

TE Verg Bescheid 2010/9/28 N/0067-BVA/02/2010-25

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.09.2010

Norm

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §25 Abs2

BVergG 2006 §129 Abs3

BVergG 2006 §141

BVergG 2006 idF 2010 §318

BVergG 2006 idF 2010 §319

BVergG 2006 idF 2010 §320 Abs1

BVergG 2006 idF 2010 §321

BVergG 2006 idF 2010 §322

BVergG 2006 idF 2010 §324 Abs3

BVergG 2006 idF 2010 §345 Abs14

ABGB §914ff

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 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 141 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 141 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek sowie Mag. Martin

Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen Pleile als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006, in der Fassung BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe "Schulungszentrum Graz (SZG) für Jugendliche", Projektnummer: P 115.970, des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch das Arbeitsmarktservice (AMS) Steiermark, Babenbergerstraße 33, 8020 Graz, über den Antrag der A***, diese vertreten durch X***, vom 6. August 2010, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 9. August 2010, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek sowie Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen Pleile als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe "Schulungszentrum Graz (SZG) für Jugendliche", Projektnummer: P 115.970, des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch das Arbeitsmarktservice (AMS) Steiermark, Babenbergerstraße 33, 8020 Graz, über den Antrag der A***, diese vertreten durch X***, vom 6. August 2010, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 9. August 2010, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt wolle die Entscheidung der Auftraggeberin, das Angebot der Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren `Schulungszentrum Graz (SZG) für Jugendliche` auszuschneiden, für nichtig erklären", wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag, "der Antragstellerin den Ersatz der Gebühren, darin auch den Ersatz der Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, durch die Auftraggeberin binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zuzuerkennen", wird abgewiesen.

Begründung

Die Veröffentlichung der Bekanntmachung zur Auftragsvergabe "Schulungszentrum Graz (SZG) für Jugendliche", Projektnummer: P 115.970, des Auftraggebers Arbeitsmarktservice (AMS) Steiermark, Babenbergerstraße 33, 8020 Graz, erfolgte national am 1.2.2010 im Lieferanzeiger zur Wiener Zeitung unter L-468036-0129 sowie europaweit am 3.2.2010 im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften unter 2010/S 23-032905. Laut Bekanntmachung soll der Zuschlag dem wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Zur Vergabe gelangt ein Dienstleistungsauftrag der Dienstleistungskategorie Nr. 24, CPV-Code 80400000. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde zuletzt (mit Bekanntmachungen im Lieferanzeiger zur Wiener Zeitung am 12.5.2010 unter L-473432-0511 und im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften am 15.5.2010 unter 2010/S 94-140086) der 4.6.2010, 12.00 Uhr, festgelegt.

Nach Nichtigerklärung einzelner, zur verfahrensgegenständlichen Ausschreibung gleichlautenden Bestandteile der Ausschreibung im Vergabeverfahren "Schulungs-zentrum Graz (SGZ) für Erwachsene, Projektnummern: Teillos 1: P115.968 und Teillos 2: P 119.261" mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 30.4.2010, GZ N/0019- BVA/04/2010-24, informierte der Auftraggeber die Bieter - so auch die Antragstellerin - zunächst mit e-Mail vom 6.5.2010 über die Änderungen in den Ausschreibungsunterlagen und führte aus, "dass auch nach diesen Änderungen von allen Bietern alle anwendbaren arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften eingehalten werden müssen. Sollte das AMS Steiermark daher bei einem konkreten Angebot zum Schluss kommen, dass bei diesem die Angemessenheit der Preise nicht nachvollziehbar ist oder andere Gründe für eine Preisprüfung vorliegen, wird es dieses Angebot einer vertieften Angebotsprüfung unterziehen."

In einem weiteren e-mail vom 11.5.2010 übersandte der Auftraggeber die "Verdingungsunterlagen" in der bereits abgeänderten Fassung an die Antragstellerin und die übrigen Interessenten und wies nochmals "explizit darauf hin, dass von den Bietern alle anwendbaren arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften einzuhalten sind und das AMS Steiermark sich vorbehält, im Anlassfall (auch) die Angemessenheit der Preise einer vertieften Angebotsprüfung zu unterziehen."

Die geänderten Ausschreibungsunterlagen wurden national am 12.5.2010 und EU-weit am 15.5.2010 veröffentlicht. In der "Ausschreibungsunterlage zur Erstellung eines Angebots (Version 10.05.2010)" wird die Art des verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahrens festgelegt wie folgt:

"Gesetzliche ...

Grundlagen und...

Verfahrensart: Die Vergabe erfolgt in Form des sog. Standardverfahrens des AMS (Ein-stufiges Verfahren in Anlehnung an das offene Verfahren gem. BVergG).

Im Standardverfahren des AMS wird im Rahmen der vorherigen Bekanntmachung eine unbeschränkte Anzahl von Bietern gesucht, die Interesse haben, die geplante(n) Maßnahme(n) durchzuführen und die innerhalb der Angebotsfrist ihre vollständig ausgearbeiteten Angebote einreichen. Die Öffnung der Angebote erfolgt formlos ohne Teilnahme der Bieter durch das AMS.

Nach der Eignungsprüfung und Bewertung der Angebote durch das AMS kann mit dem bestgereihten Bieter über Adaptionen in geringerem Umfang, die den Leistungsgegenstand in seinen wesentlichen Grundzügen nicht verändern, verhandelt werden. In diesem Fall ist ein aufgrund des Verhandlungsergebnisses adaptiertes Letztangebot zu legen. Mit den nächstgereihten Bietern wird nur dann verhandelt, wenn die Verhandlungen mit dem bestgereihten Bieter nicht erfolgreich abgeschlossen werden können.

...

Hinweis:

Nur jene Angebote, die alle folgenden Kriterien erfüllen, werden weiter berücksichtigt:

- -Strichaufzählung
...
- -Strichaufzählung
Den Ausschreibungsunterlagen entsprechendes Angebot
- -Strichaufzählung
..."

Parallel dazu wird in der Vorstandsrichtlinie zur Vergabe von Bildungsmaßnahmen (BM1), gültig ab: 6.05.2010, unter Pkt. 4.18 Verfahrensschritte im Überblick, Pkt. 4.18.1 Standardverfahren (einstufiges Verfahren mit Verhandlungsoption) insbesondere bestimmt:

"Verbale Beschreibung: Im Standardverfahren des AMS wird im Rahmen der vorherigen Bekanntmachung eine unbeschränkte Anzahl von Bietern gesucht, die Interesse haben, die geplante(n) Maßnahme(n) durchzuführen und die innerhalb der Angebotsfrist ihre vollständig ausgearbeiteten Angebote einreichen. Die Öffnung der Angebote erfolgt formlos ohne Teilnahme der Bieter durch das AMS. Nach der Eignungsprüfung und Bewertung der Angebote durch das AMS

- -Strichaufzählung
erfolgt die Zuschlagsentscheidung oder
- -Strichaufzählung
es wird mit dem bestgereihten Bieter über Adaptionen in

geringerem Umfang, die den Leistungsgegenstand in seinen wesentlichen Grundzügen nicht verändern, verhandelt. Ein aufgrund des Verhandlungsergebnisses adaptiertes Letztangebot ist zu legen. Mit den nächstgereihten Bietern wird nur dann verhandelt, wenn die Verhandlungen mit dem bestgereihten Bieter nicht erfolgreich abgeschlossen werden können."

Zur Ermittlung des Bestbieters wird unter Pkt. 4.19.10 insbesondere ausgeführt:

"Ausscheiden von Angeboten

Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat die vergebende Stelle auf Grund des Ergebnisses der Prüfung die folgenden Angebote auszuschneiden:

- -Strichaufzählung

...

- -Strichaufzählung

Angebote, die eine - gegebenenfalls durch eine vertiefte

Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (z.B. spekulative Preisgestaltung) aufweisen;

- -Strichaufzählung

...

- -Strichaufzählung

den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote,....

- -Strichaufzählung

...."

In der Leistungs- / Maßnahmenbeschreibung, P 115.970 (Version 10.05.2010), wird zur Organisationsform der verfahrensgegenständlichen Qualifizierungsmaßnahme unter Pkt. 8 insbesondere bestimmt:

"Die Maßnahme ist sowohl als Vollzeitmaßnahme mit 36 Stunden je Woche (Mo- Do je 8 Stunden, Fr. 4 Stunden vormittags) als auch als Teilzeitmaßnahme mit einem Stundenausmaß von 20 Maßnahmenstunden je Woche (Mo- Fr. je 4 Stunden vormittags) anzubieten (siehe dazu auch Pkt. 3 Kapazitätsverteilung und vorgesehene TeilnehmerInnenanzahl).

...

Die freie Nutzung der Infrastruktur/Ressourcen für eigeninitiierte Stellensuche oder Arbeitsmarktrecherchen, außerhalb der geregelten Maßnahmenstunden, muss von Montag bis Donnerstag im Zeitraum zwischen 8 Uhr bis 16 Uhr gesichert sein.

Unter Pkt. 16. Vorgaben zur Kalkulation, ist insbesondere festgelegt:

"Für die Kalkulation ist zwingend das Formular 'BM Kalkulation/Abrechnung Einheitspreise 03'(ab 2010) ... zu verwenden."

Unter Pkt. 16.1 Personalaufwand TrainerInnen und Maßnahmenstunden TeilnehmerInnen heißt es auszugsweise wie folgt:

"Basierend auf den unter Pkt. 3 angeführten Ganztags- und Halbtagskursplätzen, den unter Pkt. 5 angeführten unterrichtsfreien Zeiten, den Vorgaben zur Organisation und Lage der Maßnahmenstunden und dem durchschnittlichen TeilnehmerInnen:TrainerInnenschlüssel ergeben sich folgende kalkulatorische Vorgaben für die Normwoche (MS = Maßnahmenstunden):

Montag bis Donnerstag:

200 Vollzeitplätze -> 25 Normgruppen (à 8 Personen) und 8 MS pro Gruppe = 200 MS/Tag;

56 Teilzeitplätze -> 7 Normgruppen (à 8 Personen) mit 4 MS pro Gruppe = 28 MS/Tag; insgesamt daher von Montag bis Donnerstag jeweils 228 MS/Tag

Freitag (Unterricht nur 4 Stunden vormittags) :

256 Plätze -> 32 Normgruppen (à 8 Personen) mit 4 MS = 128 MS

Normwoche regulär: 1040 MS

Für den gesamten Maßnahmenzeitraum sind daher 50.048 MS TrainerInnen und ebenso 50.048 TeilnehmerInnen gesamt (Gesamt MSTN) zu kalkulieren.

Achtung: Sämtliche Maßnahmenstunden TrainerInnen sind im Maßnahmenblatt Kalkulation zwingend in der Kategorie "Personalaufwand GruppentrainerInnen" anzuführen und auszupreisen."

Die Angebotsöffnung der insgesamt 3 eingelangten Angebote fand am 4.6.2010 statt. Mit e-mail vom 20.7.2010 ersuchte der Auftraggeber die Antragstellerin zur Aufklärung wie folgt:

"Sie haben in Ihrem Angebot die folgenden TrainerInnen mit folgender Stundenanzahl angeboten und der Kalkulation zu Grunde gelegt:

Auszug Personalübersicht SZG Ju für A***

Name des Trainers/der voraussichtliche Unterrichtsfach

Trainerin		Maßnahmenstunden
XXXXXX	1700	Einstiegs- und
-		Orientierungsphase
-		Outplacementphase
-		Vermittlungs-
-		unterstützung
-		Einzelberatung
-		sozialpädagogische
-		Betreuung
XXXXXX	1700	Einstiegs- und
-		Orientierungsphase
-		Outplacementphase
-		Vermittlungs-
-		unterstützung
-		Einzelberatung
-		sozialpädagogische
-		Betreuung
XXXXXX	1700	EDV-Bereich
XXXXXX	1700	EDV-Bereich
XXXXXX	1700	Technikmodule für
-		Mädchen und junge
-		Frauen
XXXXXX	1700	Verkauf/Handel
XXXXXX	1700	Lager
XXXXXX	1700	Kaufmännischer
-		Bereich
XXXXXX	1700	Persönlichkeits-
-		bildung
XXXXXX	1700	Englisch
XXXXXX	1700	Sprachen - Deutsch
-		für Ausländerinnen

Ich ersuche Sie in diesem Zusammenhang um nachvollziehbare Aufklärung/Plausibilisierung, wie sich die jeweilige Gesamtstundenleistung der aufgelisteten einzelnen TrainerInnen zusammensetzt und hierbei vor allem um Erläuterung, in welcher Weise dabei die durch die Ausschreibung festgelegten Rahmenbedingungen (z.B. Vorgaben zu Ausmaß und Lage der Maßnahmenstunden pro Woche) und die arbeits- und sozialrechtlichen Vorgaben berücksichtigt worden sind. Dazu sind in einem auch alle dazu vorhandenen Nachweise vorzulegen."

Innerhalb der auf Wunsch der Antragstellerin erstreckten Frist legte diese mit e-mail Mitteilung vom 23.7.2010 eine sog. "Plausibilisierung der Zusammensetzung der Gesamtstundenleistung" vor. Darin heißt es insbesondere wie folgt:

"In weiterer Folge sind wir davon ausgegangen, dass sich erfahrungsgemäß vor allem im Bereich Vermittlungsunterstützung/Outplacement sowie Einzelcoaching auch außerhalb der Unterrichtszeiten (Montag - Donnerstag 8:00 bis 12:00 und 13:00 bis 17:00 sowie Freitag 8:00 bis 12:00 Uhr) ein flexibler Unterstützungsbedarf ergibt (z.B. Herstellen von Firmenkontakten für den/die Teilnehmerin, rasches Reagieren auf einen Personalbedarf auch außerhalb des Gruppenunterrichts etc.).

Aus diesem Grund stehen unsere TrainerInnen (Werkvertrag, freie DienstnehmerInnen) für Einzelcoaching sowie die Nachbetreuung flexibel - das bedeutet, auch außerhalb der Unterrichtszeiten (Montag -Donnerstag 8:00 bis 12:00 und 13:00 bis 17:00 sowie Freitag 8:00 bis 12:00 Uhr) - zur Verfügung. Um flexible Termine u. a. für die Einzelcoachings sowie die Nachbetreuung zu ermöglichen, haben wir mit den Öffnungszeiten des Bewerbungsbüros, welches täglich (Montag bis Freitag von 8:00 bis 16:00) geöffnet ist, die Möglichkeit geschaffen, diese auch an Freitagen nachmittags anbieten zu können.

Somit erklärt sich, dass TrainerInnen des Bereiches "Einstiegs- und Orientierungsphase/Outplacementphase/Vermittlungsunterstützung/Einzelberatung /sozialpädagogische Betreuung", welche auf Basis eines Werkvertrages oder als freie DienstnehmerInnen tätig sind, gegebenenfalls auch mehr Stunden pro Woche und somit auch über den gesamten Projektzeitraum leisten."

Mit e-mail Mitteilung vom 30.7.2010 gab der Auftraggeber die Ausscheidensentscheidung betreffend das Angebot der nunmehrigen Antragstellerin bekannt. Darin wird insbesondere ausgeführt:

"Die Beschäftigung dieser TrainerInnen in der von Ihnen vorgesehenen Weise entspricht jedenfalls nicht den geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen. Das Angebot Ihrer Bietergemeinschaft ist somit bereits aus diesem Grund zwingend auszuschneiden.

...

...hinsichtlich des unlauteren Wettbewerbsvorteils ist zu sagen:

Durch die Nichtbeachtung der arbeits- und sozialrechtlichen Vorgaben konnten Sie die vorgegebene Zahl von 50.048 Maßnahmenstunden im Rahmen der Angebotslegung mit wesentlich weniger TrainerInnen abdecken als dies bei korrekter arbeits- und sozialrechtlicher Beschäftigung möglich gewesen wäre.

Hinsichtlich der von Ihnen eingebrachten Erklärung, dass TrainerInnen bestimmter Bereiche durch eine Öffnung des sog. Bewerbungsbüros über die vorgegeben Maßnahmenstunden pro Woche am Freitagnachmittag 'gegebenenfalls auch mehr Stunden pro Woche und somit auch über den gesamten Projektzeitraum' leisten können, sei angemerkt, dass dies zum einen eine Abweichung von den vorgegebenen Rahmenbedingungen zu Lage und Ausmaß der wöchentlichen MS TrainerInnen darstellt und zum anderen diese Stunden unter Beachtung der technischen Maximalgrenze von 36 MS pro Woche und TrainerIn von den TrainerInnen gar nicht leistbar wären, ohne dass diese Stunden im Rahmen der Umsetzung der zwingend zu kalkulierenden wöchentlichen MS TrainerInnen fehlen würden. Insofern liegt auch in dieser Hinsicht ein nicht ausschreibungskonformes Angebot vor".

Mit Schriftsatz vom 6.8.2010, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 9.8.2010, brachte die A***, diese vertreten durch X*** (idF Antragstellerin), einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 30.7.2010 und auf Ersatz der Pauschalgebühren, wie im Spruch wiedergegeben, ein. Gleichzeitig wurde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung begehrt. Mit Schriftsatz vom 6.8.2010, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 9.8.2010, brachte die A***, diese vertreten durch X*** in der Fassung Antragstellerin), einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 30.7.2010 und auf Ersatz der Pauschalgebühren, wie im Spruch wiedergegeben, ein. Gleichzeitig wurde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung begehrt.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 16.8.2010, N/0067- BVA/02/2010-EV6, wurde dem Auftraggeber für die Dauer des gegenständlichen Nach-prüfungsverfahrens untersagt, das streitgegenständliche Vergabeverfahren fortzusetzen, insbesondere mit dem ermittelten Bestbieter bzw. den nachgereichten Bietern Verhandlungen zu führen.

In verfahrenseinleitenden Schriftsatz führte die Antragstellerin begründend im Wesentlichen aus, dass sie mit Schreiben vom 23.07.2010 - wie vom Auftraggeber mit e-mail vom 20.07.2010 ersucht - jene Aufklärung und Plausibilisierung betreffend die Zusammensetzung der von der Antragstellerin für die einzelnen Trainer aufge-listeten

Gesamtstundenleistung gegeben habe und dabei erläutert habe, wie die durch die Ausschreibung festgelegten Rahmenbedingungen (z.B. Vorgaben zu Ausmaß und Lage der Maßnahmenstunden pro Woche) und die arbeits- und sozialrechtlichen Vorgaben berücksichtigt worden seien.

Es entspreche weder den Tatsachen, dass 1.732 Maßnahmenstunden (je Trainer) das "technisch machbare Höchstausmaß" an Maßnahmenstunden (MS) je Trainer unter Berücksichtigung aller Vorgaben des Auftraggebers darstellten, noch sei die Beschäftigung eines Trainers im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses oder eines Werkvertrages im Ausmaß von 36 bzw. 40 Stunden pro Woche zwingend arbeits- und auch sozialrechtlich unzulässig.

Das vom Auftraggeber gewillkürte, angebliche Höchststundenausmaß von 1.732 MS würde von der Antragstellerin, deren höchstes, je Trainer angebotene Stunden-ausmaß nur 1.700 Stunden betrage, nicht erreicht und alle angebotenen Stunden lägen im vorgeschriebenen Maßnahmenzeitraum, insbesondere nicht etwa Freitag nachmittags. Auch sei die - ohne Vorgaben zur Art des Beschäftigungsverhältnisses - vom Auftraggeber gewünschte Mindestanzahl von 34 Trainern [19 Trainer plus 15 Personen für Tätigkeiten der Einstiegs- und Orientierungsphase, der Outplacement-phase/Vermittlungsunterstützung sowie Einzelberatung/sozialpädagogischen Betreuung (Pkt 11. der Maßnahmenbeschreibung "Maßnahmenpersonal")] von der Antragstellerin angeboten worden. Dabei habe der Auftraggeber - nach Berichtigung der Ausschreibung infolge der Entscheidung des BVA zu N/0019-BVA/04/2010-24 - den Einsatz von Trainern, die nicht in einem Dienstverhältnis zum Bieter stehen, als eigenes Personal ohne zeitliche Beschränkung der Gesamtstundenleistung ausdrücklich zugelassen [siehe Ausschreibungsunterlage, Seite 5:

"Personen oder Personengemeinschaften, mit denen der Bieter vertragliche Beziehungen außerhalb eines Angestelltenverhältnisses zur Durchführung von Lehr- und Vortragstätigkeiten eingeht (Werkverträge, freie Dienstnehmerinnen etc) und die nach dem Konzept und in den Räumlichkeiten des Bieters im Auftrag durchführen, gelten nicht als Subunternehmer"].

Das vom Auftraggeber anhand der Formel: $36 \text{ MS/Woche} \times 50 \text{ Wochen} - 68 \text{ MS für vom AMS festgesetzte Feiertage} = 1.732 \text{ MS/Jahr}$ an MS errechnete "technisch machbare Höchstausmaß" von 1.732 sei unrichtig. Der Auftraggeber gehe bei dieser Rechnung von den in Punkt 8. der "Leistungs-/Maßnahmenbeschreibung" vom 10.05.2010 festgesetzten Leistungszeiten aus, wonach die Maßnahmen von Montag bis Donnerstag zu je 8 Stunden täglich und am Freitag mit 4 Stunden anzubieten und durchzuführen seien (1 MS umfasse 50 Minuten Unterricht und 10 Minuten Pause), woraus sich die angeblich maximal mögliche Stundenanzahl von 36 je Maßnahmenwoche errechne. Innerhalb dieser zeitlichen Vorgaben könne der Bieter jedoch die Kurszeiten selbst gestalten, lediglich für Teilzeitausbildungen, die ausschließlich vor-mittags anzubieten seien und generell für Freitage, an denen die Maßnahmen ebenfalls nur vormittags abzuhalten seien, bestünden zusätzliche zeitliche Vorgaben. In den Maßnahmenzeiten seien nicht nur sämtliche Gruppenmaßnahmen, sondern auch sog. "Individualmaßnahmen" (das seien Teile der Tätigkeiten aus der Einstiegs- und Orientierungsphase, der Outplacementphase/Vermittlungsunterstützung sowie Einzelberatung/sozialpädagogischen Betreuung, Outplacement/Vermittlungsunterstützung gem Pkt 7.3 der MB, Einzelberatung/sozialpädagogische Betreuung gem 7.6 der MB sowie Nachbetreuung gem 7.7 der MB) anzubieten.

Die Antragstellerin habe Maßnahmenzeiten von 8.00 Uhr bis 12.00 Uhr und 13.00 Uhr bis 17.00 Uhr von Montag bis Donnerstag und von 08.00 Uhr bis 12.00 Uhr am Freitag angeboten. In der sich aus diesen Kurszeiten ergebenden einstündigen Mittagspause hätten die Trainer Gelegenheit, "Individualmaßnahmen" anzubieten, die meist nur für 0,5 MS anberaumt würden. "Individualmaßnahmen" seien keine zeitlich fixierten Unterrichtseinheiten für Personengruppen, sondern es handle sich um ein zusätzliches, z.B. halbstundenweises "Coaching"/sozialpädagogische Betreuung einzelner Personen. Das nach Definition des Auftraggebers errechnete "technisch machbare Höchstausmaß" je Trainer betrage daher theoretisch bei Einbeziehung der zur Mittagszeit abgehaltenen Individualmaßnahmen und unter Berücksichtigung einer halbstündigen Mittagspause 1832 MS im Projektzeitraum ($38 \text{ MS/Woche} \times 50 \text{ Wochen} - 68 \text{ MS für festgesetzte Feiertage} = 1.832$). In der Praxis bedeute das, dass jeder der 10 Trainer, dessen MS von der Antragstellerin mit 1700 angeboten worden seien, in insgesamt 50 Maßnahmenwochen weniger als 36 Stunden pro Woche und weit weniger als die vom Auftraggeber errechneten "höchstzulässigen" 1.732 Maßnahmenstunden zu leisten habe ($35,36 \text{ MS/Woche} \times 50 \text{ Wochen} - 68 \text{ MS für festgesetzte Feiertage} = 1.700 \text{ MS/Jahr}$). Von Trainern zu leistende (durchschnittlich) 35,36 MS lägen unter jenem Wert von 36 Wochen-stunden, ab dem der Auftraggeber unrichtiger Weise vom Vorliegen eines unzu-lässigen Beschäftigungsausmaßes für Werk- bzw. freie Dienstvertragsnehmer ausgehe.

Außerdem könnten - wie die Antragstellerin im Aufklärungsschreiben vom 23.7.2010 dem Auftraggeber mitgeteilt habe, indem sie insbesondere darauf hingewiesen habe, außerhalb der "Unterrichtszeiten" von 8.00 Uhr bis 12.00 Uhr und 13.00 Uhr bis 17.00 Uhr flexible Einzelcoachings anzubieten - auch bei genauer Erfüllung der Vorgaben des Auftraggebers 1750 MS je Trainer innerhalb des gesetzten Zeit-rahmens für Maßnahmen ohne weiteres erbracht werden. Aus diesen Angaben habe der Auftraggeber irrtümlich geschlossen, dass die Antragstellerin das Stundenausmaß von 1.700 Stunden je Trainer nur damit erklären könne, dass sie Maßnahmen auch Freitag nachmittags, also außerhalb der in Punkt 8. Organisationsform der Leistungs- /Maßnahmenbeschreibung vom 10.05.2010 festgesetzten Leistungszeiten, anbiete. Das sei unrichtig. Obwohl das Bewerberbüro täglich (also auch Freitags) bis 16.00 Uhr für freiwillige und individuelle Nutzung der Infrastruktur/ Ressourcen geöffnet sei, und daher Individualmaßnahmen grundsätzlich auch zu dieser Zeit durchgeführt werden könnten, habe die Antragstellerin nicht die vom Auftraggeber unerwünschte Einbeziehung des Freitagnachmittags ihrer Kalkulation zugrundegelegt. Dabei handle es sich um ein optionales, kostenfreies Zusatzservice auf freiwilliger Basis für die Teilnehmer, welches selbstverständlich nicht im Rahmen der zwingend vorgeschriebenen Maßnahmenstunden von 50.048 pro Teillos geplant oder kalkuliert worden sei. Die Antragstellerin habe bei den Gruppenmaßnahmen von Montag bis Donnerstag jeweils eine einstündige Mittagspause eingeplant und in diesen einstündigen Mittagspausen könnten die Trainer die "Individualmaßnahmen" ableisten. Da jedoch bei einem Ausmaß von maximal 1700 MS für 10 Trainer ausreichend Trainer zur Verfügung stünden, um diese Maßnahmen während der "Unterrichtszeiten" durchzuführen, bestünde keine Notwendigkeit Individualmaßnahmen tatsächlich in der Mittagspause abzuhalten.

Die Auffassung des Auftraggebers, ein Beschäftigungsausmaß von 36 Wochen-stunden je Trainer im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses oder eines Werk-vertrages, somit auch die von der Antragstellerin angebotenen 1700 MS je Trainer, sei arbeits- und sozialrechtlich unzulässig, sei nicht haltbar. Nach ständiger OGH-Judikatur in Bezug auf freie Dienstverträge von Lehrenden, Vortragenden oder Trainern, sei in jedem Einzelfall der konkrete Vertrag und die Umstände der Leistungserbringung zu prüfen (vgl. jüngst 23.03.2010 zu 8 Ob A 57/09; RIS-Justiz RS0014509, RS0111914 mwN). Laut BVA sei auch bei der Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen bei einer vertieften Angebotsprüfung auf die individuellen Umstände des Bieters abzustellen (vgl. N/0019-BVA/04/2010-24). Die Auffassung des Auftraggebers, ein Beschäftigungsausmaß von 36 Wochen-stunden je Trainer im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses oder eines Werk-vertrages, somit auch die von der Antragstellerin angebotenen 1700 MS je Trainer, sei arbeits- und sozialrechtlich unzulässig, sei nicht haltbar. Nach ständiger OGH-Judikatur in Bezug auf freie Dienstverträge von Lehrenden, Vortragenden oder Trainern, sei in jedem Einzelfall der konkrete Vertrag und die Umstände der Leistungserbringung zu prüfen vergleiche jüngst 23.03.2010 zu 8 Ob A 57/09; RIS-Justiz RS0014509, RS0111914 mwN). Laut BVA sei auch bei der Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen bei einer vertieften Angebotsprüfung auf die individuellen Umstände des Bieters abzustellen vergleiche N/0019-BVA/04/2010-24).

Da der Auftraggeber weder Auskünfte zur konkreten Ausgestaltung der Verträge von der Antragstellerin eingefordert habe, noch über diese Informationen aus anderen Quellen verfüge (es sei erlaubt, nur Absichtserklärungen von einzelnen Trainern als Nachweis über deren Verfügbarkeit für den Maßnahmenzeitraum vorzulegen), sei es dem Auftraggeber weder möglich noch erlaubt, pauschal und ohne Anhaltspunkte für ein gesetzwidriges Vorgehen festzustellen, dass eine Art der Beschäftigung "arbeits- und sozialrechtlich unzulässig" und das Angebot der Antragstellerin deshalb auszuschneiden sei. Die Angebotsprüfung sei nicht abgeschlossen.

Die von der Judikatur aufgestellten Kriterien für die Zulässigkeit freier Dienstverträge bzw. von Werkverträgen für die Tätigkeit von Vortragenden, Lehrenden oder Trainern stelle keineswegs auf eine starre Stundengrenze ab, sondern darauf, ob ein Trainer die Möglichkeit habe, die Übernahme von Kursen abzulehnen, sich im Krankheits-, Urlaub- oder Verhinderungsfall von einem Dritten vertreten zu lassen und ob diese Vertretung vorab zu genehmigen sei. Die Verwendung beigestellter Lehrmittel und die Abhaltung der Kurse in den Räumen des Veranstalters liege bei Lehr- und Trainertätigkeiten in der Natur dieser Tätigkeiten und sei demnach nicht geeignet, eine persönliche Abhängigkeit des Vortragenden zu begründen (OGH 8 ObA 57/09d). So habe der OGH beispielsweise die Arbeitnehmereigenschaft von Sprachlehrern in seiner Entscheidung 9 ObA 10/99g und die eines Fachhochschullektors in 9 ObA 165/07s verneint. In der Literatur heiße es dazu "die Erbringung der im Rahmen eines Werkvertrages geschuldeten Leistung kann auch Monate oder Jahre in Anspruch

nehmen. ... Wird eine konkret bestimmte Leistung geschuldet (z.B.

die Abhaltung eines konkreten Vortrages oder mehrerer bestimmter Vorträge, die Durchführung bestimmter

Seminare), so liegt ein Werkvertrag vor (vgl. Gerhartl, Dienstnehmereigenschaft bei Lehrtätigkeit, ASoK 2009,33).die Abhaltung eines konkreten Vortrages oder mehrerer bestimmter Vorträge, die Durchführung bestimmter Seminare), so liegt ein Werkvertrag vor vergleiche Gerhartl, Dienstnehmereigenschaft bei Lehrtätigkeit, ASoK 2009,33).

Bei Vorliegen der von der Judikatur herausgearbeiteten Voraussetzungen könne ein Trainer durchaus 36 Stunden pro Woche und 50 Wochen pro Jahr beschäftigt werden, da auf Werkvertragsnehmer und auch auf freie Dienstnehmer (die sich ja ebenfalls vertreten lassen könnten) insbesondere auch die arbeitsrechtlichen Bestimmungen über Urlaubsansprüche nicht anwendbar seien (vgl. Tomandl, Welchen Nutzen bringt ein neuer Dienstnehmerbegriff, ZAS 2008/16, 111 oben). Zu diesem Thema werde die Antragstellerin ein Kurzgutachten eines renommierten Arbeits- und Sozialrechtlers nachreichen. Bei Vorliegen der von der Judikatur herausgearbeiteten Voraussetzungen könne ein Trainer durchaus 36 Stunden pro Woche und 50 Wochen pro Jahr beschäftigt werden, da auf Werkvertragsnehmer und auch auf freie Dienstnehmer (die sich ja ebenfalls vertreten lassen könnten) insbesondere auch die arbeitsrechtlichen Bestimmungen über Urlaubsansprüche nicht anwendbar seien vergleiche Tomandl, Welchen Nutzen bringt ein neuer Dienstnehmerbegriff, ZAS 2008/16, 111 oben). Zu diesem Thema werde die Antragstellerin ein Kurzgutachten eines renommierten Arbeits- und Sozialrechtlers nachreichen.

Sollte der Auftraggeber die Auffassung vertreten, eine Beschäftigung im Ausmaß von 1.700 MS je Trainer sei unzulässig und 1.732 MS je Trainer stellten das technisch machbare Höchstausmaß dar, hätte er die Antragstellerin damit bereits im Aufklärungsersuchen konfrontieren und ihr Gelegenheit zur Aufklärung geben müssen. Da der Antragstellerin die konkreten Ausscheidensgründe somit nicht vorgehalten worden seien, könne der Auftraggeber sich nicht auf eine nicht hinreichende Aufklärung seitens der Antragstellerin berufen.

Bei den Teillosen für Liezen und Leibnitz habe die Antragstellerin im Rahmen der Ausschreibung den Zuschlag vom Auftraggeber erhalten, obwohl dort fallweise sogar über 1.700 MS pro Jahr je Trainer ausdrücklich ausgewiesen worden seien. Da dem Auftraggeber somit bekannt gewesen wäre, dass die Antragstellerin Trainer in diesem Ausmaß auf Werk- bzw. freier Dienstvertragsbasis beschäftige und es diesen Trainern ein Leichtes sei, diese MS in den vom Auftraggeber vorgegebenen Zeiten abzuleisten, habe die Antragstellerin darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber in der gleich gelagerten verfahrensgegenständlichen Ausschreibung nicht gänzlich anders entscheiden werde.

Durch die rechtswidrige Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers werde die Antragstellerin in ihren Rechten auf Nicht-Ausscheiden ihres Angebotes, auf Berücksichtigung ihres Angebotes bei der Bestbieterermittlung, auf Erteilung des Zuschlages, auf weitere Teilnahme am Vergabeverfahren und letztlich in ihrem Recht auf Durchführung eines gesetzeskonformen Vergabeverfahrens unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und des freien lautenen Wettbewerbes verletzt.

Die Unternehmen der Bietergemeinschaft seien auf die Abwicklung von Aufträgen, wie er nun vergeben werden soll, spezialisiert. Die Antragstellerin habe daher höchstes Interesse an einem Vertragsabschluss. Durch die genannten Rechtswidrigkeiten entstehe ein Schaden, bestehend aus dem drohenden Gewinnentgang, vorerst beziffert mit zumindest EUR 50.000,-- sowie den bereits entstandenen Angebots-Bearbeitungskosten. Auch könne die Antragstellerin keine weitere Referenz erwerben.

Mit Schriftsatz vom 11.8.2010 erstattete der Auftraggeber allgemeine Angaben zur verfahrensgegenständlichen Ausschreibung. Es handle sich um ein einstufiges Standardverfahren des Auftraggebers in Anlehnung an das offene Verfahren gemäß § 25 Abs 2 BVergG. Die Vergabe des Auftrages im Oberschwellenbereich erfolge nach dem Bestbieterprinzip in Anlehnung an § 80 Abs 3 BVergG. Es sei weder eine Widerrufs- noch eine Zuschlagsentscheidung getroffen worden und auch kein Widerruf oder Zuschlag erfolgt. Mit Schriftsatz vom 11.8.2010 erstattete der Auftraggeber allgemeine Angaben zur verfahrensgegenständlichen Ausschreibung. Es handle sich um ein einstufiges Standardverfahren des Auftraggebers in Anlehnung an das offene Verfahren gemäß Paragraph 25, Absatz 2, BVergG. Die Vergabe des Auftrages im Oberschwellenbereich erfolge nach dem Bestbieterprinzip in Anlehnung an Paragraph 80, Absatz 3, BVergG. Es sei weder eine Widerrufs- noch eine Zuschlagsentscheidung getroffen worden und auch kein Widerruf oder Zuschlag erfolgt.

Mit Schriftsatz vom 16.8.2010 legte der Auftraggeber die Unterlagen der Auftragsvergabe vor und gab klarstellend an, dass der geschätzte Auftragswert EUR 2.500.000,-- (exkl. Ust.) betrage.

Zum Nachprüfungsantrag führte der Auftraggeber im Wesentlichen aus, dass er aufgrund der Angebotsausgestaltung

und der Aufklärung durch die Antragstellerin zum Schluss gelangen musste, dass der Antragstellerin eine Leistungserbringung nur unter Außerachtlassen der arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen möglich sei. Diese Rechtsansicht beruhe auf einer eingehenden Analyse der rechtlichen Vorgaben und werde durch die Rechtsgutachten der L*** und M*** gedeckt. Die Steiermärkische Gebietskrankenkasse habe als zuständiger Sozialversicherungsträger bereits eine diesbezügliche schriftliche Äußerung zugesichert. Der Auftraggeber erachte sich auch durch die im Nachprüfungsantrag der Antragstellerin angeführte Judikatur des OGH in seiner Rechtsansicht bestätigt, da die unbeschränkte und tatsächlich wahrgenommene Vertretungsmöglichkeit diesen zum Schluss veranlasste, die Zulässigkeit eines "freien" Dienstvertrages könne argumentiert werden (vgl. OGH v 23.3.2010, 8 Ob A 57/09d). Zum Nachprüfungsantrag führte der Auftraggeber im Wesentlichen aus, dass er aufgrund der Angebotsausgestaltung und der Aufklärung durch die Antragstellerin zum Schluss gelangen musste, dass der Antragstellerin eine Leistungserbringung nur unter Außerachtlassen der arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen möglich sei. Diese Rechtsansicht beruhe auf einer eingehenden Analyse der rechtlichen Vorgaben und werde durch die Rechtsgutachten der L*** und M*** gedeckt. Die Steiermärkische Gebietskrankenkasse habe als zuständiger Sozialversicherungsträger bereits eine diesbezügliche schriftliche Äußerung zugesichert. Der Auftraggeber erachte sich auch durch die im Nachprüfungsantrag der Antragstellerin angeführte Judikatur des OGH in seiner Rechtsansicht bestätigt, da die unbeschränkte und tatsächlich wahrgenommene Vertretungsmöglichkeit diesen zum Schluss veranlasste, die Zulässigkeit eines "freien" Dienstvertrages könne argumentiert werden (vergleiche OGH v 23.3.2010, 8 Ob A 57/09d).

Sollte die Antragstellerin verneinen, dies wäre auch bei den gegenständlichen Qualifizierungsmaßnahmen der Fall, habe sie ihr Angebot auf den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Prämissen gestützt. Der Regelungskomplex des Punktes 13.3 der AGB mache ersichtlich, dass es dem/der einzelnen TrainerIn schon auf Grund der dem Bildungsträger überbundenen rigiden Vorgaben zum "Tausch von Lehr- und Betreuungspersonal" faktisch unmöglich sei, eigenständig eine/n "ErsatztrainerIn" zu suchen bzw zu beschäftigen und damit im Innenverhältnis zum Bildungsträger ein eigenständiges Vertretungsrecht geltend zu machen. Ein Bieter könne somit seine Angebotskalkulation nicht darauf stützen, dass er ohnedies sein Personal austauschen und diesem somit ein unbeschränktes Ablehnungsrecht zubilligen könne.

Aus den Ausschreibungsunterlagen (z.B. Pkt. 6.1 der AGB) ergebe sich, dass nur unterrichtende Tätigkeit als verrechenbare Maßnahmenstunde (MS) angesehen werden könne. Dies bedeute, dass die TrainerInnen zu den - gegenständlich nahezu ausgeschöpften - wöchentlichen 36 MS jedenfalls weitere Stunden für die Vor- und Nachbereitung benötigten. Diese Vor- und Nachbereitungszeiten könne der Bildungsträger zwar nicht gegenüber dem Auftraggeber in Rechnung stellen, er habe diese jedoch seinem Personal zu vergüten. Somit hätten einzelne TrainerInnen der Antragstellerin in einem weitaus größeren Umfang als die dem Angebot zu entnehmenden 1700 MS zur Verfügung zu stehen. Eine solche zeitlich umfassende Einbindung in den "Betrieb" der Antragstellerin belege, dass aus Sicht des Arbeits- und Sozialrechts nicht im Sinne einer Zulässigkeit eines "freien" Dienstvertrages und - noch viel weniger - eines Werkvertrages argumentiert werden könne.

Durch ihre Aufklärung vom 23.7.2010 habe die Antragstellerin einen weiteren Ausschreibungswiderspruch offengelegt. Der Leistungs-/Maßnahmenbeschreibung sei zu entnehmen, dass einerseits von Montag bis Donnerstag maximal 8 MS und am Freitag maximal 4 MS vorgesehen werden dürften. Maßnahmenstunden an Freitagen nachmittags seien ausgeschlossen. Die Bieter hätten somit nicht damit rechnen dürfen, dass ihnen die Teilnehmer mehr als 8 Stunden täglich bzw am Freitagnachmittag zur Verfügung stünden. Dennoch habe die Antragstellerin in ihrem Aufklärungsschreiben zum Ausdruck gebracht, in den Mittagspausen und an Freitagnachmittagen Einzelcoachings durchführen zu wollen. Zudem seien auch Einzelcoachings Maßnahmenstunden, denn die Ausschreibungsvorgaben trafen keine Unterscheidung zu Unterrichtseinheiten in der Gruppe.

Dem Angebot der Antragstellerin sei an keiner Stelle zu entnehmen, dass Maßnahmen von Montag bis Donnerstag auch zwischen 12 Uhr und 13 Uhr und am Freitag nach 12 Uhr angedacht worden seien. Im ausgefüllten Formular "BM Kalkulation Abrechnung Einheitspreis 03" werde im Gegenteil zum Ausdruck gebracht, dass dies gerade nicht der Fall sei. Durch ihre Ausführungen vom 23.07.2010 weiche die Antragstellerin von ihrem Angebot zu einem Verfahrenszeitpunkt ab, an dem dies unzulässig sei. Es handle sich um eine rechtswidrige nachträgliche Angebotsänderung, denn Angebotsinhalte, die im Rahmen von Zuschlagskriterien (hier zB durch das Hauptkriterium "Konzeptive Qualität") zu bewerten seien, könnten nach der Rechtsprechung (vgl. zB BVA 29.7.2009, N/0061-BVA/04/2009-21) nicht nachträglich geändert werden. Soweit eine "irrtümliche" Interpretation der Ausführungen der

Antragstellerin vom 23.07.2010 behauptet werde, sei darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung (BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20) mehrdeutige Äußerungen in Angeboten zum Nachteil des jeweiligen Bieters auszulegen seien. Dem Angebot der Antragstellerin sei an keiner Stelle zu entnehmen, dass Maßnahmen von Montag bis Donnerstag auch zwischen 12 Uhr und 13 Uhr und am Freitag nach 12 Uhr angedacht worden seien. Im ausgefüllten Formular "BM Kalkulation Abrechnung Einheitspreis 03" werde im Gegenteil zum Ausdruck gebracht, dass dies gerade nicht der Fall sei. Durch ihre Ausführungen vom 23.07.2010 weiche die Antragstellerin von ihrem Angebot zu einem Verfahrenszeitpunkt ab, an dem dies unzulässig sei. Es handle sich um eine rechtswidrige nachträgliche Angebotsänderung, denn Angebotsinhalte, die im Rahmen von Zuschlagskriterien (hier zB durch das Hauptkriterium "Konzeptive Qualität") zu bewerten seien, könnten nach der Rechtsprechung vergleiche zB BVA 29.7.2009, N/0061-BVA/04/2009-21) nicht nachträglich geändert werden. Soweit eine "irrtümliche" Interpretation der Ausführungen der Antragstellerin vom 23.07.2010 behauptet werde, sei darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung (BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20) mehrdeutige Äußerungen in Angeboten zum Nachteil des jeweiligen Bieters auszulegen seien.

Das Angebot der Antragstellerin widerspreche der Ausschreibung. Entgegen ausdrücklicher Vorgaben werde bei der Kalkulation das Arbeits- und Sozialrecht missachtet, was auch als nichtplausible Zusammensetzung des Gesamtpreises gewertet werden könne. Mit ihrem Aufklärungsschreiben vom 23.7.2010 weiche die Antragstellerin von ihrem eigenen Angebot ab und die Beschäftigung von TrainerInnen in Form von "freien" Dienstverhältnissen und auf Werkvertragsbasis habe entgegen § 141 Abs. 2 BVergG einen Wettbewerbsvorteil zur Folge. Es sei mehr als fraglich, dass durch das geleistete Entgelt sämtliche Sozialleistungen im Rahmen eines regulären Dienstverhältnisses "abgedeckt" würden. Schließlich sei nicht nachvollziehbar, aufgrund welcher Grundlage sich ein Bildungsträger auf den Kollektivvertrag für Handelsangestellte stützen könne. Das Angebot der Antragstellerin widerspreche der Ausschreibung. Entgegen ausdrücklicher Vorgaben werde bei der Kalkulation das Arbeits- und Sozialrecht missachtet, was auch als nichtplausible Zusammensetzung des Gesamtpreises gewertet werden könne. Mit ihrem Aufklärungsschreiben vom 23.7.2010 weiche die Antragstellerin von ihrem eigenen Angebot ab und die Beschäftigung von TrainerInnen in Form von "freien" Dienstverhältnissen und auf Werkvertragsbasis habe entgegen Paragraph 141, Absatz 2, BVergG einen Wettbewerbsvorteil zur Folge. Es sei mehr als fraglich, dass durch das geleistete Entgelt sämtliche Sozialleistungen im Rahmen eines regulären Dienstverhältnisses "abgedeckt" würden. Schließlich sei nicht nachvollziehbar, aufgrund welcher Grundlage sich ein Bildungsträger auf den Kollektivvertrag für Handelsangestellte stützen könne.

Mit Schriftsatz vom 26.7.2010 wandte die B***, diese vertreten durch Y*** (mitbeteiligte Partei), ein, dass die Antragstellerin zu Recht ausgeschieden worden sei. Die mitbeteiligte Partei habe ihr Interesse an einem Vertragsabschluss im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren schon durch die Einreichung eines ausschreibungskonformen Angebotes sowie auch durch die erfolgte Anfechtung der ursprünglichen Ausschreibung, dargetan. Die Schadeneignung liege ebenfalls vor. Beispielhaft seien dazu der drohende Gewinnentgang und die frustrierten Angebotserstellungskosten in Höhe von insgesamt zumindest EUR 20.000.-- anzuführen.

Mit Schriftsatz vom 1.9.2010 legte die Antragstellerin ein Kurzgutachten des M*** vom 9.8.2010 "zur Frage, ob höhere vertragliche Zeitausmaße von `Trainer`-Leistungen die Gestaltung der Leistungserbringung im Rahmen von freien Dienstverträgen oder Werkverträgen ausschließen" vor und brachte ergänzend im Wesentlichen vor, dass sie ihre Kalkulation ausschreibungskonform auf der "Normwoche" für Ganztags- und Halbtagskurse aufgebaut habe. Die tatsächlich zu leistenden Stunden und die tatsächliche Abrechnung ergäben sich erst im Zuge der Durchführung.

In den Ausschreibungsbestimmungen (vgl. Maßnahmenbeschreibung Pkt. 7.3.3 Aktivierungsmodell für Personen, die bereits AMS Kurse absolviert haben, Pkt 7.5. Betriebspraktiker, Pkt 7.6. Einzelberatung/sozialpädagogische Betreuung, Pkt 7.7. Nachbereitung) werde eine Unterscheidung zwischen "Einzelcoachings" und "Gruppenmaßnahmen" vorgenommen und die Antragstellerin habe neben "Gruppenmaßnahmen" auch "Individualmaßnahmen" bzw. Maßnahmen für Kleingruppen anzubieten. Individualmaßnahmen seien keine zeitlich fixierten Unterrichtseinheiten, sondern ein zusätzliches zB halbstundenweises "Coaching" bzw. die sozialpädagogische Betreuung einzelner Personen oder Kleingruppen, welche solche Gruppenmaßnahmen teilweise bereits absolviert hätten. In diesen Einheiten würden die Betroffenen zB bei der Verfassung einer Bewerbung für ein konkretes Arbeitsangebot unterstützt oder auf ein Einstellungsgespräch vorbereitet. Im vom Auftraggeber vorgegebenen Formular "BM Kalkulation Abrechnung Einheitspreis 03" könne nur eine sogenannte "Normwoche" eingetragen werden und auf allfällige Abweichungen von

dieser Normwoche könne nur als Anmerkung eingegangen werden. Auf Einzelcoachings oder individuelle Betriebspraktika könne in der Normwoche keine Rücksicht genommen werden und könnten Bieter bei Betriebspraktika einem Unternehmen, das einen Praktikanten aufnehme, nicht Maßnahmenzeiten von 8:00 Uhr bis 12:00 Uhr oder von 13:00 Uhr bis 17:00 Uhr vorschreiben. Es treffe zwar zu, dass auch "Einzelcoachings" Maßnahmenstunden darstellten, die Antragstellerin habe diese - ohnehin nur fallweise in der Mittagszeit stattfindenden Einzelcoachings - nur mit 0,5 Maßnahmenstunden angesetzt. Diese nur in einem geringen Ausmaß teilweise für die Mittagszeit vorgeschlagenen Maßnahmen seien nicht im hier gegenständlichen Vergabeverfahren, sondern betreffend das Teillos 2 im Vergabeverfahren "SZG Erwachsene" vorgesehen worden. In den Ausschreibungsbestimmungen vergleiche Maßnahmenbeschreibung Pkt. 7.3.3 Aktivierungsmodell für Personen, die bereits AMS Kurse absolviert haben, Pkt 7.5. Betriebspraktiker, Pkt 7.6. Einzelberatung/sozialpädagogische Betreuung, Pkt 7.7. Nachbereitung) werde eine Unterscheidung zwischen "Einzelcoachings" und "Gruppenmaßnahmen" vorgenommen und die Antragstellerin habe neben "Gruppenmaßnahmen" auch "Individualmaßnahmen" bzw. Maßnahmen für Kleingruppen anzubieten. Individualmaßnahmen seien keine zeitlich fixierten Unterrichtseinheiten, sondern ein zusätzliches zB halbstundenweises "Coaching" bzw. die sozialpädagogische Betreuung einzelner Personen oder Kleingruppen, welche solche Gruppenmaßnahmen teilweise bereits absolviert hätten. In diesen Einheiten würden die Betroffenen zB bei der Verfassung einer Bewerbung für ein konkretes Arbeitsangebot unterstützt oder auf ein Einstellungsgespräch vorbereitet. Im vom Auftraggeber vorgegebenen Formular "BM Kalkulation Abrechnung Einheitspreis 03" könne nur eine sogenannte "Normwoche" eingetragen werden und auf allfällige Abweichungen von dieser Normwoche könne nur als Anmerkung eingegangen werden. Auf Einzelcoachings oder individuelle Betriebspraktika könne in der Normwoche keine Rücksicht genommen werden und könnten Bieter bei Betriebspraktika einem Unternehmen, das einen Praktikanten aufnehme, nicht Maßnahmenzeiten von 8:00 Uhr bis 12:00 Uhr oder von 13:00 Uhr bis 17:00 Uhr vorschreiben. Es treffe zwar zu, dass auch "Einzelcoachings" Maßnahmenstunden darstellten, die Antragstellerin habe diese - ohnehin nur fallweise in der Mittagszeit stattfindenden Einzelcoachings - nur mit 0,5 Maßnahmenstunden angesetzt. Diese nur in einem geringen Ausmaß teilweise für die Mittagszeit vorgeschlagenen Maßnahmen seien nicht im hier gegenständlichen Vergabeverfahren, sondern betreffend das Teillos 2 im Vergabeverfahren "SZG Erwachsene" vorgesehen worden.

An keiner Stelle der Ausschreibung oder des Angebots der Antragstellerin sei festgeschrieben, dass von Montag bis Donnerstag zwischen 12:00 und 13:00 Uhr keine Leistungen erbracht werden dürfen. Auch im Plausibilisierungsschreiben habe die Antragstellerin keine Leistungserbringung Freitagnachmittags angeboten, sondern nur dargestellt, dass sie an Freitagen nachmittags geöffnet habe. Dass sie über ausdrückliche Aufforderung des Auftraggebers eine mit den Formularen des Angebots nicht darstellbare Plausibilisierung ihres Angebotes vornehme, sei der Antragstellerin nicht als "Abweichung vom Angebot" zur Last zu legen. Entsprechend Pkt 16 der Maßnahmenbeschreibung "Vorgaben zur Kalkulation" habe sie die täglichen Kapazitäten pro Teillos über den gesamten Maßnahmenzeitraum gleichmäßig ausgelastet dargestellt und auf Nachfrage des Auftraggebers hinsichtlich der Einsatzzeiten der Trainer plausibilisiert. Damit stelle die Antragstellerin jene "Flexibilität", welche der Auftraggeber ausdrücklich einfordere, zur Verfügung. Sie habe im Rahmen der Ausschreibungsbestimmungen dargestellt, wie ihre Leistungserbringung aussehen werde, und im Rahmen der Plausibilisierung dargestellt, wie diese Leistungserbringung mit der vom Auftraggeber selbst vorgegebenen Mindestanzahl an Trainern, somit am kostengünstigsten, und ausschreibungskonform umgesetzt werden könne.

Die Ausscheidensentscheidung sei schon allein deshalb mit Rechtswidrigkeit belastet, weil der Auftraggeber die Gutachten der L*** und M***, die zur Begründung des Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin herangezogen worden seien, der Antragstellerin nicht einmal zur Einsicht zur Verfügung gestellt habe, obwohl diese von der Antragstellerin bereits am 4.8.2010 angefordert worden seien.

Mit Schriftsatz vom 3.9.2010 übermittelte der Auftraggeber eine Stellungnahme der Steiermärkischen Gebietskrankenkasse vom 25.8.2010, welche von ihm nachträglich angesichts des vorliegenden Nachprüfungsantrages eingeholt worden sei.

In einer weiteren Stellungnahme vom 20.9.2010 führte der Auftraggeber insbesondere aus, dass er zwar in der Ausscheidensentscheidung der Antragstellerin versehentlich ein Überschreiten von 1732 Maßnahmenstunden durch TrainerInnen vorgehalten habe, dies jedoch keinerlei Auswirkung auf die Begründetheit seiner Entscheidung habe. Die Antragstellerin habe ein Tätigwerden von TrainerInnen mit 1700 bzw. 1630 MS vorgesehen, sodass sich das

wöchentliche Arbeitsausmaß auf 35 MS belaufe, wobei die im Konzept festgehaltenen regelmäßigen Teambesprechungen, der Kick-Off-Workshop und die auch bei erfahrenen TrainerInnen erforderliche Vor- und Nachbereitungszeit dabei noch nicht berücksichtigt worden seien. Damit setze sich die Antragstellerin erneut in Widerspruch zu den bestandfesten Ausschreibungsvorgaben, wo in Pkt. 14 der aktuellen AGBs (Allgemeinen Bestimmungen zur Gewährung von finanziellen Leistungen an Bildungsträger für entstehende Personal- und Sachkosten bei der Durchführung von Bildungsmaßnahmen, die vom AMS übertragen werden, gültig ab 5.5.2010, Version 11) zwischen unterrichtender und unterrichtsvorbereitender Tätigkeit (Stunden-vorbereitung, Teambesprechung, Korrekturen, etc.) unterschieden werde. Es werde nur die unterrichtende Tätigkeit mit Maßnahmenstunden gleichgesetzt und vergütet, sodass die unterrichtsvorbereitende Tätigkeit, die auch einen Teil der zu kalkulierenden Normalarbeitszeit bilde, vom Bieter in der angebotenen Vergütung für die unterrichtende Tätigkeit zu berücksichtigen sei. Wenn dies, wie bei der Antragstellerin unterbleibe, sei entweder von einem ausschreibungswidrigen oder von einem unterpreisigen Angebot auszugehen.

Mit Replik vom 22.9.2010 führte die Antragstellerin unter anderem ergänzend aus, dass die vom Auftraggeber behauptete Pflicht zur Vergütung von Vor- und Nachbereitungszeiten nur auf Dienstverhältnisse zutrefte, wo die Arbeitszeit den wesentlichen Entlohnungsmaßstab bilde, nicht aber für freie Dienstnehmer oder Werkvertragsnehmer. Im Formblatt "BM Kalkulation, Abrechnung, Einheitspreis 03" sei nur die "Normwoche" anzugeben. "Individualmaßnahmen" könnten darin nicht berücksichtigt werden, weil diese mit jedem einzelnen Betroffenen zu vereinbaren seien. Als Abänderung zur "Normwoche" könnten Einzeltermine in der Zukunft naturgemäß nicht schon vorab festgelegt werden. Die Argumentation des Auftraggebers, die Antragstellerin weiche von den von ihr angebotenen Unterrichtszeiten ab, sei nur für jene Trainer von Relevanz, wo mehr als 1732 MS angeboten worden seien, was für die verfahrensgegenständliche Ausschreibung keinesfalls zutrefte. Beim gegenständlichen Angebot werde die Antragstellerin von der Normwoche auch bei Individualmaßnahmen nicht abweichen.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt am 23.9.2010 gab die Antragstellerin insbesondere an, dass sie noch nicht sagen könne, wie die Trainer die Vorbereitungszeit vergütet bekämen, denn die Verträge mit den Vortragenden würden erst abgeschlossen werden. Derzeit gebe es nur die bereits vorgelegten Verpflichtungserklärungen, aber keine Inhalte der dann mit den Trainern abzuschließenden Verträge. Die Kalkulation der Antragstellerin beruhe auf Erfahrungswerten und die Honorarsätze würden erst im Auftragsfall zwischen Trainern und Antragstellerin ausverhandelt. In diesen Honorarsätzen sei die Vor- und Nachbereitungszeit beinhaltet, wobei an einem durchschnittlichen Unterrichtstag auch die Möglichkeit bestehe, die Pausen zwischen den Unterrichtsstunden für Vorbereitungen zu nutzen.

Zum Stichwort "optionales, kostenfreies Zusatzservice von Individualmaßnahmen" gab die Antragstellerin an, dass das Bewerberbüro auch am Freitagnachmittag frei zugänglich sei, jedoch keine Maßnahmenstunden stattfänden. Neben den Maßnahmenstunden, die während der Unterrichtszeiten absolviert würden, gebe es die Möglichkeit, dass sich ein Teilnehmer im Rahmen der Nachbetreuung zB um 12:00 Uhr einen halbstündigen Termin zur Durchsicht seiner Unterlagen mit seinem Trainer ausmache.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

1. 1.Ziffer eins
Rechtslage:

Das Bundesvergabegesetz 2006 wurde im BGBl I Nr. 15/2010, kundgemacht am 4.3.2010, (BVergG) novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem der Kundmachung folgenden Tag (§ 345 Abs 14 Z 1 BVergG) somit am 5.3.2010 im Kraft getreten. Das Bundesvergabegesetz 2006 wurde im Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010,, kundgemacht am 4.3.2010, (BVergG) novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem der Kundmachung folgenden Tag (Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer eins, BVergG) somit am 5.3.2010 im Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs 14 Z 2 BVergG sind die im Zeitpunkt des in Krafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 15/2010 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende bzw fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, das gegenständlich am 1.2.2010 mittels nationaler Bekanntmachung der Ausschreibung eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 86/2007 (BVergG 2006) als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Davon abgesehen sind jedoch für die

beim Bundesvergabeamt ab 5.3.2010 anhängig gemachte Nachprüfungsverfahren - das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde beim BVA am 9.8.2010 anhängig gemacht - vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 15/2010 (BVerG) anzuwenden. Gemäß Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer 2, BVerG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende bzw fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, das gegenständlich am 1.2.2010 mittels nationaler Bekanntmachung der Ausschreibung eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVerG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007, (BVerG 2006) als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Davon abgesehen sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt ab 5.3.2010 anhängig gemachte Nachprüfungsverfahren - das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde beim BVA am 9.8.2010 anhängig gemacht - vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 15 aus 2010, (BVerG) anzuwenden.

1. 2. Ziffer 2

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch das Arbeitsmarktservice (AMS) Steiermark, Babenbergerstrasse 33, 8020 Graz, ist ein Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 1 BVerG 2006. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um eine nicht prioritäre Dienstleistung gemäß § 6, Anhang IV, Kategorie 24 BVerG 2006, mit dem CPV-Code 80400000, welche in einem "einstufigen Standardverfahren des AMS in Anlehnung an das offene Verfahren gemäß § 25 Abs 2 BVerG" nach dem Bestbieterprinzip vergeben wird. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beträgt nach den zuletzt vom Auftraggeber konkretisierten Angaben EUR 2.500.000,00 ohne (Ust.). Das Verfahren ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Das Angebot der Antragstellerin wurde vom Auftraggeber mit Entscheidung vom 30.7.2010 ausgeschieden. Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch das Arbeitsmarktservice (AMS) Steiermark, Babenbergerstrasse 33, 8020 Graz, ist ein Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVerG 2006. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um eine nicht prioritäre Dienstleistung gemäß Paragraph 6,, Anhang römisch vier, Kategorie 24 BVerG 2006, mit dem CPV-Code 80400000, welche in einem "einstufigen Standardverfahren des AMS in Anlehnung an das offene Verfahren gemäß Paragraph 25, Absatz 2, BVerG" nach dem Bestbieterprinzip vergeben wird. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beträgt nach den zuletzt vom Auftraggeber konkretisierten Angaben EUR 2.500.000,00 ohne (Ust.). Das Verfahren ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Das Angebot der Antragstellerin wurde vom Auftraggeber mit Entscheidung vom 30.7.2010 ausgeschieden.

Zum Vorbringen „diese Ausscheidensentscheidung sei infolge der, der Antragstellerin nicht gewährten Einsicht in die vom Auftraggeber hiezu begründend herangezogenen Gutachten der L*** und M*** rechtswidrig, ist auf die - zuvor auszugsweise nachzulesende - insgesamt ausführliche und nachvollziehbare Darstellung der Gründe für die Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, hinzuweisen, womit die angefochtene Ausscheidensentscheidung den Anforderungen von § 129 Abs 3 BVerG 2006 jedenfalls genügt. Zum Vorbringen „diese Ausscheidensentscheidung sei infolge der, der Antragstellerin nicht gewährten Einsicht in die vom Auftraggeber hiezu begründend herangezogenen Gutachten der L*** und M*** rechtswidrig, ist auf die - zuvor auszugsweise nachzulesende - insgesamt ausführliche und nachvollziehbare Darstellung der Gründe für die Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, hinzuweisen, womit die angefochtene Ausscheidensentscheidung den Anforderungen von Paragraph 129, Absatz 3, BVerG 2006 jedenfalls genügt.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung wurde innerhalb der Fristen des § 321 BVerG eingebracht. Er erfüllt die formalen Voraussetzungen des § 322 BVerG und ist insoweit zulässig. An Pauschalgebühren wurden gemäß § 318 BVerG iVm der Bundesvergabeamt-Gebührenverordnung 2010, BGBl II Nr. 72/2010, (BVA-gebVO 2010), für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung EUR 2.490,-- entrichtet. Es wurde weder ein Zuschlag erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung wurde innerhalb der Fristen des Paragraph 321, BVerG eingebracht. Er erfüllt die formalen Voraussetzungen des Paragraph 322, BVerG und ist insoweit zulässig. An Pauschalgebühren wurden gemäß Paragraph 318, BVerG in Verbindung mit der Bundesvergabeamt-Gebührenverordnung 2010,

Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 72 aus 2010,, (BVA-gebVO 2010), für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung EUR 2.490,-- entrichtet. Es wurde weder ein Zuschlag erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen.

Die mitbeteiligte Partei hat mit Schriftsatz vom 16.8.2010 begründete Einwendungen erhoben. Ihr kommt Parteistellung gemäß § 324 Abs 3 BVergG zu. Die mitbeteiligte Partei hat mit Schriftsatz vom 16.8.2010 begründete Einwendungen erhoben. Ihr kommt Parteistellung gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG zu.

1. 3.Ziffer 3

Zu Spruchpunkt I. Zu Spruchpunkt römisch eins.

Maßgeblich für die verfahrensgegenständliche Entscheidung sind die national am 12.5.2010 und EU-weit am 15.5.2010 veröffentlichten geänderten Ausschreibungsunterlagen. Zur Organisationsform des verfahrensgegenständlich zur Ausschreibung gelangten Auftrages ist darin festgelegt, dass "die Maßnahme sowohl als Vollzeitmaßnahme mit 36 Stunden je Woche (Mo- Do je 8 Stunden, Fr. 4 Stunden vormittags) als auch als Teilzeitmaßnahme mit einem Stundenausmaß von 20 Maßnahmenstunden je Woche (Mo-Fr. je 4 Stunden vormittags) anzubieten ist." Weiters ist gefordert, dass "die freie Nutzung der Infrastruktur/Ressourcen für eigeninitiierte Stellensuche oder Arbeitsmarktrecherchen, außerhalb der geregelten Maßnahmenstunden, von Montag bis Donnerstag im Zeitraum zwischen 8 Uhr bis 16 Uhr gesichert sein muss." [(vgl. Pkt. 8, Leistungs-/Maßnahmenbeschreibung, P

115.970 (Version 10.05.2010)].

Hinsichtlich der Kalkulation des Personalaufwandes und der Maßnahmenstunden gibt die Ausschreibung vor, dass "sich

basierend auf den ... Ganztags- und Halbtagskursplätzen, den ...

unterrichtsfreien Zeiten, den Vorgaben zur Organisation und Lage der Maßnahmenstunden und dem durchschnittlichen TeilnehmerInnen:

TrainerInnenschlüssel kalkulatorische Vorgaben für die Normwoche (MS = Maß-nahmenstunden) ergeben". Sie enthält den ausdrücklichen Hinweis: "Achtung: Sämtliche Maßnahmenstunden TrainerInnen sind im Maßnahmenblatt Kalkulation zwingend in der Kategorie `Personalaufwand GruppentrainerInnen anzuführen und auszupreisen." [vgl. Pkt. 16.1, Leistungs- /Maßnahmenbeschreibung, P 115.970 (Version 10.05.2010)].

Nach den allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der § 914ff ABGB, sind die Ausschreibungsunterlagen nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Auszugehen ist zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (vgl. VwGH vom 29.3.2006, Zlen. 2004/04/0144, 0156, 0157 und dem folgend in ständiger Rechtssprechung BVA 17.4.2009, N/0152-BVA/02/2008-31 u. v.a.). Nach den allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraph 914 f, f, ABGB, sind die Ausschreibungsunterlagen nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Auszugehen ist zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich vergleiche VwGH vom 29.3.2006, Zlen. 2004/04/0144, 0156, 0157 und dem folgend in ständiger Rechtssprechung BVA 17.4.2009, N/0152-BVA/02/2008-31 u. v.a.).

Unter Zugrundelegung dieses Interpretationsmaßstabes ergibt sich aus den oben wieder gegebenen, in der Ausschreibungsunterlage "Leistungs-/Maßnahmen-beschreibung, P 115.970 (Version 10.5.2010)" getroffenen und

mangels fristgerechter Anfechtung bestandfest gewordenen (vgl. VwGH 25.6.2008, 2006/04/0116; 27.6.2007, 2005/04/0234; ebenso BVA 1.7.2008, N/0056- BVA/04/2008-20, u.a.) Festlegungen eindeutig, dass die ausgeschriebene Qualifizierungsmaßnahme vom Bieter dahingehend zu organisieren ist, dass die sog. "Vollzeitmaßnahme" von Montag bis Donnerstag mit jeweils 8 Wochenstunden und am Freitag mit lediglich 4 Wochenstunden ausschließlich am Vormittag anzubieten ist, wobei die Gesamtstundenanzahl pro Woche mit 36 Stunden begrenzt bleibt. Die gleichfalls anzubietende sog. "Teilzeitmaßnahme" mit einem maximalen Wochenstundenausmaß von 20 Maßnahmenstunden hat mit 4 Stunden jeweils ausschließlich vormittags von Montag bis einschließlich Freitag stattzufinden. Ergänzend hat der Bieter sicherzustellen, dass die Infrastruktur bzw. deren Ressourcen außerhalb der geregelten Maßnahmenstunden, von Montag bis Donnerstag im Zeitraum zwischen 8 Uhr bis 16 Uhr den Jugendlichen zur freien Nutzung zur Verfügung stehen. Unter Zugrundelegung dieses Interpretationsmaßstabes ergibt sich aus den oben wieder gegebenen, in der Ausschreibungsunterlage "Leistungs-/Maßnahmen-beschreibung, P 115.970 (Version 10.5.2010)" getroffenen und mangels fristgerechter Anfechtung bestandfest gewordenen vergleiche VwGH 25.6.2008, 2006/04/0116; 27.6.2007, 2005/04/0234; ebenso BVA 1.7.2008, N/0056- BVA/04/2008-20, u.a.) Festlegungen eindeutig, dass die ausgeschriebene Qualifizierungsmaßnahme vom Bieter dahingehend zu organisieren ist, dass die sog. "Vollzeitmaßnahme" von Montag bis Donnerstag mit jeweils 8 Wochenstunden und am Freitag mit lediglich 4 Wochenstunden ausschließlich am Vormittag anzubieten ist, wobei die Gesamtstundenanzahl pro Woche mit 36 Stunden begrenzt bleibt. Die gleichfalls anzubietende sog. "Teilzeitmaßnahme" mit einem maximalen Wochenstundenausmaß von 20 Maßnahmenstunden hat mit 4 Stunden jeweils ausschließlich vormittags von Montag bis einschließlich Freitag stattzufinden. Ergänzend hat der Bieter sicherzustellen, dass die Infrastruktur bzw. deren Ressourcen außerhalb der geregelten Maßnahmenstunden, von Montag bis Donnerstag im Zeitraum zwischen 8 Uhr bis 16 Uhr den Jugendlichen zur freien Nutzung zur Verfügung stehen.

Aus Sicht eines durchschnittlich fachkundigen Bieters, so auch aus der Sicht der Antragstellerin, war bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN-AG Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 11.2.2008, N/0006- BVA/04/2008-24; 11.1.2008; N/0112- BVA/14/2007-20; u.a.] davon auszugehen, dass dem Angebot uneingeschränkt alle Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen, also insbesondere auch die im vorigen Absatz zusammengefasst dargestellten, dem Angebot zu Grunde zu legen sind.

Im Angebot vom 1.6.2010 (vgl. Konzept "Schulungszentrum Graz (SZG) für Jugendliche", Pkt 8.1ff.) hält die Antragstellerin zur Organisationsform fest, dass "das Ausbildungssystem so konzipiert ist, dass es sowohl als Vollzeitmaßnahme (36MS/Woche) als auch als Teilzeitmaßnahme (20MS/Woche) besucht werden kann." Im Angebot vom 1.6.2010 vergleiche Konzept "Schulungszentrum Graz (SZG) für Jugendliche", Pkt 8.1ff.) hält die Antragstellerin zur Organisationsform fest, dass "das Ausbildungssystem so konzipiert ist, dass es sowohl als Vollzeitmaßnahme (36MS/Woche) als auch als Teilzeitmaßnahme (20MS/Woche) besucht werden kann."

Gleichzeitig wurden die Kurszeiten fixiert mit:

- -Strichaufzählung
für die Vollzeitmaßnahme "Montag bis Donnerstag von 8:00 bis 12:00 Uhr und 13:00 bis 17:00 Uhr (8MS/Tag), Freitag von 8:00 Uhr bis 12:00 Uhr (4MS/Tag)".
- -Strichaufzählung
für die Teilzeitmaßnahme "Montag bis Freitag von 8:00 bis 12:00 Uhr (4MS/Tag)".

Auch im Kalkulationsformular "BM Kalkulation/ Abrechnung Einheitspreise 03" wurden von der Antragstellerin dieselben Unterrichtszeiten - wie bei der Darstellung der Normwoche - angeboten und schließlich nochmals in der in diesem Formular vorgesehenen "Anmerkung" gleichlautend angeführt. Wie der dem Konzept beiliegenden "Übersicht der zu leistenden Stunden je Lehr- und Betreuungsperson" zu entnehmen ist, teilen sich die insgesamt angebotenen 50048 Maßnahmenstunden auf 34 Trainerinnen und Trainer auf. Die voraussichtliche Maximalleistung an Maßnahmenstunden pro Trainer bzw Trainerin wurde mit 1700 im Durchführungszeitraum angegeben.

Für "Nacheinstiege" in das Ausbildungssystem ist vorgesehen, dass diese "täglich von Montag bis Freitag jederzeit innerhalb der Rahmenschulzeiten (siehe Kurszeiten Vollzeitmaßnahme)

möglich sind ... Die TeilnehmerInnen ... einer Teilzeit- oder

Vollzeitgruppe zugeteilt werden" als auch, dass "ein Einzelcoachingtermin beim/bei der zuständigen Personal CoachIn

vereinbart wird" (vgl. Konzept Pkt. 8.5.1). Laut Konzept (vgl. Pkt. 8.5.6) steht die SZG-Learning Lounge "außerhalb der geregelten Maßnahmenstunden den Jugendlichen für die Vollzeitgruppe zugeteilt werden" als auch, dass "ein Einzelcoachingtermin beim/bei der zuständigen Personal CoachIn vereinbart wird" vergleiche Konzept Pkt. 8.5.1). Laut Konzept vergleiche Pkt. 8.5.6) steht die SZG-Learning Lounge "außerhalb der geregelten Maßnahmenstunden den Jugendlichen für die

eigeninitiative Stellensuche ... täglich im Zeitraum von 8:00

bis 17.00 Uhr die gesamte dafür benötigte Infrastruktur zur freien Nutzung zur Verfügung".

Nachdem der Auftraggeber im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung (vgl. Festlegung mit e-mail Mitteilungen vom 6. und 11.5.2010) zur Aufklärung bzw. zur Plausibilisierung der bei verschiedenen Trainern und Trainerinnen angebotenen voraussichtlichen Maßnahmenstunden in der Höhe von 1700 bzw. 1630 und zwar sowohl hinsichtlich deren Zusammensetzung als auch zu deren Ausmaß und Lage pro Woche aufgefordert hatte, gab die Antragstellerin in der "Plausibilisierung der Zusammensetzung der Gesamtstunden" vom 23.7.2010 an, dass sich aus ihrer Erfahrung vor allem im Bereich

Nachdem der Auftraggeber im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung vergleiche Festlegung mit e-mail Mitteilungen vom 6. und 11.5.2010) zur Aufklärung bzw. zur Plausibilisierung der bei verschiedenen Trainern und Trainerinnen angebotenen voraussichtlichen Maßnahmenstunden in der Höhe von 1700 bzw. 1630 und zwar sowohl hinsichtlich deren Zusammensetzung als auch zu deren Ausmaß und Lage pro Woche aufgefordert hatte, gab die Antragstellerin in der "Plausibilisierung der Zusammensetzung der Gesamtstunden" vom 23.7.2010 an, dass sich aus ihrer Erfahrung vor allem im Bereich

Vermittlungsunterstützung/Outplacement sowie Einzelcoaching ein flexibler Unterstützungsbedarf ergäbe und demnach Trainer und Trainerinnen für Einzelcoachings sowie Nachbetreuung flexibel auch außerhalb der Unterrichtszeiten von Montag bis Donnerstag 8:00 bis 12:00 Uhr und 13:00 bis 17:00 Uhr sowie Freitag 8:00 bis 12:00 Uhr zur Verfügung stünden.

Damit macht die Antragstellerin ausdrücklich klar, dass die von ihr angebotenen Trainer und Trainerinnen - im Widerspruch zu dem in der bestandfesten Ausschreibung festgeschriebenen maximalen Wochenstundenausmaß (36 Unterrichtsstunden für die Vollzeit- oder 20 Unterrichtsstunden für die Teilzeitmaßnahme) - eine höhere Anzahl an Wochenstunden leisten werden und dass diese Mehrstunden außerhalb der von der Antragstellerin zuvor im Angebot vom 1.6.2010 festgelegten Kurszeiten, nämlich von Montag bis Donnerstag in der Zeit von 12:00 bis 13:00 Uhr und an Freitagen ab 12:00 Uhr angeboten, werden.

Entgegen ihrem Vorbringen im verfahrenseinleitenden Schriftsatz, alle von ihr angebotenen Stunden lägen im vorgeschriebenen Maßnahmenzeitraum und insbesondere nicht am Freitag nachmittags, macht die Antragstellerin an anderer Stelle der Plausibilisierung vom 23.7.2010 nochmals deutlich, dass sie mit den Öffnungszeiten des Bewerbungsbüros täglich Montag bis Freitag von 8:00 bis 16:00 Uhr auch die Möglichkeit für flexible Termine u.a. für Einzelcoachings sowie die Nachbetreuung, also somit außerhalb der Regelkurszeiten von Montag bis Donnerstag von 8:00 bis 12:00 Uhr und 13:00 bis 17:00 Uhr und Freitag ab 12:00 Uhr, geschaffen hat.

Zu Recht weist die Antragstellerin darauf hin, dass zu den Maßnahmenzeiten nicht nur sämtliche Gruppenmaßnahmen, sondern auch sog. Individualmaßnahmen zu zählen sind. Die Begründung, weshalb diese nach ihren eigenen Ausführungen im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren für 0,5 MS, während der sich aus den Kurszeiten ergebenden einstündigen Mittagspause zusätzlich, als zeitlich nicht fixierte angebotenen Unterrichtseinheiten für Personengruppen nicht als Bestandteil der "Maßnahmenzeiten" anzubieten sind, blieb die Antragstellerin auch in ihrem theoretischen Rechenbeispiel, wonach jeder der von ihr mit 1700 MS angebotenen 10 Trainer in insgesamt 50 Maßnahmenwochen weniger als 36 Stunden pro Woche zu leisten habe, schuldig. Maßstab für die Übereinstimmung der von der Antragstellerin nunmehr angebotenen Maßnahmenzeiten ist ausschließlich jener Zeitrahmen, den der Auftraggeber unter Pkt. 8 der Leistungs-/maßnahmen-beschreibung P 115.970, Version 10.5.2010, vorgegeben hat.

Dass die Antragstellerin offenbar nicht sämtliche Unterrichtszeiten, die ihre Trainer und Trainerinnen im Zuge der Maßnahmendurchführung über den gesamten Projektzeitraum zu leisten haben werden, auch in ihr Angebot vom 1.6.2010 tatsächlich aufgenommen hat (vgl. "Übersicht der zu leistenden Stunden je Lehr- und Betreuungsperson"), spiegelt sich unter

Dass die Antragstellerin offenbar nicht sämtliche Unterrichtszeiten, die ihre Trainer und Trainerinnen im Zuge der Maßnahmendurchführung über den gesamten Projektzeitraum zu leisten haben werden,

auch in ihr Angebot vom 1.6.2010 tatsächlich aufgenommen hat vergleiche "Übersicht der zu leistenden Stunden je Lehr- und Betreuungsperson"), spiegelt sich unter

Punkt 7 des Konzeptes, wo in der Rubrik "Dauer: MS:"

entsprechende Angaben zu den konkret angebotenen Qualifizierungsmaßnahmen gemacht wurden, wider. Während demnach zB die Informationsveranstaltung für NeueinsteigerInnen einen "0,5 Tag", das entspricht "MS:4" (vgl. Konzept Pkt. 7.1.1) dauert und für EDV Basics für PC-EinsteigerInnen "1**/2* Wochen" und an Maßnahmenstunden "36**/40*" anfallen (** steht für "VZ", also Vollzeit- und * für "TZ", also Teilzeitmaßnahme, vgl. Konzept Pkt. 7.2.2.1), fehlen im Konzept vergleichbare Angaben für andere Inhalte. Bei Organisation bzw. Abwicklung von Betriebspraktika heißt es beispielsweise nur, dass sich "die Jugendlichen und jungen Erwachsenen ihre Praktikumsplätze selbständig mit Unterstützung des/der PraktikumsbetreuerIn organisieren" (vgl. Konzept Pkt. 7.5). Somit werden die Jugendlichen bei der Organisation ihrer Betriebspraktika nicht "allein" gelassen, sondern ein Trainer bzw. eine Trainerin betreut auch diesen Teil der Qualifizierungsmaßnahme zumindest in beratender Funktion. Konkrete Angaben bzw. absolute Zahlen betreffend den voraussichtlichen Zeitaufwand des Trainers/ der Trainerin in Tagen oder Maßnahmenstunden fehlen. Den Umstand, dass auch dieser Zeitaufwand für Beratung bzw. Unterstützung zu den anzubietenden Maßnahmenstunden zählt, weil - wie aus der Maßnahmenbeschreibung ersichtlich wird - keine explizite Trennung zwischen unterrichtendem und unterstützendem Personal getätigt wurde, machte der Auftraggeber in der Antwort zu Frage 12 in seiner 2. Anfragebeantwortung vom 19.2.2010 deutlich. Das gleiche Bild zeigt sich auch beim Bereich Einzelberatung/sozialpädagogische Betreuung und Nachbetreuung. Beim Einzelcoaching weist die Antragstellerin zunächst darauf hin, dass "das erste Coachinggespräch im Laufe der ersten Woche stattfindet" und weitere "Einzelcoachings pro TeilnehmerIn mindestens einmal pro Woche (im Umfang von max. 1 MS)". Die Eintragung in der Rubrik "Dauer" lautet in diesem Fall auf "laufend" und auf "MS: max. 1" (vgl. Konzept Pkt.7.1.4, 7.6f).entsprechende Angaben zu den konkret angebotenen Qualifizierungsmaßnahmen gemacht wurden, wider. Während demnach zB die Informationsveranstaltung für NeueinsteigerInnen einen "0,5 Tag", das entspricht "MS:4" vergleiche Konzept Pkt. 7.1.1) dauert und für EDV Basics für PC-EinsteigerInnen "1**/2* Wochen" und an Maßnahmenstunden "36**/40*" anfallen (** steht für "VZ", also Vollzeit- und * für "TZ", also Teilzeitmaßnahme, vergleiche Konzept Pkt. 7.2.2.1), fehlen im Konzept vergleichbare Angaben für andere Inhalte. Bei Organisation bzw. Abwicklung von Betriebspraktika heißt es beispielsweise nur, dass sich "die Jugendlichen und jungen Erwachsenen ihre Praktikumsplätze selbständig mit Unterstützung des/der PraktikumsbetreuerIn organisieren" vergleiche Konzept Pkt. 7.5). Somit werden die Jugendlichen bei der Organisation ihrer Betriebspraktika nicht "allein" gelassen, sondern ein Trainer bzw. eine Trainerin betreut auch diesen Teil der Qualifizierungsmaßnahme zumindest in beratender Funktion. Konkrete Angaben bzw. absolute Zahlen betreffend den voraussichtlichen Zeitaufwand des Trainers/ der Trainerin in Tagen oder Maßnahmenstunden fehlen. Den Umstand, dass auch dieser Zeitaufwand für Beratung bzw. Unterstützung zu den anzubietenden Maßnahmenstunden zählt, weil - wie aus der Maßnahmenbeschreibung ersichtlich wird - keine explizite Trennung zwischen unterrichtendem und unterstützendem Personal getätigt wurde, machte der Auftraggeber in der Antwort zu Frage 12 in seiner 2. Anfragebeantwortung vom 19.2.2010 deutlich. Das gleiche Bild zeigt sich auch beim Bereich Einzelberatung/sozialpädagogische Betreuung und Nachbetreuung. Beim Einzelcoaching weist die Antragstellerin zunächst darauf hin, dass "das erste Coachinggespräch im Laufe der ersten Woche stattfindet" und weitere "Einzelcoachings pro TeilnehmerIn mindestens einmal pro Woche (im Umfang von max. 1 MS)". Die Eintragung in der Rubrik "Dauer" lautet in diesem Fall auf "laufend" und auf "MS: max. 1" vergleiche Konzept Pkt.7.1.4, 7.6f).

Nicht nur vor diesem Hintergrund vermag das Vorbringen der Antragstellerin, Individualmaßnahmen/Einzelcoachings an Freitagnachmittagen seien nicht der Kalkulation zu Grunde gelegt worden, es handle sich um ein optionales, kostenfreies Zusatzservice auf freiwilliger Basis und es wäre grundsätzlich nicht notwendig, darauf in der Mittagszeit zurückzugreifen, nicht zu überzeugen. Zum einen handelt es sich auch bei einem "optionalen, kostenfreien Zusatzservice auf freiwilliger Basis" um eine, wenn auch möglicherweise vom Auftraggeber nicht zu vergütende, aber ihm dennoch von der Antragstellerin angebotene Leistung und zum anderen bekräftigte die Antragstellerin nochmals in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt, dass Maßnahmenstunden zB für Nachbetreuung zusätzlich während der unterrichtsfreien Zeit von Montag bis Donnerstag zwischen 12:00 und 13:00 Uhr durchgeführt werden können, also somit für die über Mittag vorgesehene unterrichtsfreie Zeit angeboten werden. Selbst wenn es

der Antragstellerin bei anderen Aufträgen (wie zB in Liezen und Leibnitz), die sie für den Auftraggeber durchführt, möglich sein sollte, bei mehr als 1700 MS pro Trainer in dem vom Auftraggeber vorgegebenen Zeitrahmen den Unterricht abzuhalten, verändert das nicht das verfahrensgegenständliche Angebot.

Das Argument der Antragstellerin, das vom Auftraggeber vorgegebene Kalkulationsformular lasse nur die Darstellung einer Normwoche zu, sodass auf Einzelcoachings und Betriebspraktika keine Rücksicht genommen werden könne, stellt sich als Schutzbehauptung dar. Schließlich bestätigt die Antragstellerin gleichzeitig, dass Abweichungen von der Normwoche in demselben Kalkulationsformular vom Bieter unter "Anmerkung" eingetragen werden können. Selbst wenn die Meinung der Antragstellerin zuträfe, dass eine "Plausibilisierung" des Angebotes mit den in der Ausschreibung festgelegten Formularen nicht darstellbar wäre, stellt sich das Angebot der Antragstellerin - insbesondere nach bereits erfolgter Aufklärung - als nicht mit dem, in den Ausschreibungsbestimmungen vorgegebenen Zeitrahmen übereinstimmend und somit als nicht plausibel dar.

Für die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen gelten gemäß § 141 Abs 1 BVergG 2006 ausschließlich die Bestimmungen des Abschnitts für die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen, der erste Teil mit Ausnahme des § 2 Z 16, die §§ 3 Abs 1, 6, 9, 10, 12 Abs 1 und 3, 13, 16, 20 Abs 2, 3 und 5, 21, 44, 49, 98, 132 Abs 3 und 140 Abs 10 sowie der 4. bis 6. Teil des BVergG. Für die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen gelten gemäß Paragraph 141, Absatz eins, BVergG 2006 ausschließlich die Bestimmungen des Abschnitts für die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen, der erste Teil mit Ausnahme des Paragraph 2, Ziffer 16,, die Paragraphen 3, Absatz eins, 6, 9, 10, 12, Absatz eins und 3, 13, 16, 20 Absatz 2, 3 und 5, 21, 44, 49, 98, 132 Absatz 3 und 140 Absatz 10, sowie der 4. bis 6. Teil des BVergG.

Damit wird dem Auftraggeber im Vergleich zur Vergabe von prioritären Dienstleistungen bei der Beschaffung von nicht prioritären Dienstleistungen ein weitaus größerer Gestaltungsspielraum eingeräumt. Der Auftraggeber unterliegt - die §§ 25 bis 41 BVergG 2006 finden bei der Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen keine Anwendung - bei der Wahl des Vergabeverfahrens keinem Typenzwang. Nach den insofern zulässigen und gleichfalls bestandfesten Festlegungen des Auftraggebers in der Ausschreibung wird der verfahrensgegenständliche Auftrag in einem sog. Damit wird dem Auftraggeber im Vergleich zur Vergabe von prioritären Dienstleistungen bei der Beschaffung von nicht prioritären Dienstleistungen ein weitaus größerer Gestaltungsspielraum eingeräumt. Der Auftraggeber unterliegt - die Paragraphen 25 bis 41 BVergG 2006 finden bei der Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen keine Anwendung - bei der Wahl des Vergabeverfahrens keinem Typenzwang. Nach den insofern zulässigen und gleichfalls bestandfesten Festlegungen des Auftraggebers in der Ausschreibung wird der verfahrensgegenständliche Auftrag in einem sog.

"Standardverfahren des AMS" vergeben (vgl.

Ausschreibungsunterlage zur Erstellung eines Angebots, Version 10.5.2010, Pkt. 4.18.1. BM1). In diesem laut Ausschreibung einstufigen, in Anlehnung an das offene Verfahren gemäß BVergG gestalteten Verfahren haben die Bieter vollständig ausgearbeitete Angebote innerhalb der Angebotsfrist einzureichen. Gleichzeitig behält sich der Auftraggeber die Möglichkeit (arg. kann) vor, mit dem bestgereihten Bieter Verhandlungen zu führen. Diesen Verhandlungen werden jedoch inhaltliche Grenzen gesetzt. Zulässig sind lediglich "Adaptionen in geringem Umfang, die den Leistungsgegenstand in seinen wesentlichen Grundzügen nicht verändern".

Die von der Antragstellerin infolge des Aufklärungsauftrages des Auftraggebers erfolgte "Plausibilisierung" ihres Angebotes erfolgte mittels e-mail Mitteilung vom 23.7.2010. Damit stellte die Antragstellerin klar, dass die von ihr mit Angebot vom 1.6.2010 für jeden Tag der Maßnahmenwoche (Montag bis Donnerstag von 8:00 bis 12:00 Uhr und 13:00 bis 17:00 Uhr sowie Freitag von 8:00 bis 12:00 Uhr) angegebenen Unterrichtszeiten nicht abschließend sind. Diese nachträgliche Änderung der Organisationsform verändert den ursprünglichen Inhalt des gemäß den Ausschreibungsbestimmungen bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe vollständig auszuarbeitenden Angebots. Eine solche Abänderung des Angebotsinhaltes wäre der Antragstellerin auch nicht im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens, für den Fall, dass der Auftraggeber mit der Antragstellerin Verhandlungen aufgenommen hätte, offen gestanden. Im Rahmen des in der Ausschreibung vorgegebenen eng begrenzten Verhandlungsspielraums, wäre eine Änderung der ursprünglich angebotenen Organisationsform durch Ausweitung der Unterrichtszeiten als Veränderung des verfahrensgegenständlich ausgeschriebenen Leistungsgegenstandes in seinen wesentlichen Grundzügen ebenso unzulässig.

Wie bei den prioritären Dienstleistungen sind auch bei nicht nichtprioritären Dienstleistungsaufträgen gemäß § 141

Abs 2. zweiter Satz BVergG 2006 neben den gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten und dem Diskriminierungsverbot die Grundsätze der Transparenz und des freien und lauten Wettbewerbes zu beachten. Aus dem zuletzt genannten Grundsatz ist auch abzuleiten, dass der Auftraggeber in keiner Phase des Vergabeverfahrens einem bestimmten Bieter eine Sonderstellung oder eine irgendwie geartete Bevorzugung einräumen darf (vgl. BVA 30.4.2010, N/0019-BVA/04/2010-24). Würde das Angebot der Antragstellerin dennoch als ausschreibungskonform gewertet werden, widerspräche das dem in § 141 Abs 2 zweiter Satz BVergG 2006 festgelegten Grundsatz der Gleichbehandlung, denn die Möglichkeit des Abweichens von den bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen war den übrigen Bietern nicht bekannt (vgl. VwGH 1.7.2010, Zl. 2006/04/0092-6). Zudem käme es zu einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin gegenüber den übrigen Bietern, für die die Festlegungen in der Ausschreibung der verfahrensgegenständlich ausgeschriebenen Qualifizierungsmaßnahme den Maßstab für die anzubietende Organisationsform bildeten. Wie bei den prioritären Dienstleistungen sind auch bei nicht nichtprioritären Dienstleistungsaufträgen gemäß Paragraph 141, Absatz 2, zweiter Satz BVergG 2006 neben den gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten und dem Diskriminierungsverbot die Grundsätze der Transparenz und des freien und lauten Wettbewerbes zu beachten. Aus dem zuletzt genannten Grundsatz ist auch abzuleiten, dass der Auftraggeber in keiner Phase des Vergabeverfahrens einem bestimmten Bieter eine Sonderstellung oder eine irgendwie geartete Bevorzugung einräumen darf (vergleiche BVA 30.4.2010, N/0019-BVA/04/2010-24). Würde das Angebot der Antragstellerin dennoch als ausschreibungskonform gewertet werden, widerspräche das dem in Paragraph 141, Absatz 2, zweiter Satz BVergG 2006 festgelegten Grundsatz der Gleichbehandlung, denn die Möglichkeit des Abweichens von den bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen war den übrigen Bietern nicht bekannt (vergleiche VwGH 1.7.2010, Zl. 2006/04/0092-6). Zudem käme es zu einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin gegenüber den übrigen Bietern, für die die Festlegungen in der Ausschreibung der verfahrensgegenständlich ausgeschriebenen Qualifizierungsmaßnahme den Maßstab für die anzubietende Organisationsform bildeten.

Die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen stellen die Grundlage der Prüfung und Bewertung der Angebote dar. Alle Bieter müssen darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbestimmungen einhält (vgl. BVA 18.6.2008, N/0053-BVA/02/2008-19; 6.10.2009, N/0086-BVA/02/2009- 32). Nach den Ausschreibungsbestimmungen (vgl. Pkt. 4.19.10 BM1, gültig ab: 6.5.2010) hat die vergebende Stelle vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden. Die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen stellen die Grundlage der Prüfung und Bewertung der Angebote dar. Alle Bieter müssen darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbestimmungen einhält (vergleiche BVA 18.6.2008, N/0053-BVA/02/2008-19; 6.10.2009, N/0086-BVA/02/2009- 32). Nach den Ausschreibungsbestimmungen (vergleiche Pkt. 4.19.10 BM1, gültig ab: 6.5.2010) hat die vergebende Stelle vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden.

Bei dem von der Antragstellerin gelegten Angebot handelt es sich insbesondere infolge der Ausweitung der Maßnahmenzeiten, um ein ausschreibungswidriges Angebot, welches vom Auftraggeber im Ergebnis zu Recht ausgeschieden wurde. Auf das weitere Vorbringen war daher schon aus diesem Grund nicht mehr einzugehen.

III. Zu Spruchpunkt II römisch drei. Zu Spruchpunkt römisch zwei

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

Da - wie sich aus Spruchpunkt I ergibt - der Nachprüfungsantrag vom 9.8.2010 abgewiesen wurde und daher auch kein "teilweises Obsiegen" der Antragstellerin iSv § 319 Abs 1 BVergG vorliegt, ist der diesbezügliche Antrag, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag bezieht, abzuweisen. Da - wie sich aus Spruchpunkt römisch eins ergibt - der Nachprüfungsantrag vom 9.8.2010 abgewiesen wurde und daher auch kein "teilweises Obsiegen" der Antragstellerin iSv Paragraph 319, Absatz eins, BVergG vorliegt, ist der diesbezügliche Antrag, soweit er

sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag bezieht, abzuweisen.

Ebenso ist der Antrag der Antragstellerin, soweit er sich auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 9.8.2010 bezieht, gemäß § 319 Abs. 2 BVergG abzuweisen. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 16.8.2010, N/0067- BVA/02/2010-EV68, stattgegeben, der Nachprüfungsantrag vom 9.8.2010 wurde jedoch gemäß § 320 Abs. 1 leg. cit. unter Spruchpunkt I abgewiesen. Ebenso ist der Antrag der Antragstellerin, soweit er sich auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 9.8.2010 bezieht, gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG abzuweisen. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 16.8.2010, N/0067- BVA/02/2010-EV68, stattgegeben, der Nachprüfungsantrag vom 9.8.2010 wurde jedoch gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg. cit. unter Spruchpunkt römisch eins abgewiesen.

Schlagworte

Verhandlungsverfahren ohne vorherigem Aufruf zum Wettbewerb, Interpretation Ausschreibung, bestandfeste Ausschreibung, Aufklärung Angebot, ausschreibungswidriges Angebot;

Zuletzt aktualisiert am

23.11.2010

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