

TE Verg Bescheid 2009/12/18 N/0114-BVA/13/2009-19

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.12.2009

Norm

ASchG §79 Abs2

ASchG §73 Abs2

ASchG §74 Abs1 und 4

SFK-VO §7

BVergG 2006 §22 Abs1 und 3

1. ASchG § 79 heute
2. ASchG § 79 gültig ab 01.01.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 118/2012
3. ASchG § 79 gültig von 12.08.2006 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 147/2006
4. ASchG § 79 gültig von 01.01.2002 bis 11.08.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 159/2001
5. ASchG § 79 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 12/1999
6. ASchG § 79 gültig von 01.01.1997 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 9/1997
7. ASchG § 79 gültig von 01.01.1995 bis 31.12.1996

1. ASchG § 73 heute
2. ASchG § 73 gültig ab 12.08.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 147/2006
3. ASchG § 73 gültig von 01.01.2002 bis 11.08.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 159/2001
4. ASchG § 73 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 12/1999
5. ASchG § 73 gültig von 01.01.1995 bis 31.12.1998

1. ASchG § 74 heute
2. ASchG § 74 gültig ab 29.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 118/2012
3. ASchG § 74 gültig von 01.06.1995 bis 28.12.2012

1. SFK-VO § 7 heute
2. SFK-VO § 7 gültig ab 01.06.1995

1. BVergG 2006 § 22 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 22 gültig von 01.01.2008 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 22 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13 MR Mag. Thomas Gruber sowie Dr. Michael Fruhmann als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Matthias Wohlgemuth als Mitglied der Auftragnehmerseite im

Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Arbeitsmedizinische und notfallpsychologische Betreuung der Mitarbeiter in der ASFINAG Service GmbH" der Auftraggeberin ASFINAG Service GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, aufgrund der Anträge der A***, vertreten durch Rechtsanwälte X***, wie folgt entschieden:

I.römisch eins.

Der Antrag vom 18. November 2009 "das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass die vorliegende Vergabe von "Leistungen einer Sicherheitsfachkraft" sowie die vorliegende Vergabe von "Arbeitsmedizinischen Leistungen" im Wege der Direktvergabe gegen das Bundesvergabegesetz verstoßen und die gesondert anfechtbaren Entscheidungen der Wahl des Verfahrens jeweils nichtig erklären" sowie der "konkretisierte" Antrag vom 20. November 2009 "das Bundesvergabeamt möge die vorliegende Ausschreibung von "Arbeitsmedizinischen Leistungen für die ASFINAG Service GmbH" im Wege der Direktvergabe für nichtig erklären" sowie der Eventualantrag vom 9. Dezember 2009 "das Bundesvergabeamt möge die selbständig anfechtbare Entscheidung der Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe der Antragsgegnerin im Vergabeverfahren "Arbeitsmedizinischen Leistungen für die ASFINAG Service GmbH" - auch "Arbeitsmedizinischen Leistungen und notfallpsychologische Leistung für die ASFINAG Service GmbH" genannt - nichtig erklären", werden gemäß § 320 BVergG 2006 abgewiesen. Der Antrag vom 18. November 2009 "das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass die vorliegende Vergabe von "Leistungen einer Sicherheitsfachkraft" sowie die vorliegende Vergabe von "Arbeitsmedizinischen Leistungen" im Wege der Direktvergabe gegen das Bundesvergabegesetz verstoßen und die gesondert anfechtbaren Entscheidungen der Wahl des Verfahrens jeweils nichtig erklären" sowie der "konkretisierte" Antrag vom 20. November 2009 "das Bundesvergabeamt möge die vorliegende Ausschreibung von "Arbeitsmedizinischen Leistungen für die ASFINAG Service GmbH" im Wege der Direktvergabe für nichtig erklären" sowie der Eventualantrag vom 9. Dezember 2009 "das Bundesvergabeamt möge die selbständig anfechtbare Entscheidung der Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe der Antragsgegnerin im Vergabeverfahren "Arbeitsmedizinischen Leistungen für die ASFINAG Service GmbH" - auch "Arbeitsmedizinischen Leistungen und notfallpsychologische Leistung für die ASFINAG Service GmbH" genannt - nichtig erklären", werden gemäß Paragraph 320, BVergG 2006 abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag vom 18. November 2009 "das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin den Ersatz der Pauschalgebühren an die Antragstellerin binnen 14 Tagen ab Zustellung des Bescheides bei sonstiger Exekution auferlegen" wird gemäß § 319 BVergG 2006 abgewiesen. Der Antrag vom 18. November 2009 "das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin den Ersatz der Pauschalgebühren an die Antragstellerin binnen 14 Tagen ab Zustellung des Bescheides bei sonstiger Exekution auferlegen" wird gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 abgewiesen.

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 18. November 2009, beim BVA eingelangt am 18. November 2009, begehrte die Antragstellerin folgendes:

1. "1.Ziffer eins

Das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass die vorliegende Vergabe von "Leistungen einer Sicherheitsfachkraft" sowie die vorliegende Vergabe von "Arbeitsmedizinischen Leistungen" im Wege der Direktvergabe gegen das Bundesvergabegesetz verstoßen und die gesondert anfechtbaren Entscheidungen der Wahl des Verfahrens jeweils nichtig erklären und

2. 2.Ziffer 2

Der Antragsgegnerin den Ersatz der Pauschalgebühren an die Antragstellerin binnen 14 Tagen ab Zustellung des Bescheides bei sonstiger Exekution auferlegen."

Weiters wurde mit gleichem Schriftsatz folgende Anträge gestellt:

1. "1.Ziffer eins

Das Bundesvergabeamt möge der Auftraggeberin untersagen, den Auftrag für "Leistungen einer Sicherheitsfachkraft für die ASFINAG Service GmbH" sowie den Auftrag für "Arbeitsmedizinische Leistungen für die ASFINAG Service GmbH" vor Beendigung des Nachprüfungsverfahrens zu vergeben und

2. 2.Ziffer 2

der Antragsgegnerin den Ersatz der Pauschalgebühren an die Antragstellerin binnen 14 Tagen ab Zustellung des Bescheides bei sonstiger Exekution auferlegen."

Mit Schreiben vom 20. November 2009 brachte die Antragstellerin wie folgt vor:

"Weiters konkretisieren wir den Antrag auf Nachprüfung wie folgt:

Antrag:

1. 1.Ziffer eins

Das Bundesvergabeamt möge die vorliegende Ausschreibung von "Arbeitsmedizinischen Leistungen für die ASFINAG Service GmbH" im Wege der Direktvergabe für nichtig erklären und

2. 2.Ziffer 2

der Antragsgegnerin den Ersatz der Pauschalgebühren an die Antragstellerin binnen 14 Tagen ab Zustellung des Bescheides bei sonstiger Exekution auferlegen."

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der geschätzte Auftragswert beider - bisher immer gemeinsam beauftragten Leistungen, die als Einheit zu sehen seien - €

56.780,-- betrage. Unter Berücksichtigung, dass diese arbeitsmedizinischen Leistungen gemeinsam mit den Leistungen einer Sicherheitsfachkraft üblicherweise gemeinsam vergeben würden, sei deutlich nachvollziehbar, dass die Trennung dieser beiden Dienstleistungsaufträge lediglich aus dem Grund erfolgt sei, um diese Leistungen jeweils einzeln im Direktvergabeweg ausschreiben zu können. Der Auftraggeber schreibe die notwendigen Dienstleistungen zum einen in getrennten nur scheinbar voneinander unabhängigen Dienstleistungsteilen aus und zum anderen in regional zugeordneten Losen, um so im Unterschwellenbereich für prioritäre Dienstleistungen das Direktvergabeverfahren nutzen zu können; die Bestimmung des § 13 Abs 4 BVergG werde daher verletzt. Gemäß Ausschreibungsunterlagen sei das jeweilige Ende der Abgabefristen für beide Ausschreibungen jeweils der 23.11.2009, 11.00 Uhr. Durch eine rechtswidrige Beauftragung der ausgeschriebenen Dienstleistungen im Direktvergabeverfahren drohe der Antragstellerin ein nicht wieder gut zu machender Schaden. 56.780,-- betrage. Unter Berücksichtigung, dass diese arbeitsmedizinischen Leistungen gemeinsam mit den Leistungen einer Sicherheitsfachkraft üblicherweise gemeinsam vergeben würden, sei deutlich nachvollziehbar, dass die Trennung dieser beiden Dienstleistungsaufträge lediglich aus dem Grund erfolgt sei, um diese Leistungen jeweils einzeln im Direktvergabeweg ausschreiben zu können. Der Auftraggeber schreibe die notwendigen Dienstleistungen zum einen in getrennten nur scheinbar voneinander unabhängigen Dienstleistungsteilen aus und zum anderen in regional zugeordneten Losen, um so im Unterschwellenbereich für prioritäre Dienstleistungen das Direktvergabeverfahren nutzen zu können; die Bestimmung des Paragraph 13, Absatz 4, BVergG werde daher verletzt. Gemäß Ausschreibungsunterlagen sei das jeweilige Ende der Abgabefristen für beide Ausschreibungen jeweils der 23.11.2009, 11.00 Uhr. Durch eine rechtswidrige Beauftragung der ausgeschriebenen Dienstleistungen im Direktvergabeverfahren drohe der Antragstellerin ein nicht wieder gut zu machender Schaden.

Der Auftraggeber erteilte mit Schriftsatz vom 23. November 2009 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Mit Schreiben vom 29. September 2009 seien drei Bieter zur Legung eines Angebotes eingeladen worden. Mit Schreiben vom 12. November 2009 sei auch die Antragstellerin zur Legung eines Angebotes aufgefordert worden, welches auch eingegangen sei. Der Auftrag sei noch nicht erteilt worden. Die (ersten) drei Angebote seien am 12. Oktober 2009 beim Auftraggeber eingegangen. Das Angebot der Antragstellerin sei erst am 23. November 2009 eingelangt.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 25. November 2009, GZ N/0114-BVA-13/2009-8, wurde der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens längstens jedoch bis zum 30. Dezember 2009 untersagt.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 27. November 2009 brachte diese im Wesentlichen vor, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren die Leistungsbeschaffung nur für die ASFINAG Service GmbH zulässig sei. Neben der Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG) gebe es auch noch die jeweils eigenständigen (Service)Tochtergesellschaften. Bei den Tochtergesellschaften handle es sich um GmbH's. Eine davon sei die ASFINAG Service GmbH (vormals ASFINAG Service GmbH Ost), die Auftraggeberin der hier gegenständlichen

Leistung sei. Neben der ASFINAG Service GmbH gebe es für den Betrieb des hochrangigen Straßennetzes auch noch die ASFINAG Service GmbH Süd, die ASFINAG Service GmbH Nord und die ASFINAG Alpenstraßen GmbH. Festzuhalten sei aber, dass es sich hier nicht um eine Auftragsvergabe der ASFINAG (wie von der Antragstellerin wohl angenommen) nur für den "Bereich Ost" handle, sondern die ASFINAG Service GmbH - also die Auftraggeberin - beabsichtige, für ihren (gesamten) Aufgabenbereich die erforderlichen Leistungen in einer Direktvergabe zu vergeben. Zur Erfüllung ihrer (übertragenen) Aufgaben müsse es daher in der Disposition einer eigenständigen GmbH stehen, für sich - unabhängig von etwaigen weiteren (Tochter)Gesellschaften in der ASFINAG-Gruppe - diverse Leistungen zu beschaffen. Zur Zulässigkeit der getrennten Auftragsvergabe von arbeitsmedizinischen Leistungen und Leistungen einer Sicherheitsfachkraft führt die Auftraggeberin aus, dass für die Schwellenwertberechnung bei Dienstleistungsaufträgen der zu berücksichtigende Maßstab die Gleichartigkeit der Aufträge sei. Ausgangspunkt für die Beurteilung der Gleichartigkeit sei das jeweilige "Fachgebiet" (im Sinn eines "Berufszweiges"), in dem die Dienstleistung erbracht werde. Eine Gleichartigkeit der Aufträge liege aber im vorliegenden Fall nicht vor, weshalb die Aufträge auch nicht gemeinsam vergeben werden hätten müssen und bei der Schätzung des Auftragswerts diese Leistungen daher auch nicht zu addieren gewesen wären. Es seien bei den arbeitsmedizinischen Leistungen und Leistungen einer Sicherheitsfachkraft jeweils klar unterschiedliche Fachgebiete bzw. Berufszweige angesprochen. Dies zeige sich vor allem auch an den unterschiedlichen eingeladenen Unternehmen. Aus diesen gehe hervor, dass kein Unternehmen für die arbeitsmedizinischen Leistungen und den Leistungen einer Sicherheitsfachkraft eingeladen wurde.

Mit Schreiben vom 9. Dezember 2009 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, die Gleichartigkeit bzw. Gleichwertigkeit der willkürlich von der Antragsgegnerin aufgeteilten und getrennt ausgeschriebenen Dienstleistungen im Bereich des Arbeitnehmerschutzes ergebe sich bereits aus dem Ziel des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes nämlich der Schutz der ArbeitnehmerInnen am Arbeitsplatz im weiten Sinn. Dass die Leistungen der externen Präventivfachkräfte (§ 83 ASchG) als Einheit im Sinne eines Berufszweiges anzusehen seien, würden die am Markt in diesem Bereich anbietenden Spezialdienstleister für arbeitsmedizinische und sicherheitstechnische Betreuung von Arbeitsstätten zeigen, wie die Präventionszentren der Unfallversicherungsträger gem. § 78a, die sowohl für die sicherheitstechnische als auch die arbeitsmedizinische Betreuung der Arbeitnehmer gesetzlich ausdrücklich von den Trägern der Unfallversicherungen einzurichten seien. Ebenso werde in § 83 ASchG ausdrücklich festgehalten, dass Sicherheitsfachkräfte und Arbeitsmediziner gemeinsam als Präventivfachkräfte im ASchG bezeichnet seien. Gemäß § 83 Abs 6 und § 85 ASchG habe der Arbeitgeber für die Koordination und Zusammenarbeit der Präventivfachkräfte ausdrücklich Sorge zu tragen. „Die Präventivfachkräfte haben gemeinsame Besichtigungen der Arbeitsstätten, der Baustellen und der auswärtigen Arbeitsstellen durchzuführen“ - § 83 Abs 2. Die Präventivfachkraft sei sohin das Fachgebiet, das Maßstab der Gleichwertigkeit der ausgeschriebenen Leistung zu sein habe. Die Leistungen nach dem ASchG würden auch regelmäßig gemeinsam ausgeschrieben und typischerweise übergreifend ausgeführt. Die meisten der aufgelisteten Leistungen seien nicht ausschließlich Arbeitsmedizinern bzw. arbeitsmedizinischen Zentren vorbehalten sondern würden sich mit den sicherheitstechnischen Leistungen, die von Sicherheitsfachkräften bzw. Arbeitssicherheitszentren ausgeführt werden müssten oder könnten überschneiden. Selbst wenn die Aufteilung der Dienstleistungen nach dem ASchG in arbeitsmedizinische Leistungen und Leistungen der Sicherheitsfachkraft als zulässig erachtet werden sollten, so seien die ausgeschriebenen arbeitsmedizinische Leistungen aller drei ASFINAG Töchter (ASFINAG Service GmbH (ehemals Ost), ASFINAG Service GmbH Süd und ASFINAG Service GmbH Nord) zumindest für die regionalen Bereiche Ost, Süd und Nord als Einheit zu bewerten. Die Servicegesellschaften im Bereich Süd und Nord würden ähnlich viele Autobahnmeistereien wie die Antragsgegnerin betreuen, so dass vom dreifachen geschätzten Auftragswert im Bereich der Ausschreibungen für arbeitsmedizinische Leistungen auszugehen sein werde, sohin von rund € 134.260,-. Der Schwellenwert für Direktvergaben sei daher überschritten.

Mit Schreiben vom 9. Dezember 2009 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, die Gleichartigkeit bzw. Gleichwertigkeit der willkürlich von der Antragsgegnerin aufgeteilten und getrennt ausgeschriebenen Dienstleistungen im Bereich des Arbeitnehmerschutzes ergebe sich bereits aus dem Ziel des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes nämlich der Schutz der ArbeitnehmerInnen am Arbeitsplatz im weiten Sinn. Dass die Leistungen der externen Präventivfachkräfte (Paragraph 83, ASchG) als Einheit im Sinne eines Berufszweiges anzusehen seien, würden die am Markt in diesem Bereich anbietenden Spezialdienstleister für arbeitsmedizinische und sicherheitstechnische Betreuung von Arbeitsstätten zeigen, wie die Präventionszentren der Unfallversicherungsträger gem. Paragraph 78 a,, die sowohl für die sicherheitstechnische als auch die arbeitsmedizinische Betreuung der Arbeitnehmer gesetzlich ausdrücklich von den Trägern der Unfallversicherungen einzurichten seien. Ebenso werde in Paragraph 83, ASchG ausdrücklich festgehalten,

dass Sicherheitsfachkräfte und Arbeitsmediziner gemeinsam als Präventivfachkräfte im ASchG bezeichnet seien. Gemäß Paragraph 83, Absatz 6 und Paragraph 85, ASchG habe der Arbeitgeber für die Koordination und Zusammenarbeit der Präventivfachkräfte ausdrücklich Sorge zu tragen. „Die Präventivfachkräfte haben gemeinsame Besichtigungen der Arbeitsstätten, der Baustellen und der auswärtigen Arbeitsstellen durchzuführen" - Paragraph 83, Absatz 2, Die Präventivfachkraft sei sohin das Fachgebiet, das Maßstab der Gleichwertigkeit der ausgeschriebenen Leistung zu sein habe. Die Leistungen nach dem ASchG würden auch regelmäßig gemeinsam ausgeschrieben und typischerweise übergreifend ausgeführt. Die meisten der aufgelisteten Leistungen seien nicht ausschließlich Arbeitsmedizinern bzw. arbeitsmedizinischen Zentren vorbehalten sondern würden sich mit den sicherheitstechnischen Leistungen, die von Sicherheitsfachkräften bzw. Arbeitssicherheitszentren ausgeführt werden müssten oder könnten überschneiden. Selbst wenn die Aufteilung der Dienstleistungen nach dem ASchG in arbeitsmedizinische Leistungen und Leistungen der Sicherheitsfachkraft als zulässig erachtet werden sollten, so seien die ausgeschriebenen arbeitsmedizinische Leistungen aller drei ASFINAG Töchter (ASFINAG Service GmbH (ehemals Ost), ASFINAG Service GmbH Süd und ASFINAG Service GmbH Nord) zumindest für die regionalen Bereiche Ost, Süd und Nord als Einheit zu bewerten. Die Servicegesellschaften im Bereich Süd und Nord würden ähnlich viele Autobahnmeistereien wie die Antragsgegnerin betreuen, so dass vom dreifachen geschätzten Auftragswert im Bereich der Ausschreibungen für arbeitsmedizinische Leistungen auszugehen sein werde, sohin von rund € 134.260,-. Der Schwellenwert für Direktvergaben sei daher überschritten.

Am 14. Dezember 2009 fand im Bundesvergabeamt eine mündliche Verhandlung statt. Dabei haben die Auftraggeberin und die Antragstellerin angegeben, dass die in den Ausschreibungsunterlagen auf Seite 4 unter Punkt D2 genannten Standorte eine abschließende Aufzählung aller Standorte der Auftraggeberin darstellen würde. Die Antragstellerin beantragte die Vorlage der Ausschreibungsunterlagen für Präventivfachkräfte im Bereich arbeitsmedizinische Leistungen und die Leistungen der Sicherheitsfachkräfte der Asfinag Service Gesellschaften Nord und Süd zum Beweis dafür, dass die Leistungen sowohl im Umfang als auch im Text der Ausschreibungen ident sind. Die Auftraggeberin gab an, dass der Grund für die getrennte Ausschreibung der arbeitsmedizinischen Leistungen und der Sicherheitsfachkräfte darin liege, dass der Bieterkreis vergrößert werden sollte.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

1. 2.Ziffer 2

Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die ASFINAG Service GmbH hat zur Beschaffung der arbeitsmedizinischen und notfallpsychologischen Betreuung der Mitarbeiter in der ASFINAG Service GmbH einen Dienstleistungsauftrag im Wege einer Direktvergabe mit einem geschätzten Auftragswert von € 21.920,- pro Jahr für den Zeitraum vom 15.12.2009 bis 31.12.2011 ausgeschrieben. (Schreiben der Auftraggeberin vom 23. November 2009; Akt des Vergabeverfahrens)

Die Leistungs- und Projektbeschreibung unter Punkt D.2 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"Betreuung der Mitarbeiter der ASFINAG Service Gesellschaft (SG) durch Arbeitsmediziner und Notfallpsychologen. Basis hierfür ist das ASchG in der jeweils gültigen Fassung. Die Leistungserbringung umfasst das gesamte Betreuungsgebiet der SG mit folgenden Standorten:..." Es folgt eine Auflistung aller Standorte der Auftraggeberin. (Akt des Vergabeverfahrens; Vorbringen der Auftraggeberin und der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 14. Dezember 2009)

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 29. September 2009 sind 4 Unternehmer zur Legung eines Angebotes eingeladen worden. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 12. November 2009 wurde die Antragstellerin zur Legung eines Angebotes eingeladen. Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt. Die Antragstellerin wurde nicht ausgeschieden. Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt. (Schreiben der Auftraggeberin vom 23. November 2009; Akt des Vergabeverfahrens)

Die Leistungs- und Projektbeschreibung unter Punkt D.2 der Ausschreibungsunterlagen in dem Vergabeverfahren der ASFINAG Service GmbH "Sicherheitstechnische Betreuung für die ASFINAG Service GmbH" lautet auszugsweise:

"Das ArbeitnehmerInnenschutzgesetz sieht vor, dass alle

Betriebe über eine Sicherheitsfachkraft zu verfügen haben, der

(sic!) für die Einhaltung aller relevanten Gesetze zum Schutze

der ArbeitnehmerInnen sorgt... 2.2 Aufgabenbeschreibung;
Sicherheitsfachkraft; die Aufgaben der sicherheitstechnischen
Fachkraft gestalten sich wie folgt: Tätigkeiten der SFK nach
ArbeitnehmerInnenschutzgesetz... " (Akt des Vergabeverfahrens
zur GZ: N/0113-BVA/12/2009)

In dem Vergabeverfahren der ASFINAG Service GmbH "Sicherheitstechnische Betreuung für die ASFINAG Service GmbH" (dazu ist derzeit beim Bundesvergabeamt ein weiteres Nachprüfungsverfahren zur GZ: N/0113-BVA/12/2009 anhängig) sind mit Schreiben der Auftraggeberin vom 29. September 2009 3 Unternehmen zur Legung eines Angebotes eingeladen worden. Es handelt sich bei diesen 3 Unternehmen um andere Unternehmen als die mit Schreiben der Auftraggeberin vom 29. September 2009 zur Beschaffung der arbeitsmedizinischen und notfallpsychologischen Betreuung der Mitarbeiter in der ASFINAG Service GmbH zur Legung eines Angebotes eingeladen Unternehmen. (Akt des Vergabeverfahrens; Akt des Vergabeverfahrens zur GZ: N/0113-BVA/12/2009)

1. 3.Ziffer 3

Zum Antrag auf Nichtigklärung der Wahl des Vergabeverfahrens:

Die Antragstellerin hat zusammengefasst vorgebracht, dass die getrennte Auftragsvergabe von arbeitsmedizinischen Leistungen und Leistungen einer Sicherheitsfachkraft, also von Präventivfachkräften im Sinne des § 83 ASchG unzulässig sei. Vielmehr hätte aufgrund der Gleichartigkeit der Dienstleistungen eine gemeinsame Ausschreibung dieser Dienstleistungen für den gesamten ASFINAG Konzern durchgeführt werden müssen. Daher seien die Schwellenwerte für die Direktvergabe überschritten worden und die Wahl des Vergabeverfahrens für nichtig zu erklären. Die Antragstellerin hat zusammengefasst vorgebracht, dass die getrennte Auftragsvergabe von arbeitsmedizinischen Leistungen und Leistungen einer Sicherheitsfachkraft, also von Präventivfachkräften im Sinne des Paragraph 83, ASchG unzulässig sei. Vielmehr hätte aufgrund der Gleichartigkeit der Dienstleistungen eine gemeinsame Ausschreibung dieser Dienstleistungen für den gesamten ASFINAG Konzern durchgeführt werden müssen. Daher seien die Schwellenwerte für die Direktvergabe überschritten worden und die Wahl des Vergabeverfahrens für nichtig zu erklären.

Die Auftraggeberin hat dem zusammengefasst entgegengehalten, dass es zur Erfüllung ihrer (übertragenen) Aufgaben in der Disposition der Auftraggeberin als einer eigenständigen GmbH stehen müsse, für sich - unabhängig von etwaigen weiteren (Tochter)Gesellschaften in der ASFINAG-Gruppe - diverse Leistungen zu beschaffen. Zur Zulässigkeit der getrennten Auftragsvergabe von arbeitsmedizinischen Leistungen und Leistungen einer Sicherheitsfachkraft führte die Auftraggeberin aus, dass für die Schwellenwertberechnung bei Dienstleistungsaufträgen der zu berücksichtigende Maßstab die Gleichartigkeit der Aufträge sei. Ausgangspunkt für die Beurteilung der Gleichartigkeit sei das jeweilige "Fachgebiet" (im Sinn eines "Berufszweiges"), in dem die Dienstleistung erbracht werde. Eine Gleichartigkeit der beiden Aufträge liege aber im vorliegenden Fall nicht vor.

Der Leistungsgegenstand des gegenständlichen Vergabeverfahrens wurde von der Auftraggeberin umschrieben wie folgt: "Betreuung der Mitarbeiter der ASFINAG Service Gesellschaft (SG) durch Arbeitsmediziner und Notfallpsychologen. Basis hierfür ist das ASchG in der jeweils gültigen Fassung."

§ 79 Abs 2 ASchG lautet: Paragraph 79, Absatz 2, ASchG lautet:

"(2) Als Arbeitsmediziner dürfen nur Personen bestellt werden, die zur selbständigen Ausübung des ärztlichen Berufes im Sinne des Ärztegesetzes 1998, BGBl. I Nr. 169/1998, berechtigt sind und eine vom Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen anerkannte arbeitsmedizinische Ausbildung gemäß § 38 des Ärztegesetzes 1998 absolviert haben." "(2) Als Arbeitsmediziner dürfen nur Personen bestellt werden, die zur selbständigen Ausübung des ärztlichen Berufes im Sinne des Ärztegesetzes 1998, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 169 aus 1998, berechtigt sind und eine vom Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen anerkannte arbeitsmedizinische Ausbildung gemäß Paragraph 38, des Ärztegesetzes 1998 absolviert haben."

Voraussetzung für die Tätigkeit als Arbeitsmediziner ist somit die Befähigung zur selbständigen Ausübung des ärztlichen Berufes sowie eine arbeitsmedizinische Ausbildung.

Der Leistungsgegenstand des Vergabeverfahrens "Sicherheitstechnische Betreuung für die ASFINAG Service GmbH" wurde von der Auftraggeberin mit Tätigkeiten der Sicherheitsfachkraft nach dem ArbeitnehmerInnenschutzgesetz umschrieben.

§ 73 Abs 2 ASchG lautet: Paragraph 73, Absatz 2, ASchG lautet:

"(2) Als Sicherheitsfachkräfte dürfen nur Personen bestellt werden, die die erforderlichen Fachkenntnisse gemäß § 74 nachweisen." "(2) Als Sicherheitsfachkräfte dürfen nur Personen bestellt werden, die die erforderlichen Fachkenntnisse gemäß Paragraph 74, nachweisen."

§ 74 Abs 1 und 4 ASchG lautet: Paragraph 74, Absatz eins und 4 ASchG lautet:

"Fachkenntnisse der Sicherheitsfachkräfte

(1) Die erforderlichen Fachkenntnisse sind durch ein Zeugnis über den erfolgreichen Abschluß einer vom Bundesminister für Arbeit und Soziales anerkannten Fachausbildung nachzuweisen.

(4) Zur Fachausbildung sind nur Personen zuzulassen, die über ausreichende Grundkenntnisse auf technischem Gebiet und ausreichende betriebliche Erfahrungen verfügen. Personen, die diese Grundkenntnisse nicht durch den erfolgreichen Abschluß einer geeigneten Ausbildung nachweisen, dürfen erst nach erfolgreicher Ablegung einer Aufnahmeprüfung zur Fachausbildung zugelassen werden."

§ 7 der Verordnung über die Fachausbildung der Sicherheitsfachkräfte und die Besonderheiten der sicherheitstechnischen Betreuung für den untertägigen Bergbau (SFK-VO), BGBl. II Nr. 277/1995, lautet: Paragraph 7, der Verordnung über die Fachausbildung der Sicherheitsfachkräfte und die Besonderheiten der sicherheitstechnischen Betreuung für den untertägigen Bergbau (SFK-VO), Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 277 aus 1995,, lautet:

"Zulassung zur Fachausbildung

§ 7. (1) Zur Fachausbildung sind Personen zuzulassen, die Paragraph 7, (1) Zur Fachausbildung sind Personen zuzulassen, die

1. 1.Ziffer eins

ein Hochschulstudium oder Fachhochschulstudium einer technischen oder naturwissenschaftlichen Studienrichtung erfolgreich abgeschlossen haben, oder eine Reifeprüfung an einer höheren technischen Lehranstalt erfolgreich abgelegt haben, oder nach gewerberechtlichen Vorschriften eine Meisterprüfung oder den erfolgreichen Abschluß einer Werkmeisterschule nachgewiesen haben oder eine vergleichbare Ausbildung absolviert haben und

2. 2.Ziffer 2

eine mindestens zweijährige, dieser Ausbildung entsprechende betriebliche Tätigkeit ausgeübt haben.

(2) Sonstige Personen dürfen zur Fachausbildung zugelassen werden, wenn sie

1. 1.Ziffer eins

eine mindestens vierjährige betriebliche Tätigkeit ausgeübt haben und

2. 2.Ziffer 2

durch Ablegung einer Aufnahmeprüfung an der Ausbildungseinrichtung nachgewiesen haben, daß sie über ausreichende Grundkenntnisse auf technischem Gebiet verfügen."

Voraussetzung für die Tätigkeit als Sicherheitsfachkraft sind somit bestimmte Kenntnisse auf technischem Gebiet.

§ 22 Abs 1 und 3 BVergG 2006 lauten: Paragraph 22, Absatz eins und 3 BVergG 2006 lauten:

"(1) Leistungen können gemeinsam oder getrennt vergeben werden. Eine getrennte Vergabe kann in örtlicher oder zeitlicher Hinsicht, nach Menge und Art der Leistung oder im Hinblick auf Leistungen verschiedener Handwerks- und Gewerbegebiete oder Fachrichtungen erfolgen. Für die Gesamt- oder getrennte Vergabe von Leistungen sind wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte, wie zB die Notwendigkeit einer einheitlichen Ausführung und einer eindeutigen Gewährleistung, maßgebend.

(3) Die Wahl zwischen der Vergabe eines einzigen Auftrages oder die Vergabe mehrerer getrennter Aufträge darf nicht mit der Zielsetzung erfolgen, die Anwendung dieses Bundesgesetzes zu umgehen."

Es ist somit gem § 22 BVergG 2006 unzulässig, aus wirtschaftlichen oder technischen Gesichtspunkten zusammengehörige, dh. gleichartige Aufträge zu "splitten" um die Anwendung dieses Bundesgesetzes zu umgehen. Ausgangspunkt für die Beurteilung der Gleichartigkeit ist das jeweilige Fachgebiet im Sinn eines Berufszweiges in dem die Dienstleistung erbracht wird (vgl. Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² (2005) 75ff). Voraussetzung für die Tätigkeit als Arbeitsmediziner ist gem. § 79 Abs 2 ASchG die Befähigung zur selbständigen Ausübung des ärztlichen Berufes sowie eine arbeitsmedizinische Ausbildung. Voraussetzung für die Tätigkeit als Sicherheitsfachkraft sind gem. § 74 Abs 4 ASchG iVm. § 7 SFK-VO jedoch bestimmte Kenntnisse auf technischem Gebiet. Daher ist eine Gleichartigkeit der Fachgebiete im gegenständlichen Fall nicht gegeben, weshalb eine gemeinsame Vergabe der arbeitsmedizinischen Leistungen und der Leistungen der Sicherheitsfachkraft nicht erforderlich war. Die Tatsache, dass die Auftraggeberin für beide Vergabeverfahren jeweils andere Unternehmen zur "Legung eines Angebotes" eingeladen hat und die Tatsache, dass die Auftraggeberin in beiden Vergabeverfahren die jeweiligen Dienstleistungen für alle ihre Standorte ausgeschrieben hat, spricht auch dafür, dass hier keine Umgehungsabsicht iSd. § 22 Abs 3 BVergG 2006 vorliegt. Der Schwellenwert für die Direktvergabe wurde deshalb nicht überschritten.

Auch geht das Vorbringen der Antragstellerin, wonach die ASFINAG Service GmbH eine gemeinsame Ausschreibung dieser beiden Dienstleistungen für den gesamten ASFINAG Konzern durchführen hätte müssen ins Leere, da es keine Rechtsgrundlage für eine zwingend notwendige gemeinsame Vergabe von Leistungen durch verbundene Unternehmen gibt.

Die von der Antragstellerin beantragte Vorlage der Ausschreibungsunterlagen für Präventivfachkräfte im Bereich arbeitsmedizinischer Leistungen und der Leistungen der Sicherheitsfachkräfte der Asfinag Service Gesellschaften Nord und Süd zum Beweis dafür, dass die Leistungen sowohl im Umfang als auch im Text der Ausschreibungen ident sind, war mangels Relevanz für den gegenständlichen Fall nicht erforderlich.

4. Gebührenersatz durch den Auftraggeber

§ 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006 lauten Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006 lauten:

"§ 319. (1) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird." § 319. (1) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. 1.Ziffer eins
dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag)

stattgegeben wird und

1. 2.Ziffer 2

dem Antrag auf einstweilige Verfügung

stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde."

Da dem Hauptantrag nicht stattgegeben wurde, war gemäß § 319 BVergG 2006 dem Auftraggeber der Gebührenersatz nicht aufzuerlegen. Da dem Hauptantrag nicht stattgegeben wurde, war gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 dem Auftraggeber der Gebührenersatz nicht aufzuerlegen.

Zuletzt aktualisiert am

10.05.2010

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