

TE Verg Bescheid 2010/5/18 VKS-3306/10

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 18.05.2010

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §13 Abs3

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §26

WVRG 2007 §31

WVRG 2007 §39 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §141

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

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der Bewachungsdienst *** Gesellschaft m.b.H., ***, vertreten durch Beck Krist Bubits & Partner, Rechtsanwälte in Mödling, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe der Buszonenüberwachung in Wien, durch den Wiener Tourismusverband/Wiener Landesorganisation für Tourismus gemäß § 2 Wiener Tourismusförderungsgesetz (WTFG), Obere Augartenstraße 40, 1025 Wien, vertreten durch Doralt Seist Csoklich, Rechtsanwalts-Partnerschaft in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden: Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der Bewachungsdienst *** Gesellschaft m.b.H., ***, vertreten durch Beck Krist Bubits & Partner, Rechtsanwälte in Mödling, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe der Buszonenüberwachung in Wien, durch den Wiener Tourismusverband/Wiener Landesorganisation für Tourismus gemäß Paragraph 2, Wiener Tourismusförderungsgesetz (WTFG), Obere Augartenstraße 40, 1025 Wien, vertreten durch Doralt Seist Csoklich, Rechtsanwalts-Partnerschaft in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 8.3.2010 wird stattgegeben; die Zuschlagsentscheidung wird für nichtig erklärt.

2. 2.Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 18.3.2010 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

3. 3.Ziffer 3

Die Antragsgegnerin ist schuldig, der Antragstellerin deren Pauschalgebühren von Euro 2.490,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 13 Abs. 3, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 26, 31, 39 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 2, 141 BVergG 2006. Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 13, Absatz 3, 18, 19, 20, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, 25, Absatz eins, 26, 31, 39, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer 2, 141, BVergG 2006.

Begründung:

Der Wiener Tourismusverband (im Folgenden Antragsgegner genannt) führt ein zweistufiges nicht offenes Verfahren nach öffentlicher Bekanntmachung zur Vergabe der „Buszonenüberwachung in Wien“. Es handelt sich um die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen im Oberschwellenbereich. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens ist am 22.12.2009 ordnungsgemäß europaweit erfolgt. Die Vergabe soll nach dem Kriterium des „niedrigsten Preises“ erfolgen. Teilnahmeanträge waren bis 15.1.2010 abzugeben, das Ende der Frist für die Angebotsabgabe war der 26.2.2010. Die Antragstellerin hat sich am gegenständlichen Vergabeverfahren durch Legung eines entsprechenden Angebotes beteiligt. Der Auftragszeitraum beläuft sich zunächst auf das Kalenderjahr 2010 mit dem vorgesehenen Leistungsbeginn 27.3.2010. Der Antragsgegner hat sich vorbehalten, den Auftrag für weitere drei Leistungsperioden zu erteilen. Nach den Ausschreibungsunterlagen ist festgelegt, dass bei sämtlichen Preisangaben Netto-Fixpreise pro Stunde für die Dauer der Geltung des Vertrages anzubieten sind.

Nachdem die Angebotsöffnung unter Ausschluss der Bieter stattgefunden hat, hat der Antragsgegner mit Schreiben vom 8.3.2010 mitgeteilt zu beabsichtigen, den Zuschlag einem anderen Unternehmen erteilen zu wollen. In der Zuschlagsentscheidung wurde auch bekanntgegeben, dass die Antragstellerin 75,28 von 100 Punkten erhalten hat.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 15.3.2010 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen bringt die Antragstellerin zur Begründung ihres Antrages vor, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sowie die Angebote allenfalls vor ihr gereihter weiterer Bieter wäre auszuschneiden. Es sei nicht möglich, bei Einhaltung des unbestreitbar für die vergabeverfahrensgegenständlichen Tätigkeiten maßgeblichen Kollektivvertrages für Wachorgane im Bewachungsgewerbe, mit den von dem in Aussicht genommenen Bestbieter angebotenen Entgelten, die sich aus der bei kollektivvertragsgemäßer Entlohnung ergebenden Lohnkosten und Lohnnebenkosten für das eingesetzte

Personal, zu decken. Der Antragsteller habe eine Plausibilitätsrechnung zum Kostendeckungsgrad des Angebotes des in Aussicht genommenen Bieters vorgenommen und habe für das Jahr 2010 eine Unterdeckung von 11,07 % errechnet, sodass mit dem von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Stundensatz die arbeits-, lohn- und sozialrechtlichen Vorschriften nicht eingehalten werden können. Dazu kämen noch weitere Auslagen wie Uniformkosten, Mannesausrüstung, Ausbildungskosten, Vertretungskosten, Haftpflichtversicherung und Zentralregion, die sie bei ihrer Musterrechnung nicht berücksichtigt habe. Der Prozentsatz der Unterdeckung würde sich bei Inanspruchnahme der Option auf Verlängerung um weitere drei Jahre im Jahr 2013 schließlich auf 18,52 % erhöhen. Weiters macht die Antragstellerin geltend, der Antragsgegner habe den Grundsatz des Transparenzgebotes und der Verpflichtung zur Gewährung eines angemessenen Grades an Öffentlichkeit im Rahmen des von ihm gewählten Verfahrens verletzt. So sei der Antragstellerin eine Auskunft über die Anzahl der Bieter sowie die Preise der Bieter verweigert worden. Die Antragstellerin sei daher nicht in der Lage abzuschätzen, an welcher Stelle sie gereiht sei und ob aus ökonomischer Sicht es Sinn mache, eine Anfechtung der Zuschlagsentscheidung vorzunehmen. Der Antragsgegner wäre daher verpflichtet gewesen, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sowie die Angebote allfälliger vor der Antragstellerin gereihter Bieter auszuscheiden, da deren Preisgestaltung nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprechen würden. Durch das Verhalten des Antragsgegners werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines den Grundsätzen eines fairen und lauten Wettbewerbes entsprechenden Vergabeverfahrens verletzt. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 15.3.2010 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen bringt die Antragstellerin zur Begründung ihres Antrages vor, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sowie die Angebote allenfalls vor ihr gereihter weiterer Bieter wäre auszuscheiden. Es sei nicht möglich, bei Einhaltung des unbestreitbar für die vergabeverfahrensgegenständlichen Tätigkeiten maßgeblichen Kollektivvertrages für Wachorgane im Bewachungsgewerbe, mit den von dem in Aussicht genommenen Bestbieter angebotenen Entgelten, die sich aus der bei kollektivvertragsgemäßer Entlohnung ergebenden Lohnkosten und Lohnnebenkosten für das eingesetzte Personal, zu decken. Der Antragsteller habe eine Plausibilitätsrechnung zum Kostendeckungsgrad des Angebotes des in Aussicht genommenen Bieters vorgenommen und habe für das Jahr 2010 eine Unterdeckung von 11,07 % errechnet, sodass mit dem von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Stundensatz die arbeits-, lohn- und sozialrechtlichen Vorschriften nicht eingehalten werden können. Dazu kämen noch weitere Auslagen wie Uniformkosten, Mannesausrüstung, Ausbildungskosten, Vertretungskosten, Haftpflichtversicherung und Zentralregion, die sie bei ihrer Musterrechnung nicht berücksichtigt habe. Der Prozentsatz der Unterdeckung würde sich bei Inanspruchnahme der Option auf Verlängerung um weitere drei Jahre im Jahr 2013 schließlich auf 18,52 % erhöhen. Weiters macht die Antragstellerin geltend, der Antragsgegner habe den Grundsatz des Transparenzgebotes und der Verpflichtung zur Gewährung eines angemessenen Grades an Öffentlichkeit im Rahmen des von ihm gewählten Verfahrens verletzt. So sei der Antragstellerin eine Auskunft über die Anzahl der Bieter sowie die Preise der Bieter verweigert worden. Die Antragstellerin sei daher nicht in der Lage abzuschätzen, an welcher Stelle sie gereiht sei und ob aus ökonomischer Sicht es Sinn mache, eine Anfechtung der Zuschlagsentscheidung vorzunehmen. Der Antragsgegner wäre daher verpflichtet gewesen, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sowie die Angebote allfälliger vor der Antragstellerin gereihter Bieter auszuscheiden, da deren Preisgestaltung nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprechen würden. Durch das Verhalten des Antragsgegners werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines den Grundsätzen eines fairen und lauten Wettbewerbes entsprechenden Vergabeverfahrens verletzt.

Durch die Vorgangsweise des Antragsgegners drohe der Antragstellerin ein Schaden zumindest in der Höhe des entgangenen Gewinns für ein Vertragsjahr von rund Euro 5.800,-- zu entstehen.

Der Antragsgegner sei rechtzeitig von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens verständigt worden, die Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich wurden entrichtet.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 18.3.2010 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses den Parteien zugeworbenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 19.3.2010 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Partei dem Verfahren beigetreten (§ 22 Abs. 2 WVRG 2007) und hat im Detail vorgebracht, dass sie entsprechend ihrer in Formblatt

4 zu den Ausschreibungsunterlagen – Allgemeiner Teil abgegebenen Verpflichtungserklärung, die in Österreich geltenden arbeits-, lohn- und sozialrechtlichen Vorschriften einzuhalten, ihr Angebot kalkuliert habe. Aufgrund der ausgeschriebenen Leistungen gehe sie davon aus, dass es sich dabei um Leistungen des klassischen Wachdienstes der Dienststart A handle. Leistungen der Verwendungsgruppe B (Service und Sicherheitsdienst) seien nicht zu erbringen. Die Teilnahmeberechtigte habe daher den kollektivvertraglichen Mindeststundenlohn für die Verwendungsgruppe A Wachdienst von Euro 6,90 brutto ihrer Kalkulation zugrunde gelegt. Selbst unter Zugrundelegung einer Erschwerniszulage gemäß § 23 des Kollektivvertrages für berufsfremde Tätigkeiten (Erteilung von Auskünften) errechne sich ein kollektivvertraglicher Stundenlohn von Euro 7,40. Unter einem legt sie die Detailkalkulation samt Nebenkostenberechnung vor und beantragt die Abweisung der von der Antragstellerin gestellten Anträge. Mit Schriftsatz vom 19.3.2010 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Partei dem Verfahren beigetreten (Paragraph 22, Absatz 2, WVRG 2007) und hat im Detail vorgebracht, dass sie entsprechend ihrer in Formblatt 4 zu den Ausschreibungsunterlagen – Allgemeiner Teil abgegebenen Verpflichtungserklärung, die in Österreich geltenden arbeits-, lohn- und sozialrechtlichen Vorschriften einzuhalten, ihr Angebot kalkuliert habe. Aufgrund der ausgeschriebenen Leistungen gehe sie davon aus, dass es sich dabei um Leistungen des klassischen Wachdienstes der Dienststart A handle. Leistungen der Verwendungsgruppe B (Service und Sicherheitsdienst) seien nicht zu erbringen. Die Teilnahmeberechtigte habe daher den kollektivvertraglichen Mindeststundenlohn für die Verwendungsgruppe A Wachdienst von Euro 6,90 brutto ihrer Kalkulation zugrunde gelegt. Selbst unter Zugrundelegung einer Erschwerniszulage gemäß Paragraph 23, des Kollektivvertrages für berufsfremde Tätigkeiten (Erteilung von Auskünften) errechne sich ein kollektivvertraglicher Stundenlohn von Euro 7,40. Unter einem legt sie die Detailkalkulation samt Nebenkostenberechnung vor und beantragt die Abweisung der von der Antragstellerin gestellten Anträge.

Mit Schriftsatz vom 23.3.2010 hat die Antragsgegnerin in der Sache vorgebracht, in dem von ihr geführten Vergabeverfahren handle es sich um die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen. Gleichzeitig mit Legung des Angebotes seien die Bieter verhalten gewesen, das rechtsgültig unterfertigte Formblatt 4 beizubringen, indem sie sich unter anderem ausdrücklich verpflichten, hinsichtlich der Ausführung des Vertrages, die in Österreich geltenden arbeits-, lohn- und sozialrechtlichen Vorschriften sowie jene, die sich aus den Übereinkommen Nr. 94, Nr. 95 und Nr. 98 der 32. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz, BGBl. Nr. 20/1952, ergebenden Verpflichtungen einzuhalten. Im Zuge der Angebotsprüfung habe die Antragsgegnerin die präsumtive Zuschlagsempfängerin mit Schreiben vom 3.3.2010 um Aufklärung, insbesondere um Offenlegung der Kalkulation ihres Angebotes ersucht. Dieser Aufforderung sei die Teilnahmeberechtigte rechtzeitig und umfänglich nachgekommen. Aufgrund der Ergebnisse der Angebotsprüfung sei die Antragsgegnerin zum Ergebnis gelangt, dass die Teilnahmeberechtigte bei Angebotslegung sämtliche arbeits-, lohn- und sozialrechtlichen Vorschriften eingehalten habe. Dabei sei die Teilnahmeberechtigte richtigerweise vom kollektivvertraglichen Grundstundenlohn der Verwendungsgruppe A – Wachdienst ausgegangen. Das Leistungsbild der ausgeschriebenen Leistung sei einheitlich, sodass eine Differenzierung bezüglich der kollektivvertraglichen Lohnansätze nicht in Betracht komme. Dies bedeute, dass auf die „Gesamtleistung“ ausschließlich ein Lohnansatz für Wachdienst – Verwendungsgruppe A anzuwenden sei. Mit Schriftsatz vom 23.3.2010 hat die Antragsgegnerin in der Sache vorgebracht, in dem von ihr geführten Vergabeverfahren handle es sich um die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen. Gleichzeitig mit Legung des Angebotes seien die Bieter verhalten gewesen, das rechtsgültig unterfertigte Formblatt 4 beizubringen, indem sie sich unter anderem ausdrücklich verpflichten, hinsichtlich der Ausführung des Vertrages, die in Österreich geltenden arbeits-, lohn- und sozialrechtlichen Vorschriften sowie jene, die sich aus den Übereinkommen Nr. 94, Nr. 95 und Nr. 98 der 32. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz, Bundesgesetzblatt Nr. 20 aus 1952, ergebenden Verpflichtungen einzuhalten. Im Zuge der Angebotsprüfung habe die Antragsgegnerin die präsumtive Zuschlagsempfängerin mit Schreiben vom 3.3.2010 um Aufklärung, insbesondere um Offenlegung der Kalkulation ihres Angebotes ersucht. Dieser Aufforderung sei die Teilnahmeberechtigte rechtzeitig und umfänglich nachgekommen. Aufgrund der Ergebnisse der Angebotsprüfung sei die Antragsgegnerin zum Ergebnis gelangt, dass die Teilnahmeberechtigte bei Angebotslegung sämtliche arbeits-, lohn- und sozialrechtlichen Vorschriften eingehalten habe. Dabei sei die Teilnahmeberechtigte richtigerweise vom kollektivvertraglichen Grundstundenlohn der Verwendungsgruppe A – Wachdienst ausgegangen. Das Leistungsbild der ausgeschriebenen Leistung sei einheitlich, sodass eine Differenzierung bezüglich der kollektivvertraglichen Lohnansätze nicht in Betracht komme. Dies bedeute, dass auf die „Gesamtleistung“ ausschließlich ein Lohnansatz für Wachdienst – Verwendungsgruppe A anzuwenden sei.

Soweit die Antragstellerin den Vorwurf der Verletzung des Transparenzgebotes erhebe, sei dies falsch und entbehre jeglicher Grundlage, da der Antragstellerin sämtliche Preise aller Bieter nicht offenzulegen gewesen seien.

In Beantwortung dieses Vorbringens hat die Antragstellerin am 14.5.2010 ein von ihr in Auftrag gegebenes Privatgutachten des allgemein beeideten gerichtlich zertifizierten Sachverständigen KR Ing. Werner Groß, zur Frage welcher Kollektivvertrag bzw. welche Einstufung des Kollektivvertrages auf die ausgeschriebenen Leistungen anzuwenden wäre, vorgelegt.

Dazu hat die Antragsgegnerin ihrerseits mit Schriftsatz vom 17.5.2010 Stellung genommen und ausgeführt, dass bei Vergleich der Leistungsbeschreibung mit dem Tätigkeitsbild der Verwendungsgruppe A des anzuwendenden Kollektivvertrages sich deutlich zeige, dass insbesondere die Überwachung der Fahrgäste sowie die Information der Buslenker über allfällige Gegebenheiten von Kurzparkmöglichkeiten im Arbeitsbild der Verwendungsgruppe A Deckung finden würden. Soweit der Privatgutachter darstelle, dass der Auftragnehmer auch dafür Sorge zu tragen habe, dass kein gesetzwidriges Abstellen (Parken) von Reisebussen statfinde, sei dies durch die Rahmenbedingungen der Leistungsbeschreibung gedeckt. Die weiteren Ausführungen des Gutachters „wonach auch die Verhinderung des verordnungswidrigen Abstellens (Parkens) von anderen Kraftfahrzeugen jeglicher Art zum Tätigkeitsbereich des künftigen Auftragnehmers gehören sollen, finden in der Leistungsbeschreibung keine Deckung“. Auch stünden die Ausführungen des Gutachters, wonach die Tätigkeit des Wachorgans auch die Überprüfung der ein- und ausfahrenden Fahrzeuge auf deren Berechtigung zur Benützung der Buszonen an sich und die Beschränkung der Aufenthaltsdauer von zur Benutzung berechtigter Fahrzeuge auf ein möglichst kurzes Halten umfasst sein, stünde nicht im Einklang mit der vorliegenden Leistungsbeschreibung. Wenngleich einige Tätigkeitsbereiche der Verwendungsgruppe A jener der Verwendungsgruppe B gleichen, lasse sich dem Gutachten nicht entnehmen, weshalb Arbeitsbilder, die nicht eindeutig der Verwendungsgruppe A zugeordnet werden können, zu mehr als 50 % zur Verwendungsgruppe B gehören sollen. Diesbezüglich erweise sich das Gutachten als unschlüssig. Im Hinblick auf die Leistungsbeschreibung sei der von der Teilnahmeberechtigten angebotene Grundstundenlohn von Euro 6,90 jedenfalls kollektivvertragskonform.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig angesehen werden kann, trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit an sich nicht bestritten wurde, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Äußerung zugestellt wurden, sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 18.5.2010 folgende weitere entscheidungserhebliche Feststellungen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Der Antragsgegner führt als öffentlicher Auftraggeber ein zweistufiges, nicht offenes Verfahren nach öffentlicher Bekanntmachung zur Vergabe der Buszonenüberwachung in Wien. Es handelt sich um die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen im Oberschwellenbereich, sodass die Bestimmungen des § 141 BVergG 2006 zur Anwendung kommen. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß europaweit erfolgt. Die Vergabe soll nach dem Kriterium des „niedrigsten Preises“ erfolgen. Das Ende der Frist für die Angebotsabgabe war der 26.2.2010. Die Antragstellerin hat sich am gegenständlichen Vergabeverfahren durch Legung eines entsprechenden Angebotes beteiligt. Der Auftragszeitraum beläuft sich zunächst auf das Kalenderjahr 2010, mit vorgesehenem Leistungsbeginn 27.3.2010. Der Antragsgegner hat sich vorbehalten, den Auftrag für weitere drei Leistungsperioden zu erteilen. Nach den Ausschreibungsunterlagen ist festgelegt, dass bei sämtlichen Preisangaben Netto-Fixpreise pro Stunde für die Dauer der Geltung des Vertrages anzubieten sind. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Der Antragsgegner führt als öffentlicher Auftraggeber ein zweistufiges, nicht offenes Verfahren nach öffentlicher Bekanntmachung zur Vergabe der Buszonenüberwachung in Wien. Es handelt sich um die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen im Oberschwellenbereich, sodass die Bestimmungen des Paragraph 141, BVergG 2006 zur Anwendung kommen. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß europaweit erfolgt. Die Vergabe soll nach dem Kriterium des „niedrigsten Preises“ erfolgen. Das Ende der Frist für die Angebotsabgabe war der 26.2.2010. Die Antragstellerin hat sich am gegenständlichen Vergabeverfahren durch Legung eines entsprechenden Angebotes beteiligt. Der Auftragszeitraum beläuft sich zunächst auf das Kalenderjahr 2010, mit vorgesehenem Leistungsbeginn 27.3.2010. Der Antragsgegner hat sich vorbehalten, den Auftrag für weitere drei Leistungsperioden zu erteilen. Nach den Ausschreibungsunterlagen ist festgelegt, dass bei sämtlichen Preisangaben Netto-Fixpreise pro Stunde für die Dauer der Geltung des Vertrages anzubieten sind.

Folgende Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen sind für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren von Bedeutung:

1.1.1 Ausgangslage

Der Wiener Tourismusverband (WTV) beabsichtigt im Kalenderjahr 2010 beginnend am Samstag, den 27. März 2010 die Überwachungsaktion der Touristenbuszonen in Wien zu vergeben.

Die überwachenden Personen haben dafür Sorge zu tragen, dass in den Touristenbuszonen in Wien, an denen ausschließlich das Aus- und Einsteigen der Fahrgäste erlaubt ist, kein gesetzeswidriges Abstellen (Parken) von Reisebussen stattfindet, sowie Auskünfte über Busparkplätze, Zufahrtswege und Verkehrsregelungen zu erteilen.

Die überwachende Personen werden vor Beginn der Überwachungsaktion im Rahmen eines Informationstreffens von den Mitarbeitern des Wiener Tourismusverbandes über den spezifischen Charakter dieser Überwachungstätigkeit unter Berücksichtigung des gäste- und tourismusorientierten Images der Stadt Wien in Kenntnis gesetzt. Weiters erhalten sie als Informationsunterlage die mehrsprachige Informationsbroschüre des WTV für Reisebuslenker „Bus Drivers' Guide“, die im Rahmen der Überwachungstätigkeit an die Reisebuslenker vor Ort (an den Touristenbuszonen) ausgehändigt wird.

Der Auftraggeber behält sich optional vor im Sinne der vertraglichen Ausgestaltung den Auftrag für drei weitere Leistungsperioden zu erteilen.

3.9 Zuschlag – Zuschlagsverfahren

Wie in der Bekanntmachung vom 22.12.2009 bereits ausgeführt, ist das gewählte Kriterium „Preis“ als einziges Zuschlagskriterium festgelegt. Da allein der Preis ausschlaggebend ist gilt folgende Gewichtung

Preis 100 % 100 Punkte

Das Angebot mit dem niedrigsten Preis erhält somit 100 Punkte.

Der Preis wird bewertet und setzt sich wie folgt zusammen:

1) Preis / Stunde Montag bis Samstag	65 %	65 Punkte
2) Preis / Stunde Sonntag	5 %	5 Punkte
3) Preis / Stunde Gesetzlicher Feiertag	10 %	10 Punkte
4) Optional: Preis für jede weitere Leistungsperiode / Stunde Montag bis Samstag	16 %	16 Punkte
5) Optional: Preis für jede weitere Leistungsperiode / Stunde Sonntag	1 %	1 Punkte
6) Optional: Preis für jede weitere Leistungsperiode / Stunde Gesetzlicher Feiertag	3 %	3 Punkte

Die Punkte der einzelnen Komponenten werden addiert. Somit ergibt sich eine Bewertung von maximal 100 Punkten für das niedrigste Angebot.

(Es folgt eine detaillierte Darstellung, wie die Punkte ermittelt werden.)

Jenes Angebot mit der relativ höchsten Gesamtpunktezahl ist als das niedrigste Angebot ermittelt und ist für den Zuschlag vorzusehen.

Für den arithmetisch theoretischen Fall, dass mehr als 1 Bieter auf Rang 1 gereiht wird, wird die Auswahl für die Erteilung des Zuschlages über die Verlosung durch einen Notar erfolgen.

Es wird ausdrücklich festgehalten, dass eine optional abgerufene Leistungsperiode nicht zwingend die nach einer Beauftragung folgende Kalenderleistungsperiode sein muss.

Im Formblatt 4, das zwingend mit den Ausschreibungsunterlagen abzugeben war, hatten die Bieter eine Erklärung abzugeben, wonach sie sich verpflichten hinsichtlich der Ausführung des Vertrages, die in Österreich geltenden arbeits-, lohn- und sozialrechtlichen Vorschriften ebenso einzuhalten, wie die „ILO Bestimmungen“.

Im Abschnitt „Leistungsbeschreibung“ wird unter dem Kapitel „Rahmenbedingungen“ die Tätigkeit des Auftragnehmers, wie sie bereits im Punkt 1.1.1 „Ausgangslage“ dargestellt wurde, wiederholt. Anschließend daran findet sich unter Punkt 1.2 Nähere Ausführungen zu den erwarteten Leistungen, wobei vor allem jene Standorte mit den dazu festgelegten Überwachungszeiten angeführt sind, die den Gegenstand der Ausschreibung bilden. Diese Festlegungen werden auszugsweise wie folgt wiedergegeben:

1.2. Leistungsbeschreibung

1. 1.Ziffer eins

Überwachung der Touristenbuszonen für Aus- und Einsteigen der Fahrgäste voraussichtlich an folgenden Standorten: Weißgerberlände / Ecke Kegelgasse - Zugang zum Hundertwasserhaus, Landstrasser Gürtel – Zugang zum Oberen Belvedere, Stephansplatz, Albertinaplatz, Schwedenplatz / Franz Josefs Kai sowie Josef-Meinrad-Platz.

2. 2.Ziffer 2

Die überwachenden Personen haben zusätzlich die Buslenker über allfällige Gegebenheiten von Kurzparkmöglichkeiten für Autobusse zu informieren.

3. 3.Ziffer 3

Voraussichtliche tägliche (Montag bis Sonntag einschließlich gesetzlicher Feiertage)

Überwachungszeiten:

Weißgerberlände: 9-17 Uhr (8 Stunden)

Landstrasser Gürtel: 9-17 Uhr (8 Stunden)

Stephansplatz: 10-15 Uhr (5 Stunden)

Albertinaplatz: 9-17 Uhr (8 Stunden)

Schwedenplatz: 10-16 Uhr (6 Stunden)

Josef-Meinrad-Platz: 10-16 Uhr (7 Stunden)

1. 4.Ziffer 4

Im Bedarfsfall können die überwachenden Personen nach vorheriger Absprache auch an zusätzlichen Standorten in Wien stundenweise eingesetzt werden. Die Abrechnung dieser Einsätze erfolgt nach dem tatsächlichen geleisteten Stundenaufwand.

2. 5.Ziffer 5

Zu statistischen Zwecken müssen die überwachenden Personen täglich ein Formblatt ausfüllen.

3. 6.Ziffer 6

Dem Auftragnehmer obliegt die Meldepflicht über allfällige Vorkommnisse, wie z.B. Beschwerden von Anrainern, Streitfälle mit Buslenkern oder Reiseleitern, Polizeieinsätze im Zusammenhang mit den Streitfällen an den überwachten Touristenbuszonen an den WTV.

4. 7.Ziffer 7

Zwecks Kommunikation mit ausländischen Buslenkern müssen die überwachenden Personen Englisch beherrschen. Jede weitere Fremdsprache erhöht die Kommunikationseffizienz.

5. 8.Ziffer 8

Die überwachenden Personen dürfen während ihrer Tätigkeit das Image der Stadt Wien mit keinerlei Äußerungen oder Handlungen schädigen und haben über entsprechende Umgangsformen und Kommunikationsfähigkeit zu verfügen.

6. 9.Ziffer 9

Die überwachenden Personen haben an ihren Uniformen den vom Wiener Tourismusverband angefertigten Anstecker zu tragen (laut Angaben des WTV).

7. 10.Ziffer 10

Zeitraum der Überwachung: 27. März 2010 bis 31. Oktober 2010, wobei sich der Auftraggeber vorbehält die oben ausgeführten Leistungen auch über diese Periode hinaus in Anspruch zu nehmen, längstens jedoch bis 06.01.2011. Ausgegangen wird voraussichtlich vom Leistungsbedarf des vorangegangenen Jahres 2009.

Für 2010 würden sich demzufolge die Leistungstage wie folgt aufteilen:

182 Tage Montag bis Samstag

31 Tage Sonntag

6 Tage gesetzliche Feiertage

1. 11.Ziffer 11

Die Abrechnung der Überwachung erfolgt monatlich im nachhinein.

Die unter Pkt. 1.1.1 und 1.2 beschriebenen Leistungen sind jedenfalls zu erbringen und wurden bisher von der Antragstellerin erbracht. Dazu kommt weiters, dass die Wachorgane auch für die Freihaltung der Buszonen von anderen Verkehrsteilnehmern zu sorgen haben, gegebenenfalls das Abschleppen unbefugt parkender PKW etc. zu veranlassen haben.

Insgesamt haben sich vier Unternehmen am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt, darunter die Antragstellerin.

Nach Angebotseröffnung hat die Antragsgegnerin das Angebot des preislich an erster Stelle gereihten Unternehmens (= Teilnahmeberechtigte) einer Prüfung unterzogen. Mit Schreiben vom 3.3.2010 wurde die Teilnahmeberechtigte von der Antragsgegnerin unter dem Hinweis auf die zu prüfende Preisplausibilität ersucht, bekannt zu geben, auf Basis welchen Kollektivvertrages sie ihre preislichen Angaben bezüglich der angebotenen Überwachungs-Stundensätze kalkuliert hat. Dabei wurde die Teilnahmeberechtigte auf die von ihr unterfertigte Verpflichtungserklärung des Formblattes 4 hingewiesen. Weiters wurde die Teilnahmeberechtigte „der guten Ordnung halber“ ersucht, zu bestätigen, dass „bei ihrer Preiskalkulation weder von einem Kalkulations- noch von einem Geschäftsirrtum ausgegangen werden darf und bitten sie, uns nähere Kalkulationsgrundlagen darzustellen“.

Das Aufklärungsersuchen wurde von der Teilnahmeberechtigten fristgerecht dahingehend beantwortet, dass die Teilnahmeberechtigte ihre Kalkulation auf der Grundlage des Kollektivvertrages für Wachorgane im Bewachungsgewerbe, gültig ab 1.1.2010, vorgenommen hat. Konkret hat sie sich auf § 21 der Lohnordnung des Kollektivvertrages, im Besonderen auf die Verwendungsgruppe A bezogen. Gleichzeitig hat die Teilnahmeberechtigte bestätigt, dass hinsichtlich ihrer Preiskalkulation weder ein Kalkulations- noch ein Geschäftsirrtum besteht. „Zur besseren Übersicht“ hat die Teilnahmeberechtigte ihre Kalkulation offengelegt und festgehalten, dass diese auf Basis eines befristeten Dienstverhältnisses (für die Dauer des Auftrages) beruht. Das Aufklärungsersuchen wurde von der Teilnahmeberechtigten fristgerecht dahingehend beantwortet, dass die Teilnahmeberechtigte ihre Kalkulation auf der Grundlage des Kollektivvertrages für Wachorgane im Bewachungsgewerbe, gültig ab 1.1.2010, vorgenommen hat. Konkret hat sie sich auf Paragraph 21, der Lohnordnung des Kollektivvertrages, im Besonderen auf die Verwendungsgruppe A bezogen. Gleichzeitig hat die Teilnahmeberechtigte bestätigt, dass hinsichtlich ihrer Preiskalkulation weder ein Kalkulations- noch ein Geschäftsirrtum besteht. „Zur besseren Übersicht“ hat die Teilnahmeberechtigte ihre Kalkulation offengelegt und festgehalten, dass diese auf Basis eines befristeten Dienstverhältnisses (für die Dauer des Auftrages) beruht.

Nach Eingang dieser Erklärungen der Teilnahmeberechtigten findet sich die als „Auswertung der Angebote“ überschriebene Niederschrift über die Angebotsbewertung. Zum Angebot der Teilnahmeberechtigten wird ausgeführt: „Da das gegenständliche Angebot preislich bei weitem unter der ursprünglichen Schätzung des Auftraggebers liegt und darüber hinaus die Preisdifferenz zu diesem Angebot und dem an zweiter Stelle zu reihenden Angebot größer ist als jene zwischen dem an zweiter und dritter Stelle zu reihenden Angebot, wurden die Preise des gegenständlichen Angebotes seitens des Auftraggebers eingehend hinterfragt. Im Zuge der schriftlichen Aufklärung konnte der Bieter eine plausible Darstellung seiner Kalkulation präsentieren“.

Nach der Niederschrift über die Auswertung der Angebote hat die Teilnahmeberechtigte mit dem von ihr angebotenen Preis pro Stunde 100 Punkte, die Antragstellerin 75,28 Punkte und damit den zweiten Platz erreicht.

Die Zuschlagsentscheidung vom 8.3.2010 ist der Antragstellerin – ohne Bekanntgabe der Reihung ihres Angebotes jedoch unter Bekanntgabe der erreichten Gesamtpunkte - am gleichen Tage im Faxwege zugekommen.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist am 15.3.2010 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat aufgrund des Inhaltes der vorgelegten Vergabeakten; in denen der Ablauf des Vergabeverfahrens, insbesondere die Prüfung des Angebotes der Teilnahmeberechtigten, detailliert und

nachvollziehbar dokumentiert ist. Sowohl nach dem Inhalt der Vergabeakten, als auch nach dem Vorbringen der Teilnahmeberechtigten war als erwiesen anzunehmen, dass sie ihr Angebot unter Zugrundelegung der Bestimmungen des Kollektivvertrages für Wachorgane im Bewachungsgewerbe, Verwendungsgruppe A – Wachdienst, vorgenommen hat. Auch in der mündlichen Verhandlung hat die Teilnahmeberechtigte ausgeführt, dass sich die Aufgaben sowohl in der Verwendungsgruppe A und B weitgehend decken und auch die Verwendungsgruppe A eine Auskunftserteilung vorsieht, wenn sie in Zusammenhang mit der Wachtätigkeit steht. Die Kerntätigkeit der ausgeschriebenen Leistungen sei die Wachtätigkeit, weshalb die nebenbei zu erbringenden Auskunftstätigkeiten als Nebentätigkeit zu werten seien. Das Schwergewicht der ausgeschriebenen Leistungen liege auf der Wachtätigkeit, weshalb die Anwendung der Bestimmungen des Kollektivvertrages Abschnitt A – Wachdienst gerechtfertigt wäre (Protokoll Seite 3). Aus der von der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung näher beschriebenen Tätigkeit der Wachorgane war jedoch eindeutig ersichtlich, dass Schwerpunkt dieser Tätigkeit die Überprüfung ein- und ausfahrender Fahrzeuge in den Haltezonen ist, die Aufsicht darüber, dass die Fahrzeuge eine möglichst kurze Verweildauer in diesen Zonen haben und dass die Haltezonen von anderen Verkehrsteilnehmern, die dazu nicht berechtigt sind, weder angefahren werden dürfen, noch andere Fahrzeuge dort abgestellt werden dürfen (Protokoll Seite 4). Ob es sich bei den ausgeschriebenen Leistungen um Tätigkeiten handelt, die dem Kollektivvertrag Verwendungsgruppe A (Wachdienst) oder B (Servicedienst) zuzuordnen sind, handelt, wird im Rahmen der rechtlichen Beurteilung zu lösen sein.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Die Antragsgegnerin ist nach § 2 Abs. 1 des Gesetzes betreffend die Tourismusförderung in Wien (Wiener Tourismusförderungsgesetz, WTFG) als Landesorganisation für Tourismus mit der Bezeichnung „Wiener Tourismusverband“ eingerichtet worden und genießt gemäß § 2 Abs. 2 WTFG Rechtspersönlichkeit. Der Wiener Tourismusverband wird in Form der gemäß § 5 WTFG einzurichtenden Tourismuskommission durch Bestellung der weitaus größten Zahl der Mitglieder der Tourismuskommission durch die Wiener Landesregierung von der Stadt Wien, die unstrittig öffentlicher Auftraggeber ist, beherrscht, wie auch der Aufwand des Wiener Tourismusverbandes gemäß § 10 WTFG aus den Erträgen der Ortstaxe finanziert wird. Damit ist die Antragsgegnerin jedenfalls öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2. BVergG 2006. Die von ihr vorgenommenen Auftragsvergaben unterliegen der Nachprüfung durch den Vergabekontrollsenat gemäß § 1 Abs. 1 und Abs. 2 WVRG 2007, zumal der Antragsgegner auch ein „Verband“ im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 2 WVRG 2007 ist. Die Antragsgegnerin ist nach Paragraph 2, Absatz eins, des Gesetzes betreffend die Tourismusförderung in Wien (Wiener Tourismusförderungsgesetz, WTFG) als Landesorganisation für Tourismus mit der Bezeichnung „Wiener Tourismusverband“ eingerichtet worden und genießt gemäß Paragraph 2, Absatz 2, WTFG Rechtspersönlichkeit. Der Wiener Tourismusverband wird in Form der gemäß Paragraph 5, WTFG einzurichtenden Tourismuskommission durch Bestellung der weitaus größten Zahl der Mitglieder der Tourismuskommission durch die Wiener Landesregierung von der Stadt Wien, die unstrittig öffentlicher Auftraggeber ist, beherrscht, wie auch der Aufwand des Wiener Tourismusverbandes gemäß Paragraph 10, WTFG aus den Erträgen der Ortstaxe finanziert wird. Damit ist die Antragsgegnerin jedenfalls öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Die von ihr vorgenommenen Auftragsvergaben unterliegen der Nachprüfung durch den Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph eins, Absatz eins und Absatz 2, WVRG 2007, zumal der Antragsgegner auch ein „Verband“ im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 2, WVRG 2007 ist.

Der Antragsgegner führt ein zweistufiges nicht offenes Verfahren nach öffentlicher Bekanntmachung zur Vergabe der Buszonenüberwachung in Wien. Es handelt sich dabei um die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen im Oberschwellenbereich, weshalb die Bestimmungen des § 141 BVergG 2006 auf den gegenständlichen Vergabevorgang anzuwenden sind. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß europaweit erfolgt, der Zuschlag soll nach dem Kriterium des „niedrigsten Preises“ erfolgen. Das Ende der Angebotsfrist war der 26.2.2010. Nach den Ausschreibungsunterlagen ist festgelegt, dass bei sämtlichen Preisangaben Netto-Fixpreise pro Stunde für die Dauer der Geltung des Vertrages anzubieten sind. Insgesamt haben sich vier Bieter am Verfahren beteiligt, darunter auch die Antragstellerin. Nach der von der Antragstellerin angefochtenen Zuschlagsentscheidung vom 8.3.2010 soll der Zuschlag einem anderen Unternehmen erteilt werden. Der Antragsgegner führt ein zweistufiges nicht offenes Verfahren nach öffentlicher Bekanntmachung zur Vergabe der Buszonenüberwachung in Wien. Es handelt sich dabei um die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen im Oberschwellenbereich, weshalb die Bestimmungen des Paragraph 141, BVergG 2006 auf den gegenständlichen Vergabevorgang anzuwenden sind. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß europaweit erfolgt, der Zuschlag soll nach dem Kriterium des „niedrigsten

Preises" erfolgen. Das Ende der Angebotsfrist war der 26.2.2010. Nach den Ausschreibungsunterlagen ist festgelegt, dass bei sämtlichen Preisangaben Netto-Fixpreise pro Stunde für die Dauer der Geltung des Vertrages anzubieten sind. Insgesamt haben sich vier Bieter am Verfahren beteiligt, darunter auch die Antragstellerin. Nach der von der Antragstellerin angefochtenen Zuschlagsentscheidung vom 8.3.2010 soll der Zuschlag einem anderen Unternehmen erteilt werden.

Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung und den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. bb BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung und den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, b, b, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Die angefochtene Entscheidung vom 8.3.2010 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen. Der Antrag auf Nichtigerklärung dieser Zuschlagsentscheidung ist am 15. März 2010 und damit rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die angefochtene Entscheidung vom 8.3.2010 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen. Der Antrag auf Nichtigerklärung dieser Zuschlagsentscheidung ist am 15. März 2010 und damit rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Der Antrag ist im Ergebnis auch berechtigt.

Gegenständlich handelt es sich um die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen, weshalb die Bestimmungen des § 141 BVergG 2006 zur Anwendung gelangen. Der Auftraggeber hat bei den von ihm geplanten Beschaffungsvorgang einen großen Gestaltungsspielraum, wonach er grundsätzlich diese Leistungen in einem transparenten und den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechtes Rechnung tragenden Verfahren zu vergeben hat. Daraus folgt, dass dem Auftraggeber frei steht, ein Verfahren zu kreieren das den Anforderungen des Gesetzes Rechnung trägt. Von diesen Möglichkeiten hat die Antragsgegnerin Gebrauch gemacht und unter Anderem festgelegt, dass jeder Bieter mit Abgabe seines Angebotes eine Erklärung zu unterfertigen hatte (Formblatt 4), wonach er sich verpflichtet hinsichtlich der Ausführung des Vertrages die in Österreich geltenden arbeits-, lohn- und sozialrechtlichen Vorschriften einzuhalten. Dies bedeutet, dass jeder Bieter, der sich am Verfahren durch Angebotslegung beteiligt sein Angebot nach den für die ausgeschriebenen Leistungen geltenden arbeits-, lohn- und sozialrechtlichen Vorschriften zu kalkulieren hatte. Unstrittig ist auf die gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen bei der Kalkulation des Lohnanteiles von den Bestimmungen des Kollektivvertrages für Wachorgane im Bewachungsgewerbe auszugehen. Für die Einordnung von Wachorganen nach § 6 des Kollektivvertrages kommen grundsätzlich die Verwendungsgruppe A – Wachdienst oder die

Verwendungsgruppe B – Service und Sicherheitsdienst in Frage. Es haben die ausgeschriebenen Leistungen folgende Tätigkeiten zum Inhalt: Gegenständlich handelt es sich um die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen, weshalb die Bestimmungen des Paragraph 141, BVergG 2006 zur Anwendung gelangen. Der Auftraggeber hat bei den von ihm geplanten Beschaffungsvorgang einen großen Gestaltungsspielraum, wonach er grundsätzlich diese Leistungen in einem transparenten und den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechtes Rechnung tragenden Verfahren zu vergeben hat. Daraus folgt, dass dem Auftraggeber frei steht, ein Verfahren zu kreieren das den Anforderungen des Gesetzes Rechnung trägt. Von diesen Möglichkeiten hat die Antragsgegnerin Gebrauch gemacht und unter Anderem festgelegt, dass jeder Bieter mit Abgabe seines Angebotes eine Erklärung zu unterfertigen hatte (Formblatt 4), wonach er sich verpflichtet hinsichtlich der Ausführung des Vertrages die in Österreich geltenden arbeits-, lohn- und sozialrechtlichen Vorschriften einzuhalten. Dies bedeutet, dass jeder Bieter, der sich am Verfahren durch Angebotslegung beteiligt sein Angebot nach den für die ausgeschriebenen Leistungen geltenden arbeits-, lohn- und sozialrechtlichen Vorschriften zu kalkulieren hatte. Unstrittig ist auf die gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen bei der Kalkulation des Lohnanteiles von den Bestimmungen des Kollektivvertrages für Wachorgane im Bewachungsgewerbe auszugehen. Für die Einordnung von Wachorganen nach Paragraph 6, des Kollektivvertrages kommen grundsätzlich die Verwendungsgruppe A – Wachdienst oder die Verwendungsgruppe B – Service und Sicherheitsdienst in Frage. Es haben die ausgeschriebenen Leistungen folgende Tätigkeiten zum Inhalt:

1. a) Litera a
Verhinderung des gesetzwidrigen Abstellens (Parkens) von Reisebussen;
2. b) Litera b
Erteilung von Auskünften über Busparkplätze, Zufahrtswege und Verkehrsregelungen;
3. c) Litera c
Erteilung der Auskünfte gemäß Punkt b) mit Wiener Ortskenntnissen im straßenverkehrstechnischen Sinn;
4. d) Litera d
Aushändigen einer mehrsprachigen Informationsbroschüre „Pass Driver Sky“ an Reisebuslenker;
5. e) Litera e
Information von Buslenkern über allfällige Gegebenheiten von Kurzparkmöglichkeiten für Autobusse;
6. f) Litera f
tägliches Ausfüllen eines Formblattes zu statistischen Zwecken;
7. g) Litera g
Handhabung und Meldung von Anrainerbeschwerden, Streitfällen mit Buslenkern oder Reiseleitern und Polizeieinsätzen in Zusammenhang mit diesen Streitfällen;
8. h) Litera h
Kommunikation mit ausländischen Buslenkern in englischer Sprache und nach Möglichkeit in einer weiteren Fremdsprache.

Bei diesen Tätigkeiten, insbesondere bei der unter a) beschriebenen, hat das Wachorgan vor allem zu trachten, dass die Verweildauer in der Haltezone möglichst kurz gehalten wird, also ein rasches Aus- oder Einsteigen erfolgt und der Reisebus sodann die Haltezone möglichst rasch wieder verlässt. Nach den Ergebnissen des Verfahrens hat das Aufsichtsorgan zufahrende Fahrzeuge auf ihre Berechtigung der Benützung der Touristenbuszone zu überprüfen, hat Fahrzeuge, die keine Reisebusse sind, des Platzes zu verweisen und gegebenenfalls auch das Abschleppen etwa von PKW zu veranlassen (Protokoll Seite 4). Dass das Aufsichtsorgan auch ein verordnungswidriges Abstellen bzw. Parken von anderen Reisebussen oder anderen Verkehrsteilnehmern zu verhindern hat, ergibt sich aus dem Zweck der eingerichteten Buszonen, nämlich Fahrgästen das rasche Aus- und Einsteigen zu ermöglichen, was nur dann gewährleistet, wenn die Buszonen entsprechend freigehalten werden.

Nun hat das Verfahren ergeben, dass die Teilnahmeberechtigte bei der Kalkulation ihres Angebotes vom Kollektivvertrag für das Bewachungsgewerbe Verwendungsgruppe A – Wachdienst ausgegangen ist, die Antragstellerin jedoch von der Verwendungsgruppe B – Service und Sicherheitsdienst. Um beurteilen zu können, welcher Verwendungsgruppe die ausgeschriebenen Leistungen zuzuordnen sind, ist eine Gegenüberstellung mit den im Kollektivvertrag für das Bewachungsgewerbe definierten Berufs- und Arbeitsbildern vorzunehmen.

§ 6 dieses Kollektivvertrages hat folgenden Inhalt:

§ 6 Arbeitsbilder:

Das Wachorgan hat in der jeweiligen Verwendungsgruppe bzw. in der eingesetzten Dienstart die nachstehend aufgezählten Tätigkeiten nach Bedarf zu verrichten:

1. 1.Ziffer eins
Verwendungsgruppe A – Wachdienst

Zu den regelmäßigen Arbeiten in der Verwendungsgruppe gehören:

1. a)Litera a
Beaufsichtigung der ein- und austretenden Personen in Verbindung mit etwaigen Kontrollen.
2. b)Litera b
Überprüfung der ein- und ausfahrenden Fahrzeuge (Kontrolltätigkeit).
3. c)Litera c
Ein- und Ausweisung von Fahrzeugen.
4. d)Litera d
Ordnungsdienste, Auskunftserteilung und Telefondienst, soweit sie mit der Wachtätigkeit zusammenhängen.
5. e)Litera e
Entgegennahme und Ausfolgung von Poststücken.
6. f)Litera f
Überwachung und Bedienung von Kontrollanlagen jeglicher Art. g) Garagendienst mit oder ohne Inkasso. Überwachung und Bedienung von Kontrollanlagen jeglicher "Art". g) Garagendienst mit oder ohne Inkasso.
7. h)Litera h
Kontrollgänge, sowie alle Arbeiten im Zusammenhang mit diesen.
8. i)Litera i
Kontrolle aller Zu- und Abgänge der zu bewachenden Objekte, ob diese verschlossen bzw. vorschriftsmäßig abgesichert sind.
9. j)Litera j
Auf- und Absperrrdienste.
10. k)Litera k
Bedienung und Beaufsichtigung von Zeiterfassungs- und Zutrittskontrollsystemen.
11. l)Litera l
Schalten von Licht- oder Betriebsanlagen, z.B. mittels Aus- und Einschalten durch einen Schalter, Hebel, Wasserhahn oder Schaltschütz bzw. Entzünden von Gasflammen und die hierzu notwendige Beobachtung der Kontrollanlagen.
12. m)Litera m
Betreuung automatischer Ölfeuerungen, inkl. Öl nach Bedarf nachpumpen soweit dies durch eine automatische Ölpumpe besorgt werden kann.
13. n)Litera n
Schlüsselübernahme und -übergabe.
14. o)Litera o
Einfache Handhabung von Alarm-, Gefahrenmelde-, Haustechnik- und Datenverarbeitungsanlagen.
15. p)Litera p
Ergreifung von Maßnahmen im Alarmfall.
16. q)Litera q
Verteilung von Reklamedrucksachen
17. r)Litera r
Dienst als Fundstellenbetreuer, Fahrradaufbewahrer mit Inkasso sowie als Parkplatzaufseher mit oder ohne Inkasso.
18. s)Litera s
Passagedienste in öffentlichen Verkehrsbauwerken.
19. t)Litera t
Wachdienst als reiner Kontrollgangs- und Aufsichtsdienst.

20. u)Litera u
Bewachung einzelner Kojen bei Messen und dgl.
21. v)Litera v
Bewachung beweglicher Sachen in öffentlichen zugänglichen Bereichen.
22. w)Litera w
Regelung, Sicherung und Überwachung des Straßenverkehrs im privaten Bereich.
23. x)Litera x
Durchführung der mit dem Wachdienst zusammenhängenden schriftlichen Aufzeichnungen und Ergreifung von Maßnahmen im Zusammenhang mit diesem.
24. y)Litera y
Telefondienst für 10 oder mehr Nebenstellen, mit oder ohne Fremdsprachenkenntnisse.
25. z)Litera z
Dienst in einer ständig besetzten, Hilfe leistenden Stelle (z.B. Notruf-, Fernwirk-Hausleitzentrale), die nicht der Einsatzführung eines Bewachungsunternehmens dient.

1. 2)Ziffer 2

Verwendungsgruppe B – Service und Sicherheitsdienst Dienstart B1 : Service

Die Dienstart „Service“ umfasst jene Arbeitnehmer, welche entweder ausschließlich Servicetätigkeiten leisten oder Servicetätigkeiten gemeinsam mit Wachdiensttätigkeiten verrichten, sofern der Anteil der Servicetätigkeiten mindestens 50 % der täglichen Tätigkeit beträgt und wenn die Arbeitszeit mindestens zu 50 % in der Betriebszeit des zu beaufsichtigenden Objektes fällt.

Zu den regelmäßigen Arbeiten („Servicetätigkeiten“) in der Dienstart „Service“ zählen:

1. a)Litera a
Beaufsichtigung der ein- und austretenden Personen in Verbindung mit etwaigen Kontrollen.
2. b)Litera b
Überprüfung der ein- und ausfahrenden Fahrzeuge (Kontrolltätigkeit).
3. c)Litera c
Ein- und Ausweisung von Fahrzeugen.
4. d)Litera d
Ordnungsdienste, Auskunftserteilung und Telefondienst, soweit sie mit der Wachtätigkeit zusammenhängen.
5. e)Litera e
Entgegennahme und Ausforderung von Poststücken.
6. f)Litera f
Schlüsselübernahme und -übergabe.
7. g)Litera g
Garagendienst mit oder ohne Inkasso.
8. h)Litera h
Telefondienst für 10 oder mehr Nebenstellen, mit oder ohne Fremdsprachenkenntnisse.
9. i)Litera i
Dienst in einer ständig besetzten, Hilfe leistenden Stelle (z.B. Notruf-, Fernwirk- oder Hausleitzentrale), die nicht der Einsatzführung eines Bewachungsunternehmens dient.

Mitarbeiter des Servicedienstes sind verpflichtet, anfallende Arbeiten aus dem Arbeitsbild der Verwendungsgruppe A – Wachdienst zu leisten, wenn dies vom Arbeitgeber verlangt wird.

Sollte im Rahmen eines Wachdienstes ein Telefondienst im Sinne des Absatzes 2 (Verwendungsgruppe B) Ziffer 1 Lit. h (Telefondienst für 10 oder mehr Nebenstellen, mit oder ohne Fremdsprachenkenntnisse) anfallen, so sind die Arbeitsstunden, in welchen diese Tätigkeit ausgeübt wird, hinsichtlich ihrer Entlohnung als Servicetätigkeit zu betrachten.

Stellt man das Arbeitsbild der Verwendungsgruppe A – Wachdienst, jener der Verwendungsgruppe B – Service und Sicherheitsdienst gegenüber, zeigt sich, dass die ausgeschriebenen Leistungen überwiegend der Verwendungsgruppe B – Service und Sicherheitsdienst zugeordnet werden können. Nach den Feststellungen liegt die Hauptaufgabe der

Aufsichtsorgane darin, nur dazu berechtigten Reisebussen die Zufahrt zu den Buszonen zu gestatten und dabei darauf zu achten, dass die Aufenthaltsdauer von zur Benützung berechtigten Fahrzeugen auf ein möglichst kurzes Halten beschränkt wird. Dazu kommt, dass die Aufsichtsorgane auch dafür zu sorgen haben, dass die Buszonen nicht von anderen Verkehrsteilnehmern unberechtigter Weise in Anspruch genommen werden. Diese Tätigkeit ist als Servicetätigkeit gemäß § 6 Abs. 2 Z 1 lit. b (Überprüfung der ein- und ausfahrenden Fahrzeuge) und lit. c (Ein- und Ausweisung von Fahrzeugen) zu werten. Die Tätigkeiten der Aufsichtsorgane sind nach dem Inhalt der Ausschreibungen während der festgelegten Anwesenheitszeiten zu 100 % in den jeweiligen Buszonen zu verrichten, womit diese Tätigkeiten nach § 6 Abs. 2 Z 1 lit. b c und d des Kollektivvertrages zu Leistungen der Verwendungsgruppe B – Service und Sicherheitsdienst gehören. Für die als Voraussetzung geforderte Kommunikation mit Buslenkern bzw. Touristen in Fremdsprachen (zumindest Englisch, eine zusätzliche Fremdsprache ist nach der Leistungsbeschreibung ausdrücklich aus Gründen der Kommunikationseffizienz erwünscht), gebührt nach dem Kollektivvertrag dem Aufsichtsorgan eine Zusatzentlohnung nach § 23 Abs. 2 – Zulage für berufsfremde Tätigkeiten. Stellt man das Arbeitsbild der Verwendungsgruppe A – Wachdienst, jener der Verwendungsgruppe B – Service und Sicherheitsdienst gegenüber, zeigt sich, dass die ausgeschriebenen Leistungen überwiegend der Verwendungsgruppe B – Service und Sicherheitsdienst zugeordnet werden können. Nach den Feststellungen liegt die Hauptaufgabe der Aufsichtsorgane darin, nur dazu berechtigten Reisebussen die Zufahrt zu den Buszonen zu gestatten und dabei darauf zu achten, dass die Aufenthaltsdauer von zur Benützung berechtigten Fahrzeugen auf ein möglichst kurzes Halten beschränkt wird. Dazu kommt, dass die Aufsichtsorgane auch dafür zu sorgen haben, dass die Buszonen nicht von anderen Verkehrsteilnehmern unberechtigter Weise in Anspruch genommen werden. Diese Tätigkeit ist als Servicetätigkeit gemäß Paragraph 6, Absatz 2, Ziffer eins, Litera b, (Überprüfung der ein- und ausfahrenden Fahrzeuge) und Litera c, (Ein- und Ausweisung von Fahrzeugen) zu werten. Die Tätigkeiten der Aufsichtsorgane sind nach dem Inhalt der Ausschreibungen während der festgelegten Anwesenheitszeiten zu 100 % in den jeweiligen Buszonen zu verrichten, womit diese Tätigkeiten nach Paragraph 6, Absatz 2, Ziffer eins, Litera b, c und d des Kollektivvertrages zu Leistungen der Verwendungsgruppe B – Service und Sicherheitsdienst gehören. Für die als Voraussetzung geforderte Kommunikation mit Buslenkern bzw. Touristen in Fremdsprachen (zumindest Englisch, eine zusätzliche Fremdsprache ist nach der Leistungsbeschreibung ausdrücklich aus Gründen der Kommunikationseffizienz erwünscht), gebührt nach dem Kollektivvertrag dem Aufsichtsorgan eine Zusatzentlohnung nach Paragraph 23, Absatz 2, – Zulage für berufsfremde Tätigkeiten.

Historisch gesehen handelt es sich bei der Dienstart B – Service, die seit 1.1.2005 im Kollektivvertrag vorgesehen ist, um einen aufgewerteten Wachdienst (Vorläufer war der „Portier“). Die Tätigkeiten sind hier intensiver und verfügen über ein eingeschränkteres Arbeitsbild, als dies beim allgemeinen Wachdienst der Fall ist. Im Unterschied zum Servicedienst fallen beim Wachdienst die dort zu verrichteten Tätigkeiten zu 90 bis 95 % während der Nacht an. Darüber hinaus sind die Arbeitszeiten im Servicedienst kürzer als im allgemeinen Wachdienst und werden noch durch ein externes Zulagensystem aufgewertet. Da das Aufsichtsorgan während der festgelegten Zeiten auf der ihm zugewiesenen Buszone anwesend sein muss, ist es unerheblich, in welcher Frequenz die Buszonen in Anspruch genommen werden. Auch dann, wenn nur wenige Reisebusse die Buszone benützen, hat das Aufsichtsorgan dafür Sorge zu tragen, dass die Buszonen freigehalten werden. Diese Tätigkeit ist jedenfalls der Dienstart B 1 – Service zuzuordnen, die vom Aufsichtsorgan jedenfalls mehr als 50 % seiner sonstigen Tätigkeit beträgt.

Die Dienstart B - Service umfasst jene Arbeitnehmer, welche entweder

ausschließlich Servicetätigkeiten leisten oder Servicetätigkeiten gemeinsam mit Wachdiensttätigkeiten verrichten, sofern der Anteil der Servicetätigkeit mindestens 50 % der täglichen Tätigkeit beträgt und wenn die Arbeitszeit mindestens zu 50 % in der Betriebszeit des zu beaufsichtigenden Objektes fällt. Nun hat das Verfahren ergeben, dass die im Kollektivvertrag bei der Dienstart B 1 – Service unter den Buchstaben A bis D angeführten Leistungen, von dem die Buszone beaufsichtigenden Organ zu 100 % erbracht werden muss, wobei es keine Rolle spielt, in welcher Frequenz die einzelne Buszone in Anspruch genommen wird. Das Aufsichtsorgan hat jedenfalls während der vorgeschriebenen Zeiten auf der Buszone anwesend zu sein und dafür Sorge zu tragen, dass diese Zone freigehalten wird. Damit sind die Unterscheidungsmerkmale gegenüber der Verwendungsgruppe A – Wachdienst im gegenständlichen Fall zu jeweils 100 % erfüllt, die Leistungsbeschreibung entspricht damit vollinhaltlich der

Verwendungsgruppe B, Dienstart B 1 - Service, weshalb bei der Kalkulation der Angebote von diesen kollektivvertraglichen Bestimmungen auszugehen war. Dies hat die Antragstellerin sowie die restlichen Mitbewerber offenbar getan.

Da die Teilnahmerechtsberechtigte zugeständenermaßen bei der Kalkulation ihres Angebotes nicht von dieser Verwendungsgruppe B ausgegangen ist, sondern von jener der Verwendungsgruppe A – Wachdienst, hat sie entgegen ihrer im Formblatt 4 abgegebenen Erklärung bei ihrer Kalkulation die arbeits-, lohn- und sozialrechtlichen Bestimmungen nicht eingehalten. Da auch in einem Verfahren zur Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen der im § 19 Abs. 1 BVergG 2006 zum Ausdruck kommende Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter sowie der Vergabe zu angemessenen Preisen zu beachten ist, war dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung Folge zu geben. Da die Teilnahmerechtsberechtigte zugeständenermaßen bei der Kalkulation ihres Angebotes nicht von dieser Verwendungsgruppe B ausgegangen ist, sondern von jener der Verwendungsgruppe A – Wachdienst, hat sie entgegen ihrer im Formblatt 4 abgegebenen Erklärung bei ihrer Kalkulation die arbeits-, lohn- und sozialrechtlichen Bestimmungen nicht eingehalten. Da auch in einem Verfahren zur Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen der im Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 zum Ausdruck kommende Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter sowie der Vergabe zu angemessenen Preisen zu beachten ist, war dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung Folge zu geben.

Bemerkt wird, dass im fortgesetzten Verfahren auch zu beachten sein wird, dass § 9 Abs. 2 des anzuwendenden Kollektivvertrages obligatorische, variable Entlohnungsbestandteile vorsieht. So ist etwa je nach Dauer der Dienststunden eine bezahlte Anwesenheitsbereitschaft (ständige Anwesenheit unter Bereitschaft zur Arbeitsaufnahme im Anlassfall, jedoch ohne tatsächliche Arbeitsleistung) im Ausmaß von ein bis zwei Stunden pro Dienstseinheit im Kollektivvertrag vorgesehen. Bei einer Dienstdauer von mindestens sechs Stunden ist außerdem eine 30minütige Essenspause (grundsätzlich unbezahlt, jedoch bei verlangter ständiger Anwesenheit am Arbeitsplatz zum Normallohn zu entlohnen), zu gewähren. Kann oder wird die durch Kollektivvertrag normierte Arbeitsbereitschaft bzw. Essenspause nicht eingehalten, sind diese Zeiten entsprechend mit Normallohn zu vergüten. Bemerkt wird, dass im fortgesetzten Verfahren auch zu beachten sein wird, dass Paragraph 9, Absatz 2, des anzuwendenden Kollektivvertrages obligatorische, variable Entlohnungsbestandteile vorsieht. So ist etwa je nach Dauer der Dienststunden eine bezahlte Anwesenheitsbereitschaft (ständige Anwesenheit unter Bereitschaft zur Arbeitsaufnahme im Anlassfall, jedoch ohne tatsächliche Arbeitsleistung) im Ausmaß von ein bis zwei Stunden pro Dienstseinheit im Kollektivvertrag vorgesehen. Bei einer Dienstdauer von mindestens sechs Stunden ist außerdem eine 30minütige Essenspause (grundsätzlich unbezahlt, jedoch bei verlangter ständiger Anwesenheit am Arbeitsplatz zum Normallohn zu entlohnen), zu gewähren. Kann oder wird die durch Kollektivvertrag normierte Arbeitsbereitschaft bzw. Essenspause nicht eingehalten, sind diese Zeiten entsprechend mit Normallohn zu vergüten.

Der nach der Leistungsbeschreibung obligatorisch von den Arbeitnehmern verlangte Fremdspracheneinsatz „mindestens“ in Englisch bzw. zusätzlicher Sprache weitet die Arbeitsbilder des Bewachungskollektivvertrages aus und stellt einen zwingenden Entgeltanspruch dar. Dieser Fremdspracheneinsatz ist im § 23 Abs. 2 KV grundsätzlich ergebnisoffen (Betriebsvereinbarung) im Vorhinein zu regeln – und nur im Zweifelsfalls (bei Scheitern des Abschlussversuches einer Betriebsvereinbarung) mit dem kollektivvertraglichen Mindestsatz zu entlohnen. Die vom Arbeitgeber einseitige Anwendung der KV – Mindestentlohnung, ohne vorher den Abschluss einer Betriebsvereinbarung versucht zu haben, ist vertragswidrig. Der nach der Leistungsbeschreibung obligatorisch von den Arbeitnehmern verlangte Fremdspracheneinsatz „mindestens“ in Englisch bzw. zusätzlicher Sprache weitet die Arbeitsbilder des Bewachungskollektivvertrages aus und stellt einen zwingenden Entgeltanspruch dar. Dieser Fremdspracheneinsatz ist im Paragraph 23, Absatz 2, KV grundsätzlich ergebnisoffen (Betriebsvereinbarung) im Vorhinein zu regeln – und nur im Zweifelsfalls (bei Scheitern des Abschlussversuches einer Betriebsvereinbarung) mit dem kollektivvertraglichen Mindestsatz zu entlohnen. Die vom Arbeitgeber einseitige Anwendung der KV – Mindestentlohnung, ohne vorher den Abschluss einer Betriebsvereinbarung versucht zu haben, ist vertragswidrig.

Eine bei der Ausschreibung zwar nur optional in Aussicht gestellte Ausdehnung der Leistungsperiode 2010 auf drei weitere Jahre ist in der Praxis zwar eine durchaus gebräuchliche Vorgangsweise und findet nur in gravierenden Ausnahmefällen keine Anwendung. Aus den vorgelegten Unterlagen ist jedoch keine Vertragsklausel für die kontinuierliche Wertanpassung in den Folgejahren (zumindest für die kollektivvertraglichen Mindestentlohnungsbedingungen) erkennbar, zumal die Angebote auch die möglichen Folgeperioden mit den Lohn-

und Lohnnebenkosten des Jahres 2010 umfassen. Die Erhöhung der kollektivvertraglichen Mindestentlohnung betrug für die Dienststart B 1 für die letzten Jahre (2007 bis 2010) 2,37 %, 2,96 %, 3,75 % und 2,05 %, also insgesamt 11,13 %. Da die Ausschreibungsunterlagen diesbezüglich keine Regelung vorsehen und diese mangels Rüge „bestandfest“ geworden sind, wird auf diese Problematik im fortgesetzten Verfahren wohl nicht mehr eingegangen werden können.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 18.3.2010 gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 18.3.2010 gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 genannten Voraussetzungen liegen vor. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, genannten Voraussetzungen liegen vor.

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Nichtigerklärung einer Zuschlagsentscheidung; Bewachungsdienst; Kollektivvertragliche Einordnung; Kalkulation;

Zuletzt aktualisiert am

10.09.2010

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