

TE Bwvg Erkenntnis 2021/12/28 W139 2242607-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.12.2021

Entscheidungsdatum

28.12.2021

Norm

AZG §1

AZG §10

BVergG 2018 §12 Abs1

BVergG 2018 §151

BVergG 2018 §2 Z15

BVergG 2018 §2 Z5

BVergG 2018 §20 Abs1

BVergG 2018 §327

BVergG 2018 §328 Abs1

BVergG 2018 §333

BVergG 2018 §342 Abs1

BVergG 2018 §344 Abs1

BVergG 2018 §347 Abs1

BVergG 2018 §79

B-VG Art133 Abs4

B-VG Art133 Abs9

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

Spruch

W139 2242607-2/30E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Kristina HOFER als Vorsitzende sowie Mag. Jirina RADY als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Christoph WIESINGER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Antrag der XXXX , vertreten durch Frieders Tassul & Partner Rechtsanwälte, Stadiongasse 6-8, 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren „Sicherheitsdienstleistungen Albertina (Abschluss von

Rahmenverträgen in zwei Losen über die Unterstützung des Sicherheitsdienstes in der Albertina), Los 1“ der Auftraggeberin Albertina Wissenschaftliche Anstalt öffentlichen Rechts, vertreten durch Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien, zu Recht erkannt:

A)

Dem Antrag, „das Bundesverwaltungsgericht möge die angefochtene gesondert anfechtbare Entscheidung vom 11.05.2021 für nichtig erklären“, wird stattgegeben.

Die Entscheidung der Albertina Wissenschaftliche Anstalt öffentlichen Rechts vom 11.05.2021, der XXXX in Los 1 des Vergabeverfahrens „Sicherheitsdienstleistungen Albertina (Abschluss von Rahmenverträgen in zwei Losen über die Unterstützung des Sicherheitsdienstes in der Albertina)“ den Zuschlag erteilen zu wollen, wird für nichtig erklärt.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 iVm Abs 9 B-VG nicht zulässig.

Text

Begründung:

I. Verfahrensgang:

1. Am 20.05.2021 stellte die Antragstellerin die gegenständlichen Anträge ein Nachprüfungsverfahren gemäß §§ 342ff BVergG 2018 einzuleiten sowie die gesondert anfechtbare Entscheidung vom 11.05.2021 für nichtig zu erklären, verbunden mit den Anträgen auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Einsicht in den gesamten Vergabeakt der Auftraggeberin, Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung sowie auf Gebührenersatz der von ihr entrichteten Pauschalgebühren.

Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus:

Das betreffende Vergabeverfahren „Sicherheitsdienstleistungen Albertina“ habe den Abschluss von Rahmenverträgen in zwei Losen über die Unterstützung des Sicherheitsdienstes in der Albertina zum Gegenstand, wobei der bestehende interne Sicherheitsdienst unter anderem im Bereich der Sicherheitszentrale der Albertina sowie bei Veranstaltungen in Funktion der Oberaufsicht tätig sei. Zur Überbrückung personeller Engpässe bei der Besetzung der Sicherheitszentrale (Los 1) und zur Unterstützung bei Veranstaltungen (Los 2) werde ein externer Sicherheitsdienstleister gesucht. Die je Los zu vergebenden Rahmenverträge sollten für die Dauer von fünf Jahren mit der Option auf zweimalige Verlängerung um jeweils 12 Monate abgeschlossen werden.

Die Auftraggeberin habe das Verfahren gemäß § 151 Abs 1 BVergG zur Vergabe von besonderen Dienstleistungen iSd Anhang XVI Kategorie L in Anlehnung an ein offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die Vergabe erfolge gemäß dem Bestbieterprinzip, wobei der Preis mit 70% und die Qualität mit 30% gewichtet seien. Innerhalb des Qualitätskriteriums erfolge die Gewichtung einerseits hinsichtlich der Personalkompetenz und andererseits hinsichtlich des Unternehmenskompetenz-Konzepts zu gleichen Teilen.

Mit Schreiben vom 11.05.2021 der Auftraggeberin sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass die Auftraggeberin beabsichtige, den Zuschlag in Los 1 des Vergabeverfahrens „Sicherheitsdienstleistungen Albertina“ über den Abschluss von Rahmenverträgen über die Unterstützung des Sicherheitsdienstes in der Albertina der Mitbieterin XXXX, mit einer Gesamtpunktzahl von XXXX zu erteilen.

Das Angebot der Antragstellerin sei mit XXXX Punkten bewertet worden und sei an dritter Stelle gereiht. Bei gesetzes- und ausschreibungskonformer Durchführung des Vergabeverfahrens wäre sowohl das Angebot der präsumtiven Bestbieterin als auch das der zweitgereihten Bieterin auszuschneiden gewesen, sodass dem Angebot der Antragstellerin der Zuschlag in Los 1 erteilt hätte werden müssen. Aus diesem Grund habe die Antragstellerin auch als drittgereichte

Bieterin ein erhebliches Interesse an der Nachprüfung der hiermit angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin und sei daher antragslegitimiert. Die Antragstellerin bezeichnete ihr Interesse am Vertragsabschluss, den ihr drohenden Schaden und die Rechte, in denen sie sich verletzt erachte.

Zur notwendigen Ausscheidung der Angebote der präsumtiven Bestbieterin sowie der zweitgereihten Bieterin führte die Antragstellerin aus, dass sowohl die Bestbieterin als auch die zweitgereichte Bieterin eine Mindestanforderung zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit und somit ein Eignungskriterium nicht erfüllen würden.

Die Bieter müssten über ein aktuelles gültiges Zertifikat der Österreichischen Zertifizierungsstelle für Sicherheitstechnik („ÖZS“) Basisausbildung oder gleichwertig verfügen. Das „ÖZS“-Zertifikat diene dem Nachweis für die Einhaltung der ÖZS Richtlinie für die Zertifizierung von Sicherheitsdienstleistungsunternehmen, der gültigen ÖZS BW2:2019-09-O1. Gemäß der Richtlinie müssten sämtliche in den letzten drei Jahren neu eingetretenen Mitarbeiter (mit wenigen Ausnahmen) eine Basisausbildung Bewachungs-/Sicherheitsdienst absolvieren, wobei diese Basisausbildung samt Prüfung spätestens einen Monat nach Anstellung des jeweiligen Mitarbeiters absolviert werden müsse (nur in Ausnahmefällen innerhalb von zwei Monaten). Die Angebotsbestimmungen würden darüber hinaus explizit verlangen, dass diese Basisausbildung „zumindest für alle neueingetretenen Mitarbeiter der letzten 3 Jahre nachgewiesen werden“ könne. Hierbei handle es sich um ein Eignungskriterium, sodass bei dessen Nichterfüllung das Angebot des jeweiligen Bieters jedenfalls auszuschneiden sei.

Die präsumtive Bestbieterin habe es zumindest im Jahr 2018 unterlassen, sämtliche ihrer neueingetretenen Mitarbeiter zur Basisausbildung anzumelden, sodass dieses für die ÖZS Zertifizierung notwendige Kriterium nicht erfüllt worden sei. Diese Versäumnis sei auch von der Bestbieterin zugestanden worden. Selbst wenn die Mitarbeiter der Bestbieterin in der Folge die Basisausbildung nachgeholt hätten, sei das Erfordernis der ÖZS Richtlinie nicht erfüllt. Eine erst später vorgenommene Schulung könne diesen Mangel nicht heilen, da die betreffenden Mitarbeiter bis zur Absolvierung der Schulung offenkundig ungeschult operativ tätig gewesen seien, wodurch die Qualität der Leistung unter dem vom ÖZS geforderten Niveau geblieben sei. Da bereits einige Mitarbeiter wieder ausgeschieden seien, sei selbst bei Annahme der Sanierbarkeit durch eine später absolvierte Basisausbildung, die Anforderung gemäß der Richtlinie hinsichtlich ungeschult wieder ausgetretener Mitarbeiter unwiederbringlich jedenfalls nicht entsprochen worden. Es bestehe Grund zur Annahme, dass auch im weiteren Zeitverlauf bis zur Angebotsabgabe im gegenständlichen Verfahren nicht sämtliche neu eingetretenen Mitarbeiter fristgerecht eine ÖZS-konforme Basisausbildung samt Prüfung absolviert hätten, wodurch sich die Bestbieterin weiterhin einen Wettbewerbsvorteil verschaffe, indem sie sich Ausbildungskosten erspart oder zumindest einen Stundungseffekt erwirkt habe.

Daher verstoße die angefochtene Entscheidung gegen den vergaberechtlichen Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbes.

Ein ÖZS-Zertifikat werde infolge eines Zertifizierungsaudits ausgestellt und behalte gemäß Punkt 5. der Richtlinie seine Gültigkeit für die Dauer von drei Jahren ab Ausstellungsdatum. Nach dem Kenntnisstand der Antragstellerin erfolge im Rahmen eines Zertifizierungsaudits keine Prüfung der letzten drei Jahre, sondern lediglich eine Prüfung des dem Prüfzeitpunkt vorangegangenen Jahres, weswegen das vorgelegte ÖZS-Zertifikat keinen Beleg für die richtlinienkonforme und ausschreibungskonforme Durchführung der für „alle neu eingetretenen Mitarbeiter der letzten 3 Jahre“ zu absolvierenden Grundausbildung darstelle. Die Vorlage des ÖZS-Zertifikates allein reiche für den Nachweis nach Punkt 4.2.5.1 der Angebotsbestimmungen Teil A1 sohin nicht aus, werde damit doch auch nicht belegt, dass Mitarbeiter, die nach dem letzten Zertifizierungsaudit eingestellt wurden, ordnungsgemäß und fristgerecht die Basisausbildung samt Prüfung absolviert haben. Der gemäß Punkt 4.2.5.1 (b) zu betrachtende Zeitraum „der letzten 3 Jahre“ sei wohl bis zum Beginn des Vergabeverfahrens zu berechnen, da gemäß Punkt 4.1. des Teils A1 der Angebotsbestimmungen sämtliche Eignungskriterien der Bieter während der gesamten Laufzeit des Vergabeverfahrens erfüllt sein müssen. Durch die Auftraggeberin wäre sohin der Nachweis hinsichtlich aller neu eingetretenen Mitarbeiter der letzten drei Jahre zu fordern gewesen. Hierzu würde eine Abfrage der Anmeldungen zur Sozialversicherung für den betreffenden Zeitraum ein zumutbares Mittel darstellen, wodurch ein Abgleich ermöglicht würde.

Hinsichtlich des von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen bewertungsrelevanten Mischstundensatzes sei festzuhalten, dass gemäß Punkt 2.11 der Angebotsbestimmungen A1 sämtliche geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Rechtsvorschriften sowie Bestimmungen der anzuwendenden Kollektivverträge einzuhalten seien.

Gegenständlich seien somit unter anderem die Entlohnungsbestimmungen des Kollektivvertrags für Wachorgane im Bewachungsgewerbe bei der Preiskalkulation zu berücksichtigen. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass die präsumtive Bestbieterin angesichts des deutlich günstigeren Mischstundensatzes in ihrem Angebot nicht sämtliche Lohnkosten berücksichtigt habe.

Gemäß § 22 des anzuwendenden Kollektivvertrags gebühre von 22:00 bis 05:00 Uhr, sohin nur für sieben Stunden, eine Nachtzulage von EUR 0,40 pro Stunde. Zur Ermittlung des Mischstundensatzes laut Formblatt 31.3 sei die Nachtzulage auf acht Stunden zu mitteln, sodass sich EUR 0,35 als pro Stunde zu berücksichtigende Nachtzulage für diese Dienste ergebe.

Weiters seien gemäß Punkt 3.6 des Rahmenvertrags A.2.1 für Los 1 Nachtdienste in der Zeit von 17:45 bis 06:15 zu leisten. Gemäß der Fragebeantwortung zur Frage 1 sei ein Nachtdienst dementsprechend entweder von einer Person durchgehend zu leisten, oder bei einer Dienstübergabe von einem auf einen weiteren Mitarbeiter mit einer 30-minütigen Übergabezeit zu kalkulieren. In die Lohnkosten gemäß dem anzuwendenden Kollektivvertrag für diese Dienste seien somit zusätzlich zwingend entweder die entstehenden zusätzlichen Lohnkosten für eine halbe Stunde Übergabezeit oder zumindest der Überstundenzuschlag von 50% zum Normallohn (gemäß § 10 des Kollektivvertrags inklusive der Nachtzulage nach § 22 des KV) für die 12,5-te Stunde einzukalkulieren, da laut Kollektivvertrag die über 12 Stunden hinausgehende Arbeitszeit mit einem Überstundenzuschlag von 50% auf den Grundlohn der Verwendungsgruppe zu vergüten sei.

Für die Variante mit einer halben Stunde Übergabezeit wären somit an weiteren Lohnkosten gemittelt EUR 0,67 zusätzlich pro Stunde zu berücksichtigen, sodass sich ein Stundenlohn für diese Nachtdienste von EUR 11,68 ergebe.

Für die zweite Variante, in der ein Mitarbeiter durchgehend den 12,5-stündigen Dienst (17:45 bis 06:15 Uhr) verrichte, wäre zumindest der 50%-ige Überstundenzuschlag, der sich gemittelt auf zusätzliche EUR 0,34 pro Stunde belaufe, zu berücksichtigen, sodass sich ein Stundenlohn für Nachtdienste von Montag bis Sonntag, 22:00 — 06:00 Uhr von zumindest EUR 11,35 ergeben müsste.

Sollte sich herausstellen, dass die präsumtive Bestbieterin den Stundenlohn beispielsweise für Nachtdienste Montag bis Sonntag, 22:00 — 06:00 Uhr mit einem geringeren Betrag als EUR 11,35 pro Stunde kalkuliert habe, widerspreche das Angebot der präsumtiven Bestbieterin der Ausschreibung und wäre auch aufgrund dessen auszuschneiden gewesen.

Das Angebot der zweitgereihten Bieterin sei ebenfalls auszuschneiden gewesen, zumal sie ebenfalls den Nachweis der absolvierten Basisschulung durch alle neu eingetretenen Mitarbeiter in den letzten drei Jahren nicht erfülle. Auch hinsichtlich der zweitgereihten Bieterin wäre die Preiskalkulation betreffend die Nachtdienste einer angemessenen Prüfung zu unterziehen gewesen.

Die Entscheidung, die präsumtive Bestbieterin für die Zuschlagserteilung in Aussicht zu nehmen, sei rechtswidrig erfolgt, sodass das gegenständliche Vergabeverfahren mangelhaft und die Antragstellerin in ihrem Recht auf Teilnahme an einem gesetz- und ausschreibungskonformen Vergabeverfahren verletzt sei.

2. Am 26.05.2021 erteilte die Auftraggeberin, allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren.

3. Mit Beschluss vom 27.05.2021 wurde der Antrag, „das Bundesverwaltungsgericht möge durch einstweilige Verfügung der Auftraggeberin Albertina Wissenschaftliche Anstalt öffentlichen Rechts bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den gegenständlichen Nachprüfungsantrag untersagen, das Vergabeverfahren „Sicherheitsdienstleistungen Albertina“ über den Abschluss eines Rahmenvertrages in Los 1 über die Unterstützung des Sicherheitsdienstes in der Albertina fortzusetzen, insbesondere den Zuschlag im Vergabeverfahren in Los 1 zu erteilen bzw. die Rahmenvereinbarung in Los 1 abzuschließen“, wurde dahingehend stattgegeben, als der Auftraggeberin, für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt wurde, im Vergabeverfahren „Sicherheitsdienstleistungen Albertina (Abschluss von Rahmenverträgen in zwei Losen über die Unterstützung des Sicherheitsdienstes in der Albertina), Los 1“ den Zuschlag zu erteilen.

4. Mit Schriftsatz vom 31.05.2021 nahm die Auftraggeberin Stellung und führte aus, dass die Festlegungen der Ausschreibung nicht angefochten und daher bestandsfest seien.

Da die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch über die geforderte technische Leistungsfähigkeit (ÖZS-Zertifizierung) verfüge, sei ihr Angebot nicht auszuschneiden gewesen. Zur Feststellung der technischen Leistungsfähigkeit sei der

objektive Erklärungswert dieser Festlegungen zu ermitteln. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes stecke dabei der äußerste mögliche Wortsinn die Grenze jeglicher Auslegung ab. In diesem Sinn seien daher ausschließlich die in Punkt 4.2.5.1 (b) Teil A1 – Angebotsbestimmungen ausdrücklich definierten Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit der jeweiligen Bieter relevant. Darüberhinausgehende Anforderungen bestünden nicht. Insbesondere werde in dieser Bestimmung nicht verlangt, dass Bieter die Erfüllung der ÖZS-Richtlinie für die Zertifizierung von Sicherheitsdienstleistungsunternehmen nachzuweisen hätten. Die Antragstellerin verkenne, dass die Einhaltung der Vorgaben der ÖZS-Richtlinie gerade nicht Teil der Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit sei. Teil der technischen Leistungsfähigkeit sei vielmehr ausschließlich der Nachweis einer aufrechten Zertifizierung (nach ÖZS oder gleichwertig), einer Basisausbildung für das private Bewachungsgewerbe der Sicherheitsmitarbeiter (samt der Möglichkeit, diese Basisausbildung für alle neu eingetretenen Mitarbeiter der letzten drei Jahre nachweisen zu können) und einer Schulung und Prüfung im Zuge der Basisausbildung durch eine externe Organisation. Eine gemäß ÖZS-Richtlinie zu späte Basisausbildung sei daher nicht ausschreibungswidrig, da in der Ausschreibung lediglich verlangt werde, dass eine Basisausbildung erfolge, ein spezieller Zeitpunkt werde nicht verlangt. Auch eine gemäß ÖZS-Richtlinie verspätete Ausbildung wäre daher als Ausbildung iSd Angebotsbestimmungen zu verstehen.

Entgegen den anfänglichen Behauptungen der Antragstellerin verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin über ein aufrechtes ÖZS-Zertifikat, welches gemeinsam mit dem Angebot vorgelegt worden sei. Dem Zertifikat könne entnommen werden, dass im Zuge des Zertifizierungsaudits im Jahr 2020 der Nachweis erbracht worden sei, dass die Anforderungen der ÖZS-Richtlinie erfüllt seien. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei von der Zertifizierungsstelle folglich „als Sicherheitsdienstleistungsunternehmen mit ÖZS-konformer Ausbildung des Personals zugelassen“ worden. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin seien aus dem Unternehmen bereits ausgeschiedene Personen schon per Definition keine Mitarbeiter mehr, weshalb für diese auch keine Nachweise verlangt werden könnten. Von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin seien der Auftraggeberin daraufhin eine Übersicht der geforderten Mitarbeiter sowie sämtliche Nachweise für deren interne und externe Ausbildung (letztere erfolgte durch die ÖZS) vorgelegt worden. Wie den Nachweisen entnommen werden könne, sei die präsumtive Zuschlagsempfängerin der geforderten Ausbildungsverpflichtung (auch im Jahr 2018) vollumfänglich und rechtzeitig nachgekommen. Auch ausgeschiedene Arbeitskräfte seien vollständig geschult worden.

Nicht nachvollziehbar seien die Ausführungen der Antragstellerin, wonach der an zweiter Stelle gereichte Bieter die technische Leistungsfähigkeit „ebenfalls“ nicht erfülle, zumal dieser der Antragstellerin nicht bekanntgegeben worden sei.

Zur ausschreibungskonformen Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin führte die Auftraggeberin aus, dass die Kalkulation der Antragstellerin verfehlt sei, da die gesetzlichen Ruhepausen gemäß § 2 Abs 1 Z 1 AZG nicht als (zu entlohnende) Arbeitszeit anzusehen seien. Gemäß § 11 Abs 1 AZG gebühre bei einer mehr als sechststündigen Tagesarbeitszeit eine Ruhepause von mindestens einer halben Stunde. Da durch die Bieter keine Überstundenzuschläge zu kalkulieren gewesen seien, ergebe sich für Montag – Sonntag 22:00 – 06:00 ein Stundensatz von EUR 11,01. Hierbei werde die Nachtzulage von EUR 0,40 für den Zeitraum 22:00 bis 05:00 berücksichtigt. Genau dieser korrekte Kollektivvertrags-Kalkulationsansatz sei von sämtlichen Bietern, abgesehen von der Antragstellerin, die die Vorgaben des AZG zur Ruhepause offenbar nicht berücksichtigt habe, im Formblatt B1.3 ausgewiesen worden. Die Behauptung der Antragstellerin, dass bei einer Aufteilung der Dienstzeiten auf zwei Sicherheitsmitarbeiter eine halbe Stunde für die Übergabe zu kalkulieren sei, sei zudem ausschreibungswidrig, zumal die Übergabezeit von der Auftraggeberin ausdrücklich nicht bezahlt werde. Dabei handle es sich um eine bestandsfeste Festlegung. Sollte die Antragstellerin daher in ihrer Kalkulation die Übergabezeit für einen zweiten Mitarbeiter kalkuliert haben, wäre ihr Angebot (auch aus diesem Grund) ausschreibungswidrig und folglich auszuschneiden gewesen.

5. Mit Schriftsatz vom 31.05.2021 nahm die präsumtive Zuschlagsempfängerin zum gesamten Antragsvorbringen der Antragstellerin Stellung und führte aus, dass sie die in der Ausschreibung verlangte Eignung, insbesondere auch die technische Leistungsfähigkeit erfülle. Gemäß 4.1 der Ausschreibungsunterlagen seien sämtliche Nachweise in aktueller Fassung vorzulegen gewesen. Gemäß § 79 Z 1 BVergG 2018 müsse die Eignung beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Daraus ergebe sich, dass jeder Bieter zum Zeitpunkt des Ablaufs der Angebotsfrist über ein gültiges Zertifikat der österreichischen Zertifizierungsstelle für Sicherheitstechnik („ÖZS“) oder gleichwertig verfügen müsse und für alle neu eingetretenen Mitarbeiter der letzten drei Jahre die

Basisausbildung nachgewiesen werden müsse. In der Ausschreibung werde nicht verlangt, dass die Bieter die Erfüllung der ÖZS-Richtlinie für die Zertifizierung von Sicherheitsdienstleistungsunternehmen für 2018 bis 2021 nachzuweisen hätten. Dies stünde auch im Widerspruch zur gebotenen nichtdiskriminierenden Verfassung von Ausschreibungsunterlagen und der Zulassung anderer externer Ausbildungsorganisationen als der ÖZS, nachdem ausdrücklich auch „gleichwertige“ Zertifikate und Ausbildungen zugelassen würden.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe das verlangte ÖZS-Zertifikat nachgewiesen und das Zertifikat bereits mit dem Angebot vorgelegt. Weiters habe sie auch allen in den letzten 3 Jahren eingetretenen Mitarbeitern eine Basisausbildung gemäß ÖZS-Zertifikat oder gleichwertig zukommen lassen. Aus der Ausschreibung ergebe sich lediglich, dass die in den letzten 3 Jahren eintretenden Mitarbeiter eine Basisausbildung gemäß ÖZS-Richtlinie oder gleichwertig absolvieren müssten, dies aber ohne Zeitvorgabe ab ihrem Eintritt. Eine unklare Vorgabe der Ausschreibung sei im Zweifel zugunsten der Bieter auszulegen, sodass die von der Antragstellerin vorgenommene Auslegung jedenfalls unrichtig sei.

Zur behaupteten Unterpreisigkeit gab die präsumtive Zuschlagsempfängerin an, dass sämtliche Lohnnebenkosten einkalkuliert und keine kollektivvertraglichen Mindestlöhne unterschritten worden seien. Bei den Ausführungen der Antragstellerin handle es sich lediglich um Spekulationen über die Kalkulationssätze. Das im Vergabeverfahren bestandsfest gewordene Kalkulationsblatt lasse keinen Raum für diverse von der Antragstellerin angewandte „Varianten“, da die Angebotsstundensätze den dort klar vorgegebenen Leistungszeiten entsprechend abzubilden seien. Die Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei zudem von der Auftraggeberin geprüft und für korrekt beurteilt worden.

6. Mit Schriftsatz vom 10.06.2021 nahm die Antragstellerin erneut Stellung und führte aus, dass deren Ansicht, dass die Einhaltung der ÖZS-Richtlinie nicht gefordert sei, weder mit dem Wortlaut in der Ausschreibung noch mit dem Wesensgehalt des ÖZS-Zertifikats in Einklang zu bringen sei. Die Ausstellung des Zertifikates impliziere schließlich die Einhaltung der geltenden ÖZS Richtlinie.

Die Antragstellerin habe nie behauptet, dass die vorgeschriebenen Basisausbildungen nicht durch eine andere (gleichwertige) Stelle erfolgen könnten. Die Ausschreibung sehe jedoch ausdrücklich vor, dass die Basisausbildung „für sämtliche neueingetretenen Mitarbeiter der letzten 3 Jahre nachgewiesen“ werden müsse. Dass dies nur für zum Zeitpunkt der Angebotslegung noch aktive Mitarbeiter gelte, könne der Bestimmung nicht entnommen werden. Durch die Formulierung „neueingetretene Mitarbeiter“ sei offenkundig zu verstehen, dass die Basisausbildung kurzfristig nach Eintritt in das Unternehmen und nicht zu irgendeinem späteren Zeitpunkt zu erfolgen habe. Der Doppelpunkt nach dem Erfordernis des gültigen ÖZS-Zertifikats in Punkt 4.2.5.1. (b) der Ausschreibung diene offenkundig dem Zweck, die nachfolgenden Bestimmungen zumindest als Konkretisierung bzw. Angabe der durch das Zertifikat zu belegenden Mindestanfordernisse zu sehen. Da im Rahmen des Zertifizierungsaudits nur die vergangenen 12 Monate geprüft würden, sei die Regelung, dass die Basisausbildung für alle neueingetretenen Mitarbeiter der letzten drei Jahre nachgewiesen werden müsse, sinnvoll und erforderlich. Die zeitliche Vorgabe, wonach die Basisausbildung binnen einem Monat nach Eintritt zu absolvieren sei, könne ebenso der ÖZS-Richtlinie entnommen werden. Eine „der ÖZS-Richtlinie entsprechende Basisausbildung“ habe dementsprechend auch in zeitlicher Hinsicht den Richtlinienvorgaben zu genügen, sodass diese Vorgabe auch für „gleichwertige“ Ausbildungen gelten müsse. Die diesbezüglichen Ausführungen der Auftraggeberin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin seien un schlüssig.

Angesichts der zahlenmäßig auffallend großen Unterschiede der Schulungen von Mitarbeitern in den Jahren 2018 bis 2019, der Unternehmensgröße der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und der branchenüblichen Personalfluktuation sei offenkundig, dass zumindest im Jahr 2018 jedenfalls nicht alle neueingetretenen Mitarbeiter geschult worden seien sowie, dass der Großteil der betreffenden Mitarbeiter, die nicht in der Zwischenzeit wieder ausgetreten seien, allenfalls frühestens im Laufe des Jahres 2019 nachträglich geschult worden wären. Von einer Rechtzeitigkeit im Sinne der Ausschreibung (und der ÖZS-Richtlinie), könne hier für die betreffenden Mitarbeiter jedenfalls nicht gesprochen werden. Demgemäß erfülle die präsumtive Zuschlagsempfängerin zumindest hinsichtlich der um mehrere Monate verspätet geschulten Mitarbeiter aus dem Jahr 2018 nicht das zitierte Erfordernis der Ausschreibung.

Angemerkt werde, dass es laut Homepage des ÖZS derzeit nur vier Sicherheitsdienstleistungsunternehmen gebe, die nach ÖZS zertifiziert seien. Aufgrund von Branchenkenntnissen gehe die Antragstellerin davon aus, dass die zweitgereichte Bieterin zumindest nicht über eine ÖZS-Zertifizierung verfüge.

Zur Preisgestaltung führte die Antragstellerin aus, dass sich die Fragenbeantwortung zu Frage 1 allein auf die Entlohnung der Auftragnehmerin für die abgerufenen bzw. geleisteten Dienste zum (im Angebot der betreffenden Auftragnehmerin Formblatt B1.2) vereinbarten Stundensatz beziehe. Der Auftraggeberin könnten durch die Antragstellerin etwa für einen Nachtdienst jedenfalls nur 12,5 Stunden zum jeweils vereinbarten Stundensatz laut Formblatt B1.2 verrechnet werden, auch wenn während des Nachtdienstes für die Dauer von einer halben Stunde zum Zweck der Übergabe ein zweiter Mitarbeiter vor Ort sei, woraus sich 13 Mannstunden ergeben würden. Die der Antragstellerin entstehenden Kosten seien jedoch zwingend vollständig in das Kalkulationsblatt (Formblatt B1.3) aufzunehmen, da das Angebot kostendeckend und betriebswirtschaftlich nachvollziehbar sein müsse. Wenn die Antragstellerin eine Übergabe an einen zweiten Mitarbeiter vornehme, müsse sie auch diesen Mitarbeiter nach den kollektivvertraglichen Lohnvorgaben entlohnen und sämtliche arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen einhalten. Dementsprechend müssten im Kalkulationsblatt auch diese Lohnkosten für den zweiten Mitarbeiter während der Dienstübergabezeit berücksichtigt werden, widrigenfalls das Kalkulationsblatt unter der Position (A) „Lohnkosten lt. KV“ (sowie folglich Position (C) „Lohnnebenkosten“) Stundenlohnangaben enthalten würde, die unter den kollektivvertraglich (bzw. gesetzlich) vorgegebenen Ansätzen liegen würden. Die Klarstellung der Auftraggeberin in der Fragebeantwortung zu Frage 1, die halbe Stunde Übergabezeit nicht zu entlohnen, bewirke lediglich, dass seitens der Auftragnehmerin keine zusätzliche halbe Stunde zu den Preisansätzen im Angebot Formblatt B1.2 verrechnet werden dürfe. Die Einpreisung der kollektivvertraglichen Lohnkosten für den zweiten Mitarbeiter für die Übergabezeit in der Kalkulation bewirke jeweils lediglich Kostendeckung, dies im Unterschied zur nicht gestatteten Verrechnung der zusätzlichen halben Stunde an die Auftraggeberin.

Zur gesetzlichen Ruhezeit wird festgehalten, dass gemäß dem Rahmenvertrag (Beilage ./E) die Sicherheitszentrale durchgehend (24 Stunden/Tag) von zumindest einer Person besetzt zu sein habe (Punkt 3.5). In ihrer Fragebeantwortung zu Frage 3 habe die Auftraggeberin weiters angegeben, dass die Ruhepause im Nachtdienst am Arbeitsplatz zu verbringen sei und daher diese Ruhepause auch entlohnt werde. Einem Arbeitnehmer stehe die gesetzliche Ruhepause nach AZG zwingend zu, dieser sei in der Pause von jeder Art der Arbeitsleistung befreit und müsse die Möglichkeit haben, den Arbeitsplatz zu verlassen. Die Bestimmungen des AZG seien zwingend, sodass auch die Entlohnung der Ruhepause nichts daran zu ändern vermag, dass dem Mitarbeiter die Möglichkeit eingeräumt werden müsse, die Pause auch tatsächlich zu konsumieren. Von zwingenden gesetzlichen Bestimmungen könne durch Angaben in der Ausschreibung bzw. in Fragebeantwortungen nicht rechtswirksam abgewichen werden. Folglich wäre bei Einsatz eines einzigen Mitarbeiters im Nachtdienst die Besetzung der Sicherheitszentrale während seiner halbstündigen Pause nicht gewährleistet, sodass jedenfalls ein weiterer Mitarbeiter während des Nachtdienstes einzusetzen sei. In der Kalkulation sei zwar kein Überstundenzuschlag vorgesehen, weil ein solcher hier nicht zur Anwendung gelange, jedoch zwingend aufgrund der gesetzlichen Regelungen mit einer halbstündigen Übergabezeit zu kalkulieren. Folglich wäre jedes Angebot, das nur mit EUR 11,01 an Lohnkosten für den Nachtdienst kalkuliert habe, auszuschneiden gewesen.

7. Am 14.06.2021 erstattete die Antragstellerin für die am 25.06.2021, 09:30 anberaumte mündliche Verhandlung eine Vertagungsbitte, welcher nicht entsprochen wurde.

8. Mit Schriftsatz vom 17.06.2021 nahm die Auftraggeberin zum gesamten Vorbringen der Antragstellerin Stellung und brachte vor, dass den Ausschreibungsunterlagen weder implizit noch explizit zu entnehmen sei, dass die Einhaltung der ÖZS-Richtlinie gefordert sei. Selbst eine ÖZS-Zertifizierung, über welche die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Übrigen ohnedies verfüge, werde lediglich als eine mögliche Nachweisführung genannt und würden gleichwertige Alternativen ausdrücklich zugelassen. Daraus könne keine zwingende Anwendung der ÖZS-Richtlinie abgeleitet werden. Die Gleichwertigkeitskriterien seien taxativ unter Punkt 4.2.5.1. (b) im Teil A1 Angebotsbestimmungen (idF berichtigt am 13.04.2021) angeführt. Die Kriterien seien eine externe Ausbildung zu Recht, Notfall, Sicherheitstechnik, Brandschutz, Konfliktmanagement und Erste Hilfe sowie eine Fachausbildung, welche mit einer schriftlichen Prüfung zu enden habe und eine Ausbildungsdauer von mindestens 24 Stunden bzw. 3 Tagen.

Zur geforderten Basisausbildung führte die Auftraggeberin aus, dass die Anforderung nur für aktive Mitarbeiter gelte, da ein „ehemaliger“ Mitarbeiter nicht mehr im Unternehmen beschäftigt bzw. für das Unternehmen tätig sei. Neben datenschutzrechtlichen Bedenken würde die Prüfung der Basisausbildung ehemaliger Mitarbeiter zudem einen nicht zu rechtfertigenden, unverhältnismäßigen Prüfaufwand zur Folge haben, welcher keinen Mehrwert für die

Auftraggeberin hätte. Auch ein angenommener Zeitpunkt der Absolvierung der genannten Basisausbildung könne der Ausschreibung weder implizit noch explizit entnommen werden. Die Ausschreibung enthalte keinerlei Vorgaben zum konkreten Zeitpunkt der Durchführung der Basisausbildung.

Zur angeblichen Nichterfüllung der Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin führte die Auftraggeberin aus, dass sie eine verhältnismäßige und keine detektivische Angebotsprüfung durchzuführen habe. Eine überschießende, detektivische Überprüfung, würde bei weitem die Prüfungserfordernisse überspannen und stünde im Widerspruch zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe ausreichende Nachweise hinsichtlich ihrer Eignung vorgelegt.

Zur Preisgestaltung gab die Auftraggeberin an, dass die Antragstellerin von einer falschen Grundannahme hinsichtlich des im Kalkulationsblatt auszupreisenden Stundenlohns ausgehe. Im Kalkulationsblatt seien die Lohnkosten für je eine Stunde, welche in die angeführten Zeitspannen falle, anzugeben gewesen. Etwaige darüberhinausgehende Zeiträume seien schon vom Wortsinn der angegebenen Zeiträume nicht umfasst. Dass der durchschnittlich fachkundige Bieter diese Festlegung genau so verstanden habe, zeige sich daran, dass bis auf die Antragstellerin sämtliche Bieter diese Festlegung genau so interpretiert hätten. Für den von der Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag angeführten Nachtdienst von 22:00 Uhr bis 06:00 Uhr seien sohin ausschließlich die Lohnkosten für eine Stunde in diesem Zeitraum auszupreisen gewesen und nicht von 17:45 Uhr bis 6:15 Uhr. Für den Zeitraum Montag – Sonntag, 22:00 Uhr bis 06:00 Uhr, betrage der KV-Ansatz EUR 11,01 und nicht mindestens EUR 11,35 oder EUR 11,68, wie die Antragstellerin meine. Aufgrund der bestandsfesten Festlegung der Auftraggeberin, wonach die 30 Minuten für die Übergabe innerhalb einer Schicht nicht durch die Auftraggeberin bezahlt würden, hätten diese 30 Minuten auch nicht aliquotiert in den KV-Ansatz eingerechnet werden dürfen. Ein aliquotierter Aufschlag für die Übergabe innerhalb einer Schicht beim KV-Ansatz würde dazu führen, dass die Übergabe durch die Auftraggeberin auch dann zu bezahlen wäre, wenn diese halbe Stunde nicht explizit in der Stundenaufstellung des Auftragnehmers aufscheinen sollte. Dies widerspreche eindeutig der klaren und bestandsfest gewordenen Festlegung der Auftraggeberin. Dementsprechend seien auch nur solche Angebote ausschreibungskonform, welche die Übergabezeit innerhalb einer Schicht nicht in den KV-Ansatz eingerechnet hätten. Die behauptete Rechtswidrigkeit gehe ins Leere, zumal, selbst wenn dies zuträfe, sich ein öffentlicher Auftraggeber (und der jeweilige Bieter) gemäß der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch an rechtswidrige Festlegungen halten müsste, sofern diese bestandsfest würden.

Zur vorgebrachten gesetzlich einzuhaltenden Ruhezeit gelten die gleichen Ausführungen, wie hinsichtlich der Übergabe einer Schicht. Falls die Antragstellerin diese Festlegung für rechtswidrig halten sollte, hätte sie diese vor Ablauf der Präklusionsfrist anfechten müssen.

9. Mit Schriftsatz vom 17.06.2021 nahm die präsumtive Zuschlagsempfängerin zum gesamten Vorbringen der Antragstellerin Stellung und brachte vor, dass die bestandsfest gewordene Ausschreibung im Detail komplex, jedoch nicht zu Lasten der Bieter auszulegen sei. Wiederholend verwies sie auf das bereits vorgelegte ÖZS-Zertifikat. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe auch allen in den letzten 3 Jahren eingetretenen Mitarbeitern eine Basisausbildung zukommen lassen, was sich aus den vorgelegten Unterlagen ergebe. Der geforderte Zeitraum der Absolvierung der Basisausbildung innerhalb von einem Monat nach Eintritt, ergebe sich aus der Ausschreibung nicht. Eine Zeitvorgabe sei in den Ausschreibungsunterlagen nicht enthalten. Sohin sei auch das Vorbringen, dass der präsumtiven Zuschlagsempfängerin XXXX, was ausdrücklich bestritten werde, irrelevant.

Zur Preisgestaltung führte die präsumtive Zuschlagsempfängerin an, dass sie der Ausschreibung entsprechend die Lohnkosten laut Kollektivvertrag für die vorgegebenen Zeiten pro Stunde eingefügt und die weiteren Aufschläge und Lohnnebenkosten kalkuliert habe. Sie habe sich an die bestandsfesten Vorgaben und die Kalkulationsgrundlagen gehalten. Die angebotenen Stundensätze würden sämtliche arbeits- und sozialrechtlichen Vorgaben erfüllen und die kollektivvertraglichen Mindestlöhne nicht unterschreiten. Die Argumente der Antragstellerin würden ins Leere gehen, da die konkrete Umsetzung der zu erbringenden Leistungen, welcher Mitarbeiter wann, wie und wo arbeite, der Auftragnehmerin und nicht der Auftraggeberin überlassen sei. Die Auftraggeberin habe explizit die Auspreisung von Stundensätzen verlangt, um die Angebote besser vergleichen zu können. Die tatsächlich erbrachten Leistungen würden aber nicht pauschal, sondern nach tatsächlich geleisteten Stunden abgerechnet. Eine allfällige Pause oder Übergabezeit müsse weder nach Kollektivvertrag, noch nach den ÖZS-Richtlinien, entlohnt oder vergütet werden. Daher seien die allfälligen Pausen und Übergabezeiten auch nicht in die Stundensätze einzukalkulieren gewesen.

10. Mit Schriftsatz vom 21.06.2021 replizierte die Antragstellerin und führte aus, dass das Vorbringen der präsumentiven Zuschlagsempfängerin gänzlich bestritten werde. Die Argumentation der präsumentiven Zuschlagsempfängerin, dass eine allfällige Pause oder Übergabezeit nicht zu entlohnen sei, weil Übergabezeiten gemäß ÖZS-Richtlinien insofern Teil des Arbeitsprozesses wären, als die Übergabezeit beim diensthabenden Mitarbeiter zwar als Arbeitszeit gelte, beim nächstfolgenden Mitarbeiter jedoch als nicht zur bezahlten Arbeitszeit gehörende Arbeitsvorbereitung zu werten sei, sodass die halbe Stunde Übergabezeit für die zweite Person nicht zusätzlich in die Lohnkosten einzukalkulieren wären, sei verfehlt. Richtig sei, dass Arbeitsvorbereitung grundsätzlich nicht zur Arbeitszeit zähle, wobei es sich hinsichtlich der Dauer der Arbeitsvorbereitungszeit prinzipiell um eine dem Dienstgeber obliegende Entscheidung handle. Die genaue Dauer, die der Dienstgeber zur Arbeitsvorbereitung für erforderlich halte und vorgebe, bestimme sich naturgemäß nach dem jeweiligen betreuten Objekt. Im gegenständlichen Fall habe die Auftraggeberin in ihrer Fragebeantwortung zu Frage 1 explizit angeordnet, dass sich zwei einander ablösende Mitarbeiter zwingend eine halbe Stunde überlappen müssten. Demgemäß könne die Dienstgeberin bzw. Auftragnehmerin in diesem Fall nicht frei über die Dauer der Arbeitsvorbereitung disponieren. Jedenfalls jedoch wäre eine halbe Stunde unbezahlte Arbeitsvorbereitungszeit für den Dienstnehmer unzumutbar und damit auch arbeitszeitrechtlich nicht haltbar.

Zu den Lohnkosten für die Übergabezeit gab die Antragstellerin an, dass sämtliche entstehende Lohnkosten einzurechnen gewesen seien. Würden direkte Lohnkosten nicht in die Kalkulation aufgenommen, liege schließlich ein vergaberechtswidriges Angebot vor, wenn dadurch die angebotenen Kosten unter den kollektivvertraglichen Lohnkosten liegen würden. Die Auftraggeberin sei der verfehlten Ansicht, dass auch tatsächlich anfallende Lohnkosten für eine von ihr selbst angeordnete Übergabezeit auf ihren Wunsch hin kalkulatorisch nicht zu berücksichtigen wären. Hilfsweise stütze sie sich dabei nunmehr auf die Bestandsfestigkeit der Ausschreibung, die auch hinsichtlich rechtswidriger Festlegungen zu berücksichtigen sei. Aufgrund der Unklarheit habe die Antragstellerin die Frage 1 laut Fragebeantwortung gestellt. Aus der Antwort der Auftraggeberin habe sich für die Antragstellerin eindeutig ergeben, dass die halbe Stunde Übergabezeit nur nicht als zusätzliche halbe Stunde zum angebotenen Stundensatz durch die Auftragnehmerin in ihrer jeweiligen Aufstellung für erbrachte Leistungen verrechnet werden dürfe, nicht jedoch, dass es sich hierbei um eine Vorgabe dahingehend handle, dass die kollektivvertragliche Entlohnung für die Arbeitszeit eines Mitarbeiters der jeweiligen Auftragnehmerin bzw. Bieterin hinsichtlich der angeordneten Übergabezeit nicht in die (Lohnkosten-)Kalkulation aufgenommen werden dürfe. Die sich aus der Fragebeantwortung ergebende gewünschte Vorgangsweise sei sohin sehr wohl im Sinne der Argumentation bzw. Kalkulation der Antragstellerin mit den angebotenen Lohnkosten rechtskonform umsetzbar, sodass kein Anlass bestanden habe, die Ausschreibung in diesem Punkt wegen Rechtswidrigkeit anzufechten. Die nunmehr geäußerte Rechtsansicht der Auftraggeberin, dass tatsächlich entstehende Lohnkosten für die rechtskonforme Durchführung ihrer Vorgaben nicht in den angebotenen Stundensatz für Nachtdienste Montag — Sonntag, 22:00 — 06:00 Uhr, einkalkuliert werden dürften, bewirke somit keine Bestandsfestigkeit der Ausschreibung in der von der Auftraggeberin gemäß ihrem Vorbringen intendierten Weise, an die sich Bieter in rechtswidriger Weise zu halten hätten. Bei den hier strittigen Kosten für die halbe Stunde Übergabezeit, in der sich die Dienste zweier einander ablösender Mitarbeiter auf Wunsch der Auftraggeberin überlappen sollten, handle es sich lediglich um die halbe Stunde Lohn laut Kollektivvertrag, die der Auftragnehmerin an direkten Lohnkosten tatsächlich entstehen würden und daher jedenfalls in die Kalkulation einzubeziehen seien, widrigenfalls das jeweilige Angebot gegen die einzuhaltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen verstoßen würde und damit vergaberechtswidrig und ausschreibungswidrig wäre. Zwischen der Verrechnung von durch die Auftragnehmerin erbrachten Diensten nach dem vereinbarten Stundensatz und der Verrechnung von direkten Lohnkosten, die im Stundensatz eingepreist seien, bestehe auch vergaberechtlich ein wesentlicher Unterschied. Bei klarer Formulierung, dass es der Vorstellung der Auftraggeberin entspreche, dass sie auch die direkten Lohnkosten für die Übergabezeit nicht bezahlen wolle, hätte die Antragstellerin auf die Rechtswidrigkeit dieser Festlegung hingewiesen bzw. ein diesbezügliches Nachprüfungsverfahren angestrengt. Die (gegenständlich strittige) Position „Lohnkosten lt. KV“ laut Zeile 1 der Kalkulationstabelle im Formblatt 3 1 .3 enthalte lediglich die direkten Lohnkosten (Selbstkosten), die die Auftragnehmerin an ihre Mitarbeiter laut Kollektivvertrag zu bezahlen habe. Diese Kosten seien im Vergabeverfahren nach dem BVergG 2018 zwingend vollständig in der Preiskalkulation des Angebots zu berücksichtigen.

Hinsichtlich der Einhaltung des Arbeitszeitgesetzes ergebe sich aus § 11 Abs 1 AZG, dass im Rahmen des Nachtdienstes von 12,5 Stunden (17:45 bis 06:15 Uhr) dem diensthabenden Mitarbeiter jedenfalls eine Pause von einer halben

Stunde zu gewähren sei, während der er über seine Zeit frei verfügen könne, sodass jedenfalls ein zweiter Mitarbeiter vor Ort sein müsse, der während der Pause des ersten Mitarbeiters vertragskonform die Alarmzentrale besetze. Dieser wiederum habe auf Wunsch der Auftraggeberin bereits eine halbe Stunde vor eigentlichem Dienstantritt zur Übergabe vor Ort zu sein. In dieser halben Stunde hätten beide Dienstnehmer dem Dienstgeber somit zur unmittelbaren Inanspruchnahme zur Verfügung zu stehen und könnten diese nicht über ihre Zeit frei verfügen, sodass es sich für beide Mitarbeiter um Arbeitszeit handeln würde. Diese halbe Stunde sei auch dem ablösenden Dienstnehmer zwingend zu entlohnen und damit in ausschreibungs- und vergabekonformer Weise in die Stundensatzkalkulation für den betreffenden Dienst aufzunehmen gewesen. Die Auftraggeberin habe gemäß Punkt 2.11 der Ausschreibungsbedingungen auch ausdrücklich auf die Berücksichtigung der arbeits- und sozial rechtlichen Rechtsvorschriften bei der Erstellung des Angebotes hingewiesen. Klarstellend werde festgehalten, dass es für die, wenngleich von der Auftraggeberin bevorzugte, durchgängige Besetzung der Sicherheitszentrale im Nachtdienst für eine Dauer von 12,5 Stunden mit nur einer einzigen Person keine arbeitszeitrechtlich zulässige Lösung gebe. Nur durch die die Kalkulation unter Einsatz zweier einander ablösender Mitarbeiter habe jedoch ein rechtskonformes Angebot in Einklang mit den Ausschreibungsunterlagen abgegeben werden können. Dies sei die einzige rechtskonforme Lösung der Vorgabe der Auftraggeberin. Wie aus dem Vorbringen der Auftraggeberin ersichtlich sei, erfülle allein das Angebot der Antragstellerin diese Vorgaben rechtskonform. Sämtliche anderen Angebote seien aus diesem Grund auszuschneiden.

11. In der mündlichen Verhandlung am 25.06.2021 führte die präsumtive Zuschlagsempfängerin aus, dass es sich bei den ausschreibungsgegenständlichen Leistungen um Dienstleistungen im Sinne des § 151 BVerfGG handle, wobei für derartige Verfahren nur die in dieser Bestimmung genannten Normen einschlägig seien, weshalb das Vorbringen der Antragstellerin im Hinblick auf ein postuliertes Ausscheiden der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gänzlich ins Leere gehe, zumal § 151 BVerfGG die Anwendbarkeit des § 141 BVerfGG, sohin die Regelung zum Ausscheiden nicht vorsehe, sodass ein Ausscheiden mangels Rechtsgrundlage überhaupt nicht möglich sei. Es würde auch keine bestandsfesten Festlegungen hinsichtlich des Ausscheidens geben.

Zur Kalkulation der Lohnkosten führte die Auftraggeberin aus, dass der Einsatz von zwei Personen innerhalb von einer Schicht zulässig sei. Da die Zentrale durchgehend besetzt sein müsse, werde zur Einhaltung der Arbeitszeitbestimmungen wohl eine zweite Sicherheitskraft erforderlich sein. Die Auftraggeberin gestand zu, dass sich die vorgegebene Dienstzeit rechtskonform nicht mit nur einer Person bewerkstelligen lasse. Wechsel von Sicherheitskräften innerhalb einer Schicht seien für die Auftraggeberin aus Sicherheitsgründen nicht wünschenswert, das bedeute jedoch nicht, dass gewünscht werde, dass den Sicherheitskräften keine Ruhepause gewährt werde. Beim Einsatz von zwei Mitarbeitern sei klargestellt worden, dass die Übergabezeit von 30 Minuten nicht von der Auftraggeberin bezahlt werde, sodass diese Kosten in der Kalkulation insbesondere bei den direkten Lohnkosten nicht einkalkuliert werden könnten. Dementsprechend sei auf Grund dieser bestandsfesten Festlegung, die keine andere Interpretation zulasse, der Kalkulationsansatz der Antragstellerin, wo diese halbe Stunde offenbar kalkuliert worden sei, ausschreibungswidrig. Diese Form der Kalkulation führe dazu, dass die Kosten für die Übergabe „durch die Hintertür“ der Auftraggeberin verrechnet würden. Nur weil gewisse Kosten von der Auftraggeberin nicht bezahlt würden, bedeute dies nicht, dass die Auftragnehmerin ihrerseits ihre Mitarbeiter nicht entlohnen dürfe. Diese von der Auftraggeberin nicht bezahlten Kosten seien daher vielmehr von der Auftragnehmerin zu tragen. Diese Festlegungen seien bestandsfest und nicht angefochten worden. Befragt zum Widerspruch, dass auch bestandsfest geregelt sei, dass die arbeitsrechtlichen Bestimmungen einzuhalten seien, führte die Auftraggeberin aus, dass die Einhaltung der arbeitszeitrechtlichen Bestimmungen nicht im Widerspruch zur späteren und spezielleren Festlegung der Auftraggeberin stehe, wonach Übergabezeiten nicht bezahlt würden. Der Antragstellerin sei nicht untersagt, die Arbeitskräfte dennoch gesetzeskonform zu entlohnen.

Aus Sicht der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bestünden keinerlei zwingende rechtliche Gründe den Dienst vor Ort von mehr als einer Person pro Schicht durchführen zu lassen. Die Gestaltung der Dienstführung vor Ort sei ausschließlich Sache der Auftragnehmerin. Der Mitarbeiter könnte seine Pause am Dienort konsumieren und arbeitsbereit sein. Das Thema der Arbeitsbereitschaft sei ein Thema, dass zwischen den Vertretern der Arbeitgeberseite und der Arbeitnehmerseite sehr diskutiert werde. Diese Information stütze sich auf die Personalvertretung. Sollte der Mitarbeiter während seiner Pause den Dienort verlassen wollen, stehe eine

kurzfristige Ablösung nicht entgegen. Eine Abfrage von Kosten für Leistungszeiten seien keine Indikation dafür, wie der Mitarbeiter entlohnt werde. Die dort angezogenen Preise müssten lediglich soweit plausibel sein, dass sie auf der Seite des Bieters zumindest Kostendeckung im Auftragsverlauf erwarten lassen würden.

Die Antragstellerin führte aus, dass der Kollektivvertrag nicht das Arbeitszeitgesetz aushebeln könne. Eine verpflichtende Vorgabe, dass ein Mitarbeiter seine Arbeitspause am Dienort zu konsumieren habe, sei rechtswidrig, da der Mitarbeiter berechtigt sein müsse den Arbeitsplatz zu verlassen. Die Auftraggeberin habe klargestellt, dass bei Verrichtung des Dienstes durch mehr als einen Mitarbeiter jeweils eine Übergabefrist von einer halben Stunde nötig sei, in welcher beide Mitarbeiter anwesend seien. Nur durch diese Vorgangsweise könne es zu einer Ablöse eines Mitarbeiters kommen. Die Problematik betreffe lediglich die Nachtdienste, zumal während einer Tagschicht die Mitarbeiter durch hauseigene, qualifizierte Kräfte erfolge. Die qualifizierten Mitarbeiter könnten auch nur durch andere qualifizierte Mitarbeiter abgelöst werden und nicht beispielsweise durch sonstige mobile Kräfte. Die präsumentive Zuschlagsempfängerin kenne offenkundig die Unterscheidung zwischen einer Ruhepause gemäß AZG und einem Anwesenheitsbereitschaftsdienst gemäß Kollektivvertrag nicht. Hinsichtlich der Übergabe der Tag- und Nachtschicht führte die Antragstellerin aus, dass die überlappenden Dienstzeiten von Tag- auf Nachtdienste und von Nacht- auf Tagdienste, sehr wohl von der Auftraggeberin bezahlt würden. Da diese Überlappungen zweimal täglich stattfinden würden und dies von der Auftraggeberin bezahlt werde, würden sich ihre Ausführungen hinsichtlich der Übergabezeit innerhalb des Nachtdienstes damit widersprechen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen (Sachverhalt):

Aufgrund der vorliegenden Stellungnahmen, der bezugnehmenden Beilagen, der vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Albertina Wissenschaftliche Anstalt öffentlichen Rechts (in der Folge auch Auftraggeberin) schrieb die gegenständliche Leistung „Sicherheitsdienstleistungen Albertina (Abschluss von Rahmenverträgen in zwei Losen über die Unterstützung des Sicherheitsdienstes in der Albertina)“, Los 1, in Anlehnung an ein offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach Maßgabe der gemäß § 151 BVergG 2018 idgF anwendbaren Bestimmungen und Regelungen im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip aus. Die Bekanntmachung zum gegenständlichen Vergabeverfahren wurde am 26.03.2021 ans Amtsblatt der Europäischen Union zur Veröffentlichung versendet und am 31.03.2021 zur Zahl 2021/S 063-160301 im Supplement zum Amtsblatt veröffentlicht. Die nationale Bekanntmachung der Kerndaten erfolgte am 28.03.2021 im Unternehmensserviceportal. Die Ausschreibung blieb unangefochten.

Die Ausschreibungsunterlagen lauten auszugsweise wie folgt:

Teil A1 Angebotsbestimmungen:

„1.3 Gegenstand der Beschaffung

Gegenstand der Beschaffung ist die Erbringung von internen Sicherheitsdienstleistungen für die Albertina in zwei Losen.

Der interne Sicherheitsdienst ist

- unter anderem im Bereich der Sicherheitszentrale (Tagdienst) der Albertina (Los 1) sowie
- bei Veranstaltungen (Los 2)

in Funktion der Oberaufsicht tätig.

Zur Überbrückung personeller Engpässe (etwa aufgrund von urlaubsbedingten oder krankheitsbedingten Abwesenheiten) bei der Besetzung der Sicherheitszentrale und zur Unterstützung bei Veranstaltungen sucht die Auftraggeberin einen externen Sicherheitsdienstleister (kurz „Auftragnehmer“).

Ziel und Gegenstand des Vergabeverfahrens ist der Abschluss eines Vertrags (je Los) zur Erbringung von Sicherheitsdienstleistungen zur Unterstützung des internen Sicherheitsdienstes in der Albertina. Die jeweils zu vergebenden Verträgen sollen für die Dauer von 5 Jahren abgeschlossen werden. Die Auftraggeberin hat das einseitige

Recht (Option), diesen Vertrag zweimal um jeweils weitere 12 Monate (somit insgesamt um maximal 2 Jahre) zu verlängern. Der geplante Leistungsbeginn ist am 14.07.2021.

Der Auftragnehmer hat keinen Rechtsanspruch auf Abruf der Option und kann aus einem unterbliebenen Abruf dieser Option keinerlei Ansprüche ableiten.

1.3.1 Los 1 – „Sicherheitszentrale“

(a) Leistungsumfang

Die Albertina verfügt über eine Sicherheitszentrale, die durchgehend (24 Stunden) durch entsprechend geschultes Personal zu besetzen ist.

Die Sicherheitszentrale wird hinsichtlich der Sicherheitstechnik von einem externen Dienstleister betreut. Aufgrund erheblicher sicherheitstechnischer Risiken und damit verbundener zwingender sicherheitstechnischer Erfordernisse ist das derzeit die Sicherheitstechnik der Auftraggeberin betreuende Unternehmen zur Angebotslegung in Los 1 nur zugelassen, sofern jene Abteilung, die derzeit mit der Erbringung der sicherheitstechnischen Aufgaben in der Albertina betreut ist, sowohl in organisatorischer als auch in personeller Hinsicht von jener Abteilung, deren Personal im Auftragsfall in Los 1 zum Einsatz kommen würde, getrennt ist. Auf Aufforderung der Auftraggeberin hat der Bieter die entsprechend organisatorische und personelle Trennung nachzuweisen.

Der konkrete Leistungsumfang ergibt sich aus Teil A2.1 – Rahmenvertrag Los 1.

(b) Personalbedarf

Die Sicherheitszentrale wird ausschließlich während des Tagdiensts durch interne Mitarbeiter der Auftraggeberin besetzt; hierfür stehen der Auftraggeberin zwei Mitarbeiter zur Verfügung. Der Nachtdienst ist an 365 (366) Tagen im Jahr durch das Personal des Auftragnehmers zu verrichten. Bei Bedarf (etwa krankheitsbedingtem oder urlaubsbedingtem Ausfall des internen Personals der Auftraggeberin) hat das Sicherheitspersonal des Auftragnehmers zusätzlich auch den Tagdienst zu verrichten.

Unter Berücksichtigung der Dienstarten und Dienstzeiten gemäß Teil A2.1 Rahmenvertrag Los 1 und der bisherigen Erfahrungen kann der Auftragnehmer für Kalkulationszwecke von einem gleichbleibenden Personalbedarf von insgesamt etwa 5000 (Anmerkung 4957 im Jahr 2020) Stunden pro Jahr ausgehen, wovon etwa 170 Stunden während gesetzlicher Feiertage zu erbringen sind.

Für Kalkulationszwecke ist weiters

- für den Nachtdienst von einem ganzjährigen Personalbedarf von 12,5 Stunden /Tag inklusive Pausen an 365 (366) Tage/Jahr pro Jahr sowie
- für den Tagdienst von einem Personalbedarf von 12,5 Stunden inklusive Pause (30 Minuten) täglich an ca. 100 Tagen des Jahres

auszugehen.

[...]

2.2 Art des Vergabeverfahrens, Bekanntmachung, Vergabekontrollbehörde

Es handelt sich bei den zu vergebenden Leistungen um besondere Dienstleistungen gemäß Anhang XVI des Bundesvergabegesetzes 2018 ("BVerG"), Kategorie L, mit einem geschätzten Auftragswert im Oberschwellenbereich.

Das Vergabeverfahren wird in Anlehnung an ein offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach Maßgabe der gemäß § 151 BVerG idgF anwendbaren Bestimmungen und Regelungen geführt. Grundlage des Vergabeverfahrens sind sohin diese Ausschreibungsunterlagen sowie die für die Vergabe von besonderen Dienstleistungen anwendbaren Bestimmungen des BVerG.

Zuständige Vergabekontrollbehörde für die Kontrolle dieses Vergabeverfahrens ist das Bundesverwaltungsgericht (Erdbergstraße 192 - 196, 1030 Wien).

[...]

2.9 Prüf- und Warnpflicht des Bieters

Mit der Abgabe des Angebotes bestätigt der Bieter, dass die Ausschreibungsunterlagen den gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere dem BVergG entsprechen, vollständig sind und alle für die Erstellung und Kalkulation des Angebotes erforderlichen Informationen, Unterlagen und Angaben beinhalten. Weiters bestätigt der Bieter damit, dass die verfahrensgegenständlichen Leistungen für die Beurteilung des Interesses des Bieters an der Teilnahme am gegenständlichen Verfahren sowie für seine Kalkulation hinreichend genau beschrieben sind, er deshalb die voraussichtlich zu erbringenden Leistungen sowie die damit verbundenen Kosten mit der erforderlichen Genauigkeit beurteilen und er sein Angebot ohne Übernahme unkalkulierbarer Risiken kalkulieren konnte.

Hält der Bieter einzelne Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen bzw sonstige Festlegungen der Auftraggeberin für rechtswidrig, unzumutbar oder unüblich, so hat der Bieter die Auftraggeberin davon unverzüglich in Kenntnis zu setzen. Eine Verletzung dieser Warnpflicht durch den Bieter hat zur Folge, dass dieser im Falle einer verspäteten Geltendmachung sämtliche Aufwendungen zu tragen hat, die der Auftraggeberin durch die Geltendmachung entstehen.

Darüber hinaus bestätigt der Bieter mit Angebotsabgabe, dass Irrtümer (insbesondere Kalkulationsirrtümer) sowie Fehleinschätzungen des Bieters hinsichtlich der Erstellung seines Angebots einen Teil seines Unternehmerrisikos darstellen und daher zu seinen Lasten gehen. Der Bieter verzichtet ausdrücklich auf eine Irrtumsanfechtung aus diesen Gründen.

2.10 Widersprüche, Unklarheiten, Vorbehalte, Anfragen

Sollten sich für den Interessenten bei der Prüfung der Ausschreibungsunterlagen Widersprüche, Unklarheiten, Unvollständigkeiten oder sonstige Bedenken gegen die Unterlagen und/oder das darin festgelegte Verfahren und/oder (vermutete) Verstöße gegen Vergabebestimmungen (insbesondere das BVergG) ergeben, so hat er die Auftraggeberin umgehend darauf hinzuweisen und Klarstellung, Ergänzung oder Berichtigung zu verlangen.

Vorbehalte, die im Angebot bzw im Begleitschreiben zum Angebot erklärt werden, sind nichtig und gegenstandslos und können zum Ausscheiden des Angebotes führen. Die Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder ähnlichen Vertragsunterlagen des Bieters wird ausgeschlossen. Diesbezügliche Vorbehalte des Bieters sind gegenstandslos.

Allfällige Widersprüche, Unklarheiten, Unvollständigkeiten oder sonstige Bedenken gegen die Ausschreibungsunterlagen sowie Fragen zum gegenständlichen Vergabeverfahren oder betreffend die Ausschreibungsunterlagen sind umgehend, spätestens bis zum Ende der Fragenfrist (siehe Punkt Wichtige Informationen) an die vergebende Stelle zu richten. Bei später einlangenden Anfragen ist eine rechtzeitige Beantwortung nicht gewährleistet.

Etwaige Anfragen und deren Beantwortungen sind bei der Erstellung der Angebote mit der gleichen Verbindlichkeit wie die Angaben in der Bekanntmachung und in den vorliegenden Ausschreibungsunterlagen zu berücksichtigen.

2.11 Einhaltung arbeits-, sozial- und umweltrechtlicher Bestimmungen

Die Erstellung des Angebots für die (in Österreich zu erbringenden) Leistungen hat unter Berücksichtigung der in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Rechtsvorschriften, der einschlägigen Kollektivverträge sowie der in Österreich geltenden umweltrechtlichen Rechtsvorschriften zu erfolgen.

Die Auftraggeberin weist darauf hin, dass diese Vorschriften ua bei der gesetzlichen Interessensvertretung der Arbeitgeber (Wirtschaftskammer Österreich, 1045 Wien, Wiedner Hauptstraße 63) und der Arbeitnehmer (Bundesarbeiterkammer, 1040 Wien, Prinz-Eugen-Straße 20-22) zur Einsicht aufliegen.

[...]

5.3 Preise und Preisplausibilität

Die Erstellung der Preise erfolgt nach dem Preisangebotsverfahren aufgrund der im Zeitpunkt der Angebotslegung gültigen kollektivvertraglichen Bestimmungen. Der Bieter hat zu diesem Zweck die Formblätter B1.2 und B1.3 (für Los 1) bzw B2.2 und B2.3 (für Los 2) – Angebot vollständig auszuweisen.

Gefordert werden Preise / Stunde in EUR inklusive aller Nebenkosten, Gebühren und Abgaben. Die gesetzliche Umsatzsteuer ist getrennt auszuweisen. Sämtliche Nachlässe oder Preisminderungen sind in die Preise zu inkludieren.

Erklärungen an anderer Stelle, die Auswirkungen auf den Preis haben, werden bei der Bewertung des Angebotes nicht berücksichtigt.

Die in dem jeweiligen Los angebotenen Stundensätze (Preis / Stunde) sind durch vollständiges Ausfüllen der Felder des (der) angebotenen Los(e) im jeweiligen Formblatt auszureisen sowie durch Ausfüllen sämtlicher Positionen des jeweiligen Kalkulationsblatts entsprechend nachzuweisen. Angebote ohne – oder mit einem unvollständig ausgefüllten – Preisblatt sowie Angebote ohne – oder mit einem unvollständig ausgefüllten – Kalkulationsblatt werden ausnahmslos ausgeschlossen. Spekulationsangebote werden ausnahmslos ausgeschlossen.

Die Auftraggeberin behält sich vor, weiterführende Kalkulationsunterlagen nachzufordern.

[...]

6.2 Formale und inhaltliche Prüfung der Angebote

Die fristgerecht eingereichten Angebote werden nach deren Öffnung zunächst von der Auftraggeberin einer formalen und inhaltlichen Prüfung hinsichtlich der Ausschreibungskonformität unterzogen.

Die Auftraggeberin behält sich vor, im Zuge der inhaltlichen und formalen Prüfung Aufklärungsgespräche mit den Bietern zu führen.

[...]

6.3 Ermittlung des Zuschlagsempfängers / Zuschlagskriterien

Der Zuschlag erfolgt je Los gemäß dem Bestbieterprinzip. Den Zuschlag je Los erhält jenes (nicht auszuscheidende) Angebot jenes geeigneten, nicht auszuschließenden Bieters, der das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot abgegeben hat (Bestbieter). Der Rahmenvertrag wird für jedes Los mit einem Auftragnehmer geschlossen.

6.3.1 Zuschlagskriterien Los 1

Die Zuschlagskriterien Los 1 sind wie folgt gewichtet:

Zuschlagskriterien Los 1

max Punkte

Gewichtung

Preis

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at