler/Malin in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 2 Z 20 lit a Rz 5ff). Dem Auftraggeber steht zwar bei der Festlegung der Auswahlkriterien grundsätzlich Ermessen zu. Er hat aber zu beachten, dass - anders als bei den auf einen zukünftigen Auftrag bezogenen Zuschlagskriterien - bei den Auswahlkriterien die Leistung und das Verhalten des Bewerbers bei der bisherigen Auftragserfüllung in der Vergangenheit zu beurteilen ist, um daraus Rückschlüsse für den zu vergebenden Auftrag zu ziehen (vgl. Schiefer/Mensdorff-Pouilly in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1259). Anders als die Eignungskriterien, die die wirtschaftlichen und technischen Mindestanforderungen vorgeben, sollen die Auswahlkriterien darüber hinausgehend dem Auftraggeber ermöglichen, die Qualität des Bewerbers besser zu beurteilen. Dies bedeutet, dass für die Auswahl der Bewerber Anforderungen aus Bereichen herangezogen werden, welche bereits bei der Prüfung der Eignung von Bedeutung sind (vergleiche Öhler/Malin in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraph 2, Ziffer 20, Litera a, Rz 5ff). Dem Auftraggeber steht zwar bei der Festlegung der Auswahlkriterien grundsätzlich Ermessen zu. Er hat aber zu beachten, dass - anders als bei den auf einen zukünftigen Auftrag bezogenen Zuschlagskriterien - bei den Auswahlkriterien die Leistung und das Verhalten des Bewerbers bei der bisherigen Auftragserfüllung in der Vergangenheit zu beurteilen ist, um daraus Rückschlüsse für den zu vergebenden Auftrag zu ziehen (vergleiche Schiefer/Mensdorff-Pouilly in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1259).

Wie sich aus den Ausführungen des auch über ein Schulungs- und Qualitätsmanagementkonzept verfügenden Antragstellers in der mündlichen Verhandlung am 1.8.2013 ergibt, ist ein Schulungs- und Qualitätsmanagementkonzept für die Führung eines Bewachungsunternehmens erforderlich. Ebenso gab der Auftraggeber unbestritten an, dass ein seriöses Bewachungsunternehmen über ein Schulungs- und Qualitätsmanagementkonzept verfügen müsse.

In Anbetracht dessen, dass das Schulungs- und Qualitätsmanagementkonzept nicht erst in Abstimmung auf die Besonderheiten der gegenständlichen ausgeschriebenen Bewachungsdienstleistung für das Schloss Schönbrunn und die dazu gehörigen Baulichkeiten und Grundflächen speziell entwickelt werden muss, sondern vielmehr ein Bewachungsunternehmer ohnehin über solche Konzepte verfügen sollte, können Konzepte für die Schulung bzw. das Qualitätsmanagement auch als Auswahlkriterien herangezogen werden. Es handelt sich dabei um ein auf den Leistungsinhalt (Bewachungsdienstleistung) abgestimmtes Kriterium, das sich auf das jeweilige

Bewachungsunternehmen bezieht, und Aussage über die Qualität des Unternehmers im Hinblick auf seine Schulungsmaßnahmen und sein Qualitätsmanagement treffen kann. Die beiden Kriterien können daher als Maßstab für die Auswahl der Bewerber für die 2. Stufe herangezogen werden.

III.2.2. Bewertung der Auswahlkriterien "Schulungskonzept" (5.3.) bzw. "Qualitätskonzept" (5.7.)

Der EuGH wies im Zusammenhang mit den Auswahlkriterien darauf hin, dass diese dem Transparenzgebot unterliegen und jedem potenziellen Bieter ein angemessener Grad von Öffentlichkeit zu gewährleisten ist, der die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden. Dies gilt für jedes Stadium des Vergabeverfahrens, nämlich auch für das der Auswahl der Bewerber [EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG)].

Diese Vorgaben haben nicht nur für Auswahlverfahren bei Vergaben von prioritären Dienstleistungen, sondern auch für solche von nicht prioritäre Dienstleistungen Geltung. Nicht prioritäre Dienstleistungen sind gemäß § 141 Abs. 2 BVergG idgF nicht nur unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten, sondern auch unter Einhaltung des Diskriminierungsverbotes, eines angemessenen Grads von Öffentlichkeit und - bei einem Verfahren mit mehreren Unternehmern - unter Einhaltung des Grundsatzes des freien und lauten Wettbewerbes zu vergeben. Diese Vorgaben haben nicht nur für Auswahlverfahren bei Vergaben von prioritären Dienstleistungen, sondern auch für solche von nicht prioritäre Dienstleistungen Geltung. Nicht prioritäre Dienstleistungen sind gemäß Paragraph 141, Absatz 2, BVergG idgF nicht nur unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten, sondern auch unter Einhaltung des Diskriminierungsverbotes, eines angemessenen Grads von Öffentlichkeit und - bei einem Verfahren mit mehreren Unternehmern - unter Einhaltung des Grundsatzes des freien und lauten Wettbewerbes zu vergeben.

Die oben genannten Auswahlkriterien "Schulungskonzept" und "Qualitätskonzept" unterliegen einer Bewertung durch eine Bewertungskommission. Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers ist die Beurteilung eines Schulungskonzeptes bzw. Qualitätskonzeptes durch eine Bewertungskommission nicht ausgeschlossen. Die Umsetzung solcher für die Unternehmensführung erforderlichen Konzepte kann durch die Bewachungsunternehmer in unterschiedlichen Formen, mit unterschiedlichem Inhalt und Ausgestaltungsschwerpunkten erfolgen, und ist daher sehr wohl grundsätzlich einer subjektiven Bewertung durch eine Bewertungskommission zugänglich.

Die Vorgangsweise für die Bewertung durch die aus mindestens 3 Mitgliedern bestehende Bewertungskommission ist in den Ausschreibungsunterlagen unter Punkt 5.3 für das "Schulungskonzept" und unter Punkt 5.7. für das "Qualitätskonzept" festgelegt. Die Bewertung erfolgt durch das einzelne Kommissionsmitglied autonom nach subjektiven Kriterien auf einem Bewertungsblatt, wobei maximal 15 Punkte für das "Schulungskonzept" bzw. maximal 10 Punkte für das "Qualitätskonzept" nach dem Punkteschema vergeben werden. Die Summe der für das "Schulungskonzept" bzw. das "Qualitätskonzept" vergebenen Punkte wird durch die Anzahl der Kommissionsmitglieder dividiert. Damit wird die auf Grund des errechneten arithmetischen Mittels erzielte Punkteanzahl für die Auswahlkriterien "Schulungskonzept" und "Qualitätskonzept" herangezogen.

Die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte Vorgangsweise für die Bewertung der Auswahlkriterien "Schulungskonzept" und "Qualitätskonzept" ist auf eine ziffernmäßige Bewertung durch die einzelnen Kommissionsmitglieder beschränkt, wobei das daraus gebildete arithmetische Mittel maßgebend für die erreichten Punkte für die genannten Auswahlkriterien ist. Damit ist keine verbale Begründung für die ausschließlich ziffernmäßig zu erfolgende subjektive - nach eigenem Empfinden - und autonome - ohne Bindung an Vorschläge - erfolgende Punktevergabe durch die einzelnen Kommissionsmitglieder festgelegt. Im Fall der Bestandskraft der Ausschreibung müsste daher - den Bestimmungen der Ausschreibung folgend - keine solche verbale Begründung durch die Bewertungskommission bei den genannten Auswahlkriterien erfolgen. Auch der Verwaltungsgerichtshof hat der vom Bundesvergabeamt bemängelten fehlenden verbalen Begründung der Bewertungskommission bei einem Subkriterium die präkludierten Ausschreibungsbestimmungen entgegengehalten, wonach eine verbale Begründung in der präkludierten Ausschreibung dafür nicht vorgesehen ist (vgl. VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018, 2007/04/0019). Die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte Vorgangsweise für die Bewertung der Auswahlkriterien "Schulungskonzept" und "Qualitätskonzept" ist auf eine ziffernmäßige Bewertung durch die einzelnen Kommissionsmitglieder beschränkt, wobei das daraus gebildete arithmetische Mittel maßgebend für die erreichten Punkte für die genannten Auswahlkriterien ist. Damit ist keine verbale Begründung für die ausschließlich ziffernmäßig zu erfolgende subjektive -

nach eigenem Empfinden - und autonome - ohne Bindung an Vorschläge - erfolgende Punktevergabe durch die einzelnen Kommissionsmitglieder festgelegt. Im Fall der Bestandskraft der Ausschreibung müsste daher - den Bestimmungen der Ausschreibung folgend - keine solche verbale Begründung durch die Bewertungskommission bei den genannten Auswahlkriterien erfolgen. Auch der Verwaltungsgerichtshof hat der vom Bundesvergabebeamten bemängelten fehlenden verbalen Begründung der Bewertungskommission bei einem Subkriterium die präkludierten Ausschreibungsbestimmungen entgegengehalten, wonach eine verbale Begründung in der präkludierten Ausschreibung dafür nicht vorgesehen ist (vergleiche VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018, 2007/04/0019).

Die Argumente des Auftraggebers in seinem Schriftsatz vom 8.7.2013, wonach nicht im derzeitigen Stadium ex ante davon ausgegangen werden könne, dass eine Bewertung ohne hinreichende verbale Begründung vorgenommen werde und die Kommissionsmitglieder eine plausible nachvollziehbare Begründung aufzeichnen würden, vermag in diesem Zusammenhang nicht zu überzeugen. Dies gilt auch für das Vorbringen des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung am 1.8.2013, wonach eine verbale Begründung auf jeden Fall erfolge, zumal der Auftraggeber um Transparenz bemüht sei und sich dies aus der Fragenbeantwortung ergebe.

Zum Einen ist entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers in den Fragebeantwortungen nicht festgelegt, dass die Bewertungskommission zum Bewertungszeitpunkt neben der ziffernmäßigen Bewertung auch eine verbale Begründung vornehmen werde. Auch aus der Beantwortung zu Frage 14 am 24.6.2013 geht nicht hervor, dass die Bewertungskommission im gegenständlichen Vergabeverfahren mit der ziffernmäßigen Bewertung einhergehend eine verbale Begründung zum Bewertungszeitpunkt vornehmen werde. Der Auftraggeber gibt darin lediglich ein Thema in einer Entscheidung des Bundesvergabeamtes wieder, das seiner Meinung nach darin behandelt wird und schließt daraus, dass der Einsatz der Bewertungskommission in der zitierten Entscheidung nicht als unzulässig qualifiziert wird. Anschließend wird die Zusammensetzung der Bewertungskommission bekannt gegeben.

Zum Anderen führen Bekenntnisse des Auftraggebers während des Nachprüfungsverfahrens, im Vergabeverfahren um Transparenz bemüht zu sein, nicht zur Vergaberechtskonformität der Ausschreibung.

Vielmehr ist die Vorgangsweise der Bewertungskommission und damit auch der Umstand, dass die ziffermäßige Bewertung der Kommissionsmitglieder in einer verbalen Begründung bereits zum Bewertungszeitpunkt ihren Niederschlag findet, noch bevor die diesbezüglichen Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen bestandskräftig und damit unanfechtbar werden, in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen. Eine nach einer Entscheidung zugunsten des Bestbieters nachgereichte verbale Begründung für die ziffernmäßige Bewertung würde Manipulationsmöglichkeiten eröffnen und gegen die oben zitierten, für Vergaben von nicht prioritären Dienstleistungen geltenden Grundsätze verstoßen.

Die Formulierungen in der Ausschreibung zu den Auswahlkriterien "Schulungskonzept" (5.3.) bzw. "Qualitätskonzept" (5.7.) sind auch nicht durchgehend dergestalt, dass die Punktestaffellung bereits mit der verbalen Erläuterung versehen wäre, sodass vom Fehlen einer verbalen Begründung der Entscheidung des Bewertungskommissionsmitgliedes abgesehen werden könnte (vgl. VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018). Vielmehr geht der Auftraggeber auf Grund der oben erwähnten Formulierungen in seinem Schriftsatz, nämlich dass die Kommissionsmitglieder eine plausible nachvollziehbare Begründung aufzeichnen würden, selbst davon aus, dass eine verbale Begründung erforderlich sei. Dass eine solche tatsächlich durch die Bewertungskommissionsmitglieder bei den Auswahlkriterien "Schulungskonzept" (5.3.) bzw. "Qualitätskonzept" (5.7.) zum Bewertungszeitpunkt zu erfolgen hat, muss im Sinne der oben zitierten, für Vergaben von nicht prioritären Dienstleistungen geltenden Grundsätzen auch im Vorhinein aus den Ausschreibungsunterlagen hervorgehen. Die Formulierungen in der Ausschreibung zu den Auswahlkriterien "Schulungskonzept" (5.3.) bzw. "Qualitätskonzept" (5.7.) sind auch nicht durchgehend dergestalt, dass die Punktestaffellung bereits mit der verbalen Erläuterung versehen wäre, sodass vom Fehlen einer verbalen Begründung der Entscheidung des Bewertungskommissionsmitgliedes abgesehen werden könnte (vergleiche VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018). Vielmehr geht der Auftraggeber auf Grund der oben erwähnten Formulierungen in seinem Schriftsatz, nämlich dass die Kommissionsmitglieder eine plausible nachvollziehbare Begründung aufzeichnen würden, selbst davon aus, dass eine verbale Begründung erforderlich sei. Dass eine solche tatsächlich durch die Bewertungskommissionsmitglieder bei den Auswahlkriterien "Schulungskonzept" (5.3.) bzw. "Qualitätskonzept" (5.7.) zum Bewertungszeitpunkt zu erfolgen hat, muss im Sinne der oben zitierten, für Vergaben von nicht prioritären Dienstleistungen geltenden Grundsätzen auch im Vorhinein aus den Ausschreibungsunterlagen hervorgehen.

Auf dem Boden der gegenständlichen Ausschreibungsformulierungen zu den Auswahlkriterien "Schulungskonzept" (5.3.) bzw. "Qualitätskonzept" (5.7.) ist eine den für die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen geltenden Grundsätzen entsprechende Auswahlentscheidung nicht möglich. Es wäre der Nachprüfungsbehörde im Nachhinein nicht möglich festzustellen, ob eine Auswahlentscheidung unter Einhaltung der genannten Grundsätze erfolgt wäre und damit die Auswahlentscheidung den Bestimmungen des BVergG idgF entspreche.

III.3. § 325 BVergG idgFrömischi drei.3. Paragraph 325, BVergG idgF

Durch die oben aufgezeigte Rechtswidrigkeit ist der Antragsteller in seinen geltend gemachten Rechten verletzt (§ 325 Abs. 1 Z 1 BVergG idgF). Eine Nichtigklärung einer angefochtenen Entscheidung kommt aber nur soweit in Betracht, als die festgestellte Rechtswidrigkeit darüber hinaus auch von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens ist. Dadurch soll sichergestellt werden, dass nur Rechtsverstöße, die ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens bewirken können, eine Nichtigklärung einer Entscheidung des Auftraggebers rechtfertigen. Dies ist dann der Fall, wenn zumindest die Möglichkeit besteht, dass bei rechtskonformer Vorgangsweise des Auftraggebers ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens möglich ist (vgl. VwGH 6.3.2013, 2010/04/0037). Durch die oben aufgezeigte Rechtswidrigkeit ist der Antragsteller in seinen geltend gemachten Rechten verletzt (Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG idgF). Eine Nichtigklärung einer angefochtenen Entscheidung kommt aber nur soweit in Betracht, als die festgestellte Rechtswidrigkeit darüber hinaus auch von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens ist. Dadurch soll sichergestellt werden, dass nur Rechtsverstöße, die ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens bewirken können, eine Nichtigklärung einer Entscheidung des Auftraggebers rechtfertigen. Dies ist dann der Fall, wenn zumindest die Möglichkeit besteht, dass bei rechtskonformer Vorgangsweise des Auftraggebers ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens möglich ist vergleiche VwGH 6.3.2013, 2010/04/0037).

§ 325 Abs. 2 BVergG idgF sieht außerdem als Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen die Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens vor. Eine Streichung solcher Bestimmungen, wie dies auch in Art. 2 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 89/665/EWG ausdrücklich vorgesehen ist, kommt dann nicht in Betracht, wenn danach kein Ausschreibungsgegenstand verbliebe, die Ausschreibung dadurch einen gänzlich anderen Inhalt bekäme oder ein anderer Bieterkreis angesprochen würde. In diesen Fällen wäre die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären (vgl. VwGH 6.3.2013, 2011/04/0115, 2011/04/0130 und 2011/0139; 22.4.2010, 2008/04/0077; 22.6.2011, 2009/04/0128). Paragraph 325, Absatz 2, BVergG idgF sieht außerdem als Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen die Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens vor. Eine Streichung solcher Bestimmungen, wie dies auch in Artikel 2, Absatz eins, Litera b, der Richtlinie 89/665/EWG ausdrücklich vorgesehen ist, kommt dann nicht in Betracht, wenn danach kein Ausschreibungsgegenstand verbliebe, die Ausschreibung dadurch einen gänzlich anderen Inhalt bekäme oder ein anderer Bieterkreis angesprochen würde. In diesen Fällen wäre die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären vergleiche VwGH 6.3.2013, 2011/04/0115, 2011/04/0130 und 2011/0139; 22.4.2010, 2008/04/0077; 22.6.2011, 2009/04/0128).

Der Verwaltungsgerichtshof geht auch in Fallkonstellationen von mit Rechtswidrigkeiten belastete Ausschreibungen, in denen überhaupt keine Festlegung der Ausschreibung vorliegt, die im obigen Sinne gestrichen werden könnte, davon aus, dass die gesamte Ausschreibung zu beseitigen ist (vgl. VwGH 22.6.2011, 2009/04/0128). Auch im gegenständlichen Fall könnte auf Grund der fehlenden verbalen Begründung bei den Auswahlkriterien "Schulungskonzept" (5.3.) bzw. "Qualitätskonzept" (5.7.) keine Streichung in der Ausschreibung vorgenommen werden. Es ist daher bereits aus diesem Grund die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären. Ein potentiell anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens ist möglich. Der Verwaltungsgerichtshof geht auch in Fallkonstellationen von mit Rechtswidrigkeiten belastete Ausschreibungen, in denen überhaupt keine Festlegung der Ausschreibung vorliegt, die im obigen Sinne gestrichen werden könnte, davon aus, dass die gesamte Ausschreibung zu beseitigen ist vergleiche VwGH 22.6.2011, 2009/04/0128). Auch im gegenständlichen Fall könnte auf Grund der fehlenden verbalen Begründung bei den Auswahlkriterien "Schulungskonzept" (5.3.) bzw. "Qualitätskonzept" (5.7.) keine Streichung in der Ausschreibung vorgenommen werden. Es ist daher bereits aus diesem Grund die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären. Ein potentiell anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens ist möglich.

Darüber hinaus wäre selbst bei einer Streichung der Auswahlkriterien "Schulungskonzept" (5.3.) bzw. "Qualitätskonzept" (5.7.) davon auszugehen, dass in diesem Fall ein anderer Bieterkreis angesprochen werden könnte, der bisher auf

Grund der vorgesehenen Auswahlkriterien "Schulungskonzept" (5.3.) bzw. "Qualitätskonzept" (5.7.) von einer Teilnahme an der gegenständlichen Ausschreibung abgesehen hat. Die betroffenen Auswahlkriterien könnten abschreckende Wirkung auf Interessenten gehabt haben und ihre Beteiligung am Vergabeverfahren vorweg verhindert haben (siehe dazu auch BVA 8.6.2013, N/0038-BVA/10/2013 und N/0049- BVA/10/2013). Außerdem könnten die Chancen des Antragstellers, an dem Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die Auswahlkriterien beeinträchtigt werden. Ein potentiell anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens ist möglich. Auch auf Grund dieser Erwägungen ist die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären.

IV. Zu Spruchpunkt II.römisch vier. Zu Spruchpunkt römisch zwei.

Gemäß § 319 Abs. 1 1. Satz BVergG idgF hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg.cit zu entrichtenden Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg.cit entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 319 Abs. 2 leg.cit besteht auch, wenn dem Nachprüfungsantrag und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde bzw. dieser nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1. Satz BVergG idgF hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg.cit zu entrichtenden Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg.cit entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 319, Absatz 2, leg.cit besteht auch, wenn dem Nachprüfungsantrag und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde bzw. dieser nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde.

Gemäß § 318 Abs. 1 Z 1 BVergG idgF iVm § 3 Abs. 1 der Bundesvergabeamt-Gebührenverordnung 2012, BGBl II 130/2012, in der Folge BVA-GebV 2012, sind für Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungs-, Wettbewerbsunterlagen oder der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages Pauschalgebühren in der Höhe von 25% der gemäß § 1 BVA-GebV 2012 zu entrichten. Daraus ergibt sich eine Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag von Euro 500,--. (Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich - Euro 2.000,--). Gemäß Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG idgF in Verbindung mit Paragraph 3, Absatz eins, der Bundesvergabeamt-Gebührenverordnung 2012, Bundesgesetzblatt Teil 2, 130 aus 2012,, in der Folge BVA-GebV 2012, sind für Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungs-, Wettbewerbsunterlagen oder der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages Pauschalgebühren in der Höhe von 25% der gemäß Paragraph eins, BVA-GebV 2012 zu entrichten. Daraus ergibt sich eine Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag von Euro 500,--. (Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich - Euro 2.000,--).

Für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sind gemäß § 318 Abs. 1 Z 4 BVergG idgF Gebühren in der Höhe von 50 % der festgesetzten Gebühren zu bezahlen. Daraus ergibt sich ein Betrag von Euro 250,--. Somit waren vom Antragsteller insgesamt Euro 750,-- an Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu entrichten. Für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sind gemäß Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG idgF Gebühren in der Höhe von 50 % der festgesetzten Gebühren zu bezahlen. Daraus ergibt sich ein Betrag von Euro 250,--. Somit waren vom Antragsteller insgesamt Euro 750,-- an Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu entrichten.

Wie sich aus dem oben angeführten Spruchpunkt I. ergibt, hat Wie sich aus dem oben angeführten Spruchpunkt römisch eins. ergibt, hat

der Antragsteller im Sinne von § 319 Abs. 1 BVergG idgF der Antragsteller im Sinne von Paragraph 319, Absatz eins, BVergG idgF

obsiegt, sodass der Auftraggeber im verordnungsgemäß vorgesehenen Ausmaß zum Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der Höhe von Euro 750,-- zu verpflichten war. Das darüber hinausgehende Begehren war abzuweisen.

Zuletzt aktualisiert am

09.09.2013

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at