

TE Verg Bescheid 2010/4/30 N/0019-BVA/04/2010-24

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.04.2010

Norm

BVergG 2006 §141 Abs1

BVergG 2006 §141 Abs2

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs1

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

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

1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, und Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 15/2010 (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "'Schulungszentrum Graz (SZG) für Erwachsene' Projektnummern: Das

Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, und Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "'Schulungszentrum Graz (SZG) für Erwachsene' Projektnummern:

Teillos 1: P 115.968 und Teillos 2: P 119.261" des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch das Arbeitsmarktservice (AMS) Steiermark, Babenbergerstraße 33, 8020 Graz, dieses vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 15.3.2010, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "die Ausschreibung der Auftraggeberin für nichtig zu erklären", wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der in eventu gestellte Antrag, "alle Bestimmungen in der Ausschreibung, die für die Berechnung, Kalkulation und Anerkennung von Personalaufwand vorgesehen sind, für nichtig zu erklären", wird abgewiesen.

III.römisch drei.

Dem in eventu gestellten Antrag, "folgende Punkte und Bestandteile der Ausschreibung für nichtig zu erklären:

- -Strichaufzählung
Punkt 4.19.6 der BM 1
- -Strichaufzählung
Punkt 4.19.6.1 der BM 1
- -Strichaufzählung
Punkt 4.19.6.2 der BM 1
- -Strichaufzählung
Punkt 4.19.6.4 der BM 1
- -Strichaufzählung
das Formular 'BM Plausibilisierung Einheitspreis GruppentrainerInnen'
- -Strichaufzählung
Punkt 6.1 der BM-AGB des AMS Steiermark", wird stattgegeben.

Die einen Bestandteil der Ausschreibung bildenden Punkte 4.19.6, 4.19.6.1, 4.19.6.2 und 4.19.6.4 der "Vorstandsrichtlinie zur Vergabe von Bildungsmaßnahmen (BM 1)" sowie Punkt 6.1 der für das Arbeitsmarktservice Steiermark geltenden "Allgemeinen Bestimmungen zur Gewährung von finanziellen Leistungen an Bildungsträger für die entstehenden Personal- und Sachkosten bei der Durchführung von Bildungsmaßnahmen, die vom AMS übertragen werden" (AGB) in der Version 10 und das Formular "BM Plausibilisierung Einheitspreis GruppentrainerInnen" werden für nichtig erklärt.

IV.römisch vier.

Dem Antrag des Antragstellers auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 319 BVergG durch den Auftraggeber binnen 14 Tagen zu Händen des Rechtsvertreters des Antragstellers bei sonstiger Exekution, wird stattgegeben. Der Auftraggeber hat der antragstellenden A***, den Betrag von € 623,00 für die vom Antragsteller gemäß § 318 Abs 1 BVergG für den Nachprüfungsantrag sowie für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides zu Händen des Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Dem Antrag des Antragstellers auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 319, BVergG durch den Auftraggeber binnen 14 Tagen zu Händen des Rechtsvertreters des Antragstellers bei sonstiger Exekution, wird stattgegeben. Der Auftraggeber hat der antragstellenden A***, den Betrag von € 623,00 für die vom Antragsteller gemäß Paragraph 318, Absatz eins,

BVergG für den Nachprüfungsantrag sowie für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides zu Händen des Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Die Ausschreibungsbekanntmachung zum Vergabeverfahren "'Schulungszentrum Graz (SZG) für Erwachsene' Projektnummern:

Teillos 1: P 115.968 und Teillos 2: P 119.261" wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter 2010/S 23-032902 am 3.2.2010 veröffentlicht. Der als Dienstleistungsauftrag der Dienstleistungskategorie 24 qualifizierte Auftrag, unterteilt in 2 Teillose, soll in Form eines "offenen Verfahrens" nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde der 23.3.2010, 10.00 Uhr, fixiert.

Einleitend wird in den Ausschreibungsunterlagen zu beiden Teillosen eingeladen, zur Unterstützung der Qualifizierung von Arbeitskräften ein Angebot für die Durchführung der in den Ausschreibungsunterlagen beschriebenen Maßnahmen zu legen. Dazu soll ein Durchführungskonzept erstellt werden, für das im Leitfaden der Ausschreibungsunterlagen die Rahmenbedingungen vorgegeben sind. Danach sollen in diesem Durchführungskonzept die konkreten Inhalte der einzelnen Maßnahmen detailliert mit Angaben der jeweiligen Maßnahmeneinheiten dargestellt werden.

Für die Dauer ist in den Leistungs- und Maßnahmenbeschreibungen unter Punkt 5. Nachfolgendes vorgesehen:

"Dauer

28.06.2010 - 26.06.2011

Gesetzliche Feiertage bzw. unterrichtsfreie Zeiten während des Durchführungszeitraumes:

- -Strichaufzählung
Nationalfeiertag: 26.10.2010
- -Strichaufzählung
Allerheiligen: 01.11.2010
- -Strichaufzählung
Maria Empfängnis: 08.12.2010
- -Strichaufzählung
Weihnachtsunterbrechung: 24.12.2010 - 09.01.2011
- -Strichaufzählung
Ostermontag: 25.04.2011
- -Strichaufzählung
Christi Himmelfahrt: 02.06.2011
- -Strichaufzählung
Pfingstmontag: 13.06.2011
- -Strichaufzählung
Fronleichnam: 23.06.2011

Der Durchführungszeitraum entspricht somit 242 Maßnahmentagen bei einer 5-Tagewoche von Montag bis Freitag unter Berücksichtigung der unterrichtsfreien Zeiten bzw. gesetzlichen Feiertage."

Die anzubietenden Kursinhalte sind in drei Phasen unterteilt. Die 1. Phase (Einstiegs- und Orientierungsphase - 7.1.) umfasst unter anderem Informationsveranstaltungen und Einzelgespräche mit NeueinsteigerInnen, Berufs- und Sozialanamnese, Berufsorientierung, Erstellung eines individuellen Bildungsplanes, Abgleich zwischen individuellen Vorstellungen und der betrieblichen Realität, Klärung/Regelung von Kinderbetreuungs- und /oder Mobilitätsproblemen, Gesundheitschecks durch ArbeitsmedizinerInnen bzw. anerkannte Institute und berufsdiagnostische Abklärungen bei einem anerkannten berufsdiagnostischen Institut. Die 2. Phase (Qualifizierung - 7.2.) umfasst mit einem individuellen Qualifizierungsanteil mehr als 50% des individuellen Kurszeitraumes. Dabei sind folgende Ausbildungsbereiche anzubieten: EDV Bereich, Verkauf/Handel, Lager/Kran/Stapler, Büro/Sekretariat, kaufmännisch/wirtschaftlicher Bereich, Persönlichkeitsbildung, Sprache, Lernzentrum und sonstige Qualifizierung über Individualschulung im Rahmen des Kurses. Die 3. Phase (Outplacement/Vermittlungsunterstützung - 7.3.) soll

begleitend etwa 3 Wochen vor dem individuellen Kursende angeboten werden. Diese besteht auch aus einem speziellen Bewerbungstraining für AusländerInnen mit gezielter Jobsuche, einer speziellen Aktivgruppe für Personen mit hohem Bildungsniveau, einem Aktivierungsmodell für Personen, die bereits AMS-Kurse absolviert haben, sowie Zusatzangeboten, wie Wirbelsäulen- und Aufbaustraining, allgemeiner Gesundheitsförderung, Farb-, Typ- und Stilberatung, RaucherInnenentwöhnung sowie Betriebspraktika, einer Einzelberatung/sozialpädagogischen Betreuung und einer Nachbetreuung.

Die Anzahl der für den jeweiligen oben genannten Bereich voraussichtlich erforderlichen TrainerInnen (Maßnahmenpersonal) wird in den Ausschreibungsunterlagen basierend auf Erfahrungswerten einer ähnlichen Bildungsmaßnahme pro Teillos im Punkt 11 (Maßnahmenpersonal) genau festgelegt. Darin werden Mindestzahlen und Mindestanforderungen angeführt. Beim Maßnahmenpersonal für Tätigkeiten der 1. und 3. Phase sowie bei der Einzelberatung/Sozialpädagogische Betreuung werden für 15 Personen u.a. Berufserfahrung, die durch vergleichbare Tätigkeiten in arbeitsmarktpolitischen Maßnahmen im Ausmaß von mindestens 1000 Stunden erworben wurde, festgelegt. Eine Berufserfahrung in diesem Ausmaß wird auch für die 5 erforderlichen TrainerInnen im EDV Bereich, für 1 TrainerIn im Verkauf/Handel sowie für 2 TrainerInnen im Büro/Sekretariatsbereich und für 1 TrainerIn im kaufmännischen Bereich sowie 1 TrainerIn im Persönlichkeitsbildungsbereich, für 1,5 TrainerInnen im Sprachbereich (Englisch) und Lernzentrum, für 2 SprachtrainerInnen - Deutsch für AusländerInnen und für 1,5 TrainerInnen im Bereich - Betriebspraktika genannt. Für den/die Physiotherapeuten/in sind auch 1000 Stunden Berufserfahrung für das Gesundheitsmodul vorgesehen. Zwei TrainerInnen sind für den Lager/Kran/Staplerbereich mit einem Ausmaß von mindestens 500 Stunden Erfahrung in vergleichbaren Projekten bzw. im Umgang mit Kränen/Staplern im Ausmaß von 500 Stunden genannt. Für das Zusatzmodul "Farb- Typ- und Stilberatung" ist 1 TrainerIn oder 1 Experte/Expertin als Subunternehmer vorgesehen.

Der Kalkulation (Punkt 16.1 - Personalaufwand TrainerInnen und Maßnahmenstunden- TeilnehmerInnen) ist ein TeilnehmerInnen-TrainerInnenschlüssel von 8 zu 1 (1 bis einschließlich 8 TeilnehmerInnen für 1 TrainerIn bzw. 9 bis einschließlich 16 TeilnehmerInnen für 2 TrainerInnen usw.) zu Grunde zu legen. Für eine reguläre Normwoche sind 1040 Maßnahmenstunden vorgegeben. Für den gesamten Maßnahmenzeitraum sind damit pro Teillos 50.276 Maßnahmenstunden TrainerInnen und ebenso 50.276 Maßnahmenstunden TeilnehmerInnen zu kalkulieren. Sämtliche Maßnahmenstunden-TrainerInnen sind im Maßnahmenblatt Kalkulation zwingend in der Kategorie "Personalaufwand-GruppentrainerInnen" anzuführen und auszupreisen.

Im Punkt 10. der Ausschreibungsunterlagen (Angaben zu Subunternehmer-eigenschaft) ist Nachfolgendes ausgeführt:

"Von Subunternehmern müssen die Eignungsnachweise 6, 7 und 9 erbracht werden. Die Weitergabe von mehr als 10% (gemessen am Gesamtwert) der Leistung an Subunternehmer ist unzulässig. Der Bieter hat in seinem Angebot die Leistungsteile zu benennen, die er möglicherweise an Subauftragnehmer weiterzugeben beabsichtigt. Die Verantwortung der ordnungsgemäßen Abwicklung der Subaufträge liegt beim Bieter. Als Subunternehmer gelten Unternehmen/Bildungsträger, die Teile einer Bildungsmaßnahme eigenständig durchführen und die im Gegensatz zu Bietergemeinschaften kein Vertragsverhältnis mit dem AMS eingehen, sondern nur mit dem Bieter/Auftragnehmer, der mit der Durchführung der Bildungsmaßnahme beauftragt wird. 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 den Auftrag durchführen, gelten nicht als Subunternehmer."

In den Ausschreibungsunterlagen wird außerdem unter den Durchführungsbestimmungen darauf hingewiesen, dass die "Allgemeinen Bestimmungen zur Gewährung von finanziellen Leistungen an den Bildungsträger für die entstehenden Personal- und Sachkosten bei der Durchführung von Bildungsmaßnahmen, die vom AMS übertragen werden" in der zum Zeitpunkt der Einladung zur Angebotslegung gültigen Fassung des AMS Steiermark in der Version 10 (in der Folge AGB) gelten.

In den genannten AGB werden unter Punkt 3. die Maßnahmenstunden- Maßnahmenpersonal (in der Folge MSP) als Anzahl der Maßnahmenstunden des Personals, die von diesem während der Maßnahme geleistet werden, definiert. Sie unterscheidet sich von der Anzahl der Maßnahmenstunden TeilnehmerInnen (in der Folge MS), die bei traditionellen Maßnahmen mit der Anzahl der Unterrichtseinheiten ident ist. Unter Maßnahmenpersonal sind nur die in einer Maßnahme tätigen Personen zu verstehen, die mit den MaßnahmenteilnehmerInnen arbeiten. Nicht darunter

fallen beispielsweise Office - MitarbeiterInnen. Außerdem ist bei der Kalkulation zwischen Gruppen- und EinzeltrainerInnen zu unterscheiden. Als GruppentrainerInnen werden jene TrainerInnen definiert, die eine Gruppe von Personen im Klassenverband unterrichten.

Weiters wird unter Punkt 6.1 (Aufwandsbereich Maßnahmenpersonal) der AGB Nachfolgendes ausgeführt:

"Ergibt der Einheitspreis für GruppentrainerInnen einen niedrigeren als den in der jeweils geltenden 'Vorstandsrichtlinie zur Vergabe von Bildungsmaßnahmen (BM 1)' festgelegten Wert⁴, so muss dem Angebot automatisch eine Plausibilisierung der Zusammensetzung dieses Einheitspreises beigelegt werden. Hierzu ist das Formular 'BM Plausibilisierung Einheitspreis GruppentrainerInnen' zu

verwenden,.....

In der Kalkulation ist jedenfalls anzugeben, für wieviele Maßnahmenstunden in Summe Personal zum Einsatz kommen wird. Der Bieter hat zu errechnen, in welcher Höhe durchschnittliche Personalkosten pro Maßnahmenstunde anfallen werden.

...

Wird Personal eingesetzt, das kein Dienstverhältnis zum Auftragnehmer hat, so sind etwaige Sozialversicherungsbeiträge oder sonstige gesetzliche Nebenkosten bereits zu kalkulieren. Eine Nachverrechnung dieser Zahlungen während der Maßnahme oder nach Beendigung der Maßnahme ist nicht möglich. In die Einheitspreise pro Maßnahmenstunde sind auch alle unterrichtsvorbereitenden und - nachbearbeitenden Tätigkeiten wie Testkorrekturen, Teilnahme an Besprechungen, Supervisionen etc. zu kalkulieren."

Fußnote 4 unter Punkt 6.1. der AGB lautet wie folgt:

"Die jeweils geltende Richtlinie wird auf der AMS-Hompage unter 'Kundmachung AMS-Richtlinien' veröffentlicht. Der jeweils aktuelle Wert wird unter Punkt 4.19.6 angeführt".

In der Vorstandsrichtlinie zur Vergabe von Bildungsmaßnahmen (in der Folge BM 1) wird unter Punkt 4.13 (Zulässigkeit von Subunternehmern) Nachfolgendes ausgeführt:

"Als Subunternehmer gelten

Unternehmen/Bildungsträger/Einzelpersonen, die Teile einer Bildungsmaßnahme eigenständig durchführen und die im Gegensatz zu Bietergemeinschaften kein Vertragsverhältnis mit dem Auftraggeber eingehen, sondern nur mit dem Bieter/Auftragnehmer, der mit der Durchführung der Bildungsmaßnahme beauftragt wird.

Ein Subauftragsverhältnis liegt dann vor, wenn der Subunternehmer eine abgrenzbare Werkleistung für den Bieter erbringt.

Eine gänzliche Weitergabe der Durchführung der Bildungsmaßnahme an Subunternehmer ist unzulässig.

Natürliche Personen ohne eigene betriebliche Struktur, mit denen der Bieter vertragliche Beziehungen zur Durchführung von Lehr- und Vortragstätigkeiten eingeht, und die diese Tätigkeiten nach dem Konzept, nach den organisatorischen Vorgaben (Administration, Pausenregelung und dergleichen) und in den Räumlichkeiten des Bieters durchführen, gelten nicht als Subunternehmer, sondern grundsätzlich als Personal des Bieters. Ihr Rechtsstatus ist allenfalls im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung nach Punkt 4.19.6 zu prüfen. Gleiches gilt für Personal, das dem Bieter von Dritten überlassen wird, unabhängig von der Rechtsform des Überlassers...."

Unter Punkt 4.19.6 der BM 1 (Vertiefte Angebotsprüfung hinsichtlich der korrekten Kalkulation arbeits- und sozialrechtlicher Bestimmungen) und den diesbezüglichen Unterpunkten der BM 1 wird Nachfolgendes ausgeführt:

"Bei Angeboten, die einen niedrigeren Einheitspreis für die Maßnahmenstunde Personal von GruppentrainerInnen als € 30,90 beinhalten, ist jedenfalls unabhängig von der sonstigen Eignung zu überprüfen, ob nicht durch Kalkulationen unter Verletzung arbeits- und sozialversicherungsrechtlicher Bestimmungen ein unlauterer Wettbewerbsvorteil erzielt wird. Sollte dies zutreffen, ist das Angebot auszuschneiden. In die Prüfung sind alle als eigenes Personal ausgewiesenen TrainerInnen mit Gruppenunterricht (nicht Einzelcoaches, nicht sozialpädagogische BetreuerInnen, nicht Verwaltungspersonal) einzubeziehen und zwar hinsichtlich der

* korrekten Abgrenzung zwischen freien und echten DienstnehmerInnen gemäß der 15 Stunden Regelung (siehe Punkt 4.19.6.2)

* Zulässigkeit von selbständigen TrainerInnen

Des Weiteren ist bei diesen Angeboten zu überprüfen, * ob in der Personalkostenkalkulation je Maßnahmenstunde bei echten DienstnehmerInnen der Bruttozeitlohn (meist Monatsgehalt), die Arbeitgeberabgaben und -beiträge, gesetzliche oder kollektivvertragliche Sonderzahlungen und Nichtleistungszeiten wie Urlaube, Feiertage, Krankenstände, sonstige Nichtleistungszeiten (z.B.: Weiterbildung, Dienstverhinderung) sowie die Vor- und Nachbereitungszeiten korrekt mitkalkuliert sind (siehe Punkt 4.19.6.1).

In der Ausschreibungsunterlage ist vorzugeben, dass alle Bieter, die einen niedrigeren Einheitspreis als € 30,90 für die Maßnahmenstunde Personal von GruppentrainerInnen in ihrem Angebot angeben, eine Plausibilisierung der Zusammensetzung dieses Einheitspreises durch eine listenmäßige Aufstellung beilegen müssen. Gesonderte Nachweise über die aufgelisteten Angaben sind nicht erforderlich.

In dieser listenmäßigen Aufstellung sind

- * alle TrainerInnen namentlich anzuführen,
- * sowie die Art ihres Beschäftigungsverhältnisses.
- * Bei echten Dienstnehmern überdies:

- o das zur Anwendung kommende

Mindestentlohnungsschema

(Kollektivvertrag, Mindestlohntarif)

- o das vereinbarte Beschäftigungsausmaß

(Normalarbeitszeit)

- o das (monatliche) Bruttogehalt (Zeitlohn),

- o die Kosten der produktiven Leistungsstunde -das

ist die Kalkulation der Personalkosten je Maßnahmenstunde nach den Maßstäben des Punktes 4.19.6.1.

* Bei freien Dienstnehmern und selbständigen TrainerInnen (sofern diese unter eigenem Personal geführt werden und nicht als Subauftragnehmer ausgewiesen sind) überdies:

- o das vereinbarte Honorar je Unterrichtsstunde

zuzüglich allfälliger

Dienstgeberbeiträge und -abgaben;

- o und (wenn dieser Wert unter 30,9 EUR je Maßnahmenstunde liegt)

die durchschnittliche Anzahl der Unterrichtsstunden

pro Woche für den Bieter für die Dauer des Vertragsverhältnisses sowie Angaben zur Nebenberuflichkeit.

Art der Beschäftigungsverhältnisse von TrainerInnen - Prüfmaßstäbe:

4.19.6.1 Echte DienstnehmerInnen

Bei echten Dienstnehmern ist bei niedriger kalkulierten Personalkosten als € 30,90 pro Maßnahmenstunde zu prüfen, ob eine reelle Kalkulation unter Berücksichtigung

- * des zur Anwendung kommenden Kollektivvertrages
- * aller Dienstgeberabgaben und -beiträge
- * aller Nichtleistungszeiten
- * und angemessener Vor- und Nachbereitungszeiten

diesen niedrigeren Wert ergibt.

Als Prüfmaßstab werden 94,45% Lohnnebenkosten für Dienstgeberabgaben und -beiträge und die Abgeltung von Nichtleistungszeiten angenommen. Dazu sind mindestens 20% für Vor- und Nachbereitung der Unterrichtstätigkeit zu

kalkulieren (die Lage der Vor- und Nachbereitungszeit ist demgegenüber unerheblich, sie kann auch außerhalb des Maßnahmenzeitraumes liegen).

Die korrekte Formel zur realen Kalkulation der Personalkosten je Maßnahmenstunde lautet daher ausgehend vom Bruttogehalt:

monatliches Bruttogehalt plus 94,45% Lohnnebenkosten dividiert durch

4,34821 Wochen mal (wöchentliche Normalarbeitszeit minus 20% Vor- und Nachbereitungszeit).

Gemessen an diesen Standards muss eine Maßnahmenstunde mit mindestens 26,37 EUR kalkuliert sein, wenn der BABE Kollektivvertrag zur Anwendung gelangt. Die Abteilung AMF der BGS wird den Landesgeschäftsstellen entsprechende Referenzwerte für andere in Frage kommende Kollektivverträge zur Verfügung stellen.

Angebote, die mit niedrigeren Kosten für das unterrichtende Personal kalkulieren, sind auszuschneiden, da in diesem Fall davon auszugehen ist, dass der Bieter nicht sämtliche Arbeitszeiten seiner TrainerInnen ordnungsgemäß entlohnt.

4.19.6.2 Freie DienstnehmerInnen

Bei freien DienstnehmerInnen ist zu prüfen, ob für sie zuzüglich aller Dienstgeberbeiträge und -abgaben ein Honorar in Höhe von 30,90 EUR oder mehr je Maßnahmenstunde kalkuliert ist, oder wenn dies nicht der Fall und das Honorar geringer ist, ob diese Tätigkeit nebenberuflich ist und nicht den Hauptberuf und die Hauptquelle ihrer Einnahmen bildet. Nebenberufliche TrainerInnentätigkeit in diesem Sinn ist anzunehmen, wenn die betreffende Person

- * für die Dauer des Vertragsverhältnisses nicht mehr als (durchschnittlich) 15 Stunden pro Woche für den Bieter als TrainerIn tätig ist und

- * einer anderen Erwerbstätigkeit nachgeht, aus der sie voraussichtlich ein mehr als geringfügiges Einkommen erzielt, oder

- * aus plausiblen Gründen keine weitere Erwerbstätigkeit ausübt und eine solche auch nicht anstrebt, weil sie beispielsweise einem Hochschulstudium nachgeht oder bereits eine Pension bezieht.

4.19.6.3 Arbeitskräfteüberlassung

Eine zulässige Arbeitskräfteüberlassung liegt dann vor, wenn die betreffende Person von einem anderen Arbeitgeber entlohnt wird, auch wenn keine gewerbliche Arbeitskräfteüberlassung vorliegt. Im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung gelten die gleichen Prüfmaßstäbe wie bei echten DienstnehmerInnen. Die 15-Stunden-Regel ist unbeachtlich.

4.19.6.4 Selbständigkeit

Liegt ein Subauftragsverhältnis im Sinne des Punktes 4.13 vor, ist die Verwendung als TrainerIn in AMS Maßnahmen uneingeschränkt möglich. Ansonsten nur, wenn die Bedingungen des Punktes 4.19.6.2 erfüllt sind (d.h. das AMS kümmert sich im Falle der Nebenberuflichkeit nicht um die Abgrenzung freier Dienstverhältnisse von selbständigen Erwerbstätigkeiten)."

Das Formular "BM Plausibilisierung Einheitspreis GruppentrainerInnen 01" ist - wie Nachfolgend dargestellt - ausgestaltet:

"

BM Plausibilisierung Einheitspreis GruppentrainerInnen 01

FORMULAR ZUR PLAUSIBILISIERUNG DES 'EINHEITSPREISES PERSONAL

BEI GRUPPENTRAINERINNEN'

bei der KALKULATION VON BILDUNGSMASSNAHMEN IM AUFTRAG DES AMS

Projekt-Bezeichnung:

Projektnummer:

Bieter/Schulungsträger:

1. 1.Ziffer eins

DIENTSNEHMERINNEN

Welche KV kommt zur Anwendung:

Mindestbruttogehalt lt. KV:

Normalarbeitszeit lt. KV:

Umrechnung Monat/Woche: 4,34821

Lohnnebenkosten: 94,45%

Vor- und Nachbereitungszeit: 20,00%

Mindestkosten prod.

Leistungsstunde: € 0,00

Name

Bruttogehalt pro Monat

Urlaubsanspruch in Tagen

Individuelle Arbeitszeit lt. Dienstvertrag

Kosten produktive Leistungsstunde € 0,00

Grenze

Anzahl MS gesamt

Kosten gesamt €0,00

+

-

1. 2.Ziffer 2

FREIE DIENTSNEHMERINNEN / SELBSTÄNDIGE

Name

Bruttohonorar Pro MS inkl. Abgaben

durchschnittl. MS/Woche beim Bieter

Anzahl MS in der Maßnahme

Kosten gesamt Maßnahme € 0,00

Anzahl zur Nebenberuflichkeit

+

-

Anzahl MS gesamt € 0,00

Kosten MS gesamt € 0,00

Einheitspreis Personal € 0,00

Abkürzungen:

MS=Maßnahmenstunde/n

KV=Kollektivvertrag

In den Erläuterungen zu diesem Formular wird unter Punkt 1

(DienstnehmerInnen) Folgendes ausgeführt:

".....

Bruttogehalt pro Monat: Tragen Sie hier das Bruttogehalt ohne

Berücksichtigung von Lohnnebenkosten und Vor- und Nachbereitungszeit ein, das Sie Ihrem Dienstnehmer/Ihrer Dienstnehmerin monatlich zahlen werden. Die Umrechnung auf die 'Kosten einer produktiven Leistungsstunde' (Berücksichtigung von Lohnnebenkosten im Ausmaß von 94,45% zuzüglich 20% für Vor- und Nachbereitungszeit) erfolgt automatisch und wird in der entsprechenden Spalte ausgewiesen.

....."

Auf Grund von Anfragen zur Ausschreibung übermittelte der Auftraggeber den Bewerbern mehrfach Antworten. Im Rahmen der

1. 1.Ziffer eins

Fragebeantwortung (12.2.2010) zur Frage 8 bzw der 4. Fragebeantwortung (4.3.2010) zu den Fragen 17 und 18 wurde Nachfolgendes ausgeführt:

"Frage 8:

Sind lt Richtlinie des AMS die Kosten für eine Kinderbetreuung nicht vorzugeben? Die Frage stellt sich in Verbindung der Angabe des Alters der Kinder - 2-10 Jahre, Hier sind unterschiedliche Betreuungformen zu wählen.

Antwort zu Frage 8:

In der geltenden 'Vorstandsrichtlinie zur Vergabe von Bildungsmaßnahmen (BM 1)' ist unter Punkt 4.19.11 vorgegeben, dass Kosten für Umsetzungsrahmenbedingungen (z.B. Unterkunft und Verpflegskosten, Kinderbetreuung, Ausbildungsentschädigungen, die pauschal abgegolten werden - AMS legt Fixbetrag pro Anlassfall fest-) grundsätzlich nicht in die Bewertung einzubeziehen sind.

.....

Frage 17:

Zu der per 01.02.2010 veröffentlichten Ausschreibung 'SZG - Schulungszentrum Graz für Erwachsene' Projektnummer: P 115.968, ersuchen wir um Klärung nachfolgender Fragestellungen:

Wir möchten im Rahmen der Ausschreibung 'Schulungszentrum Graz' einige TrainerInnen mit einem Werkvertrag (Honorarbasis), in welchem der Vertragszeitraum drei Jahre beträgt, einsetzen. Der Großteil der Leistungserbringung (ca. 1.850 h) würde im ersten Jahr der Projektumsetzung erbracht werden. Die restlichen Stunden würden wir in den zwei Folgejahren mit der/dem TrainerIn realisieren. Dadurch werden wir die jährlichen Leistungsstunden von 750 Stunden, bei einem Gesamtdurchrechnungszeitraum von drei Jahren nicht überschreiten. Entspricht diese Vorgehensweise den Richtlinien?

Antwort zu Frage 17:

In den Ausschreibungsunterlagen zu P 115.968 bzw. 119.261 und P 115.970 wird darauf hingewiesen, dass die 'Allgemeinen Bestimmungen zur Gewährung von finanziellen Leistungen an Bildungsträger für die entstehenden Personal- und Sachkosten bei der Durchführung von Bildungsmaßnahmen, die vom AMS übertragen werden' in der zum Zeitpunkt der Einladung zur Angebotslegung gültigen Fassung des AMS Steiermark (für die gegenständliche Bildungsmaßnahme in der Version 10) gelten. In diesen wird unter Punkt 6.1. darauf hingewiesen, dass dem Angebot automatisch eine Plausibilisierung der Zusammensetzung des Einheitspreises für (Gruppen-)TrainerInnen beigelegt werden muss, wenn dieser einen niedrigeren als den in der jeweils geltenden 'Vorstandsrichtlinie zur Vergabe von Bildungsmaßnahmen (BM 1)' festgelegten Wert ergibt (aktuell € 30,90) und hierzu das Formular 'BM Plausibilisierung Einheitspreis Gruppentrainerinnen' zu verwenden ist, das so wie alle anderen Kalkulations- und Abrechnungsformulare auf der AMS-Homepage unter 'Service für Partner: Download Formulare' zu finden ist.....

Im Sinne dieser Bestimmungen ist auch für TrainerInnen, die auf Basis eines Werkvertrages für einen Bieter tätig werden sollen, bei Unterschreiten der oa Wertgrenze eine Plausibilisierung mittels angeführtem Formular durchzuführen. Dabei ist durch den Bieter nachzuweisen, dass die Tätigkeit der Honorarkraft nebenberuflich ist und

nicht den Hauptberuf und die Hauptquelle ihrer Einnahmen bildet. Nebenberufliche TrainerInnen Tätigkeit in diesem Sinn ist nur anzunehmen, wenn die betreffende Person

- für die Dauer des 'Vertragsverhältnisses' nicht mehr als (durchschnittlich) 15 Stunden pro Woche für den Bieter als TrainerIn tätig ist und

- einer anderen Erwerbstätigkeit nachgeht, aus der sie voraussichtlich ein mehr als geringfügiges Einkommen erzielt, oder

- aus plausiblen Gründen keine weitere Erwerbstätigkeit ausübt und eine solche auch nicht anstrebt, weil sie beispielsweise einem Hochschulstudium nachgeht oder bereits eine Pension bezieht.

Das AMS Steiermark stellt im Hinblick auf die Termini 'Dauer des Vertragsverhältnisses' bzw. 'Vertragszeitraum' (siehe den Punkt 'freie DienstnehmerInnen' in den Erläuterungen zum Plausibilisierungsformular) explizit fest, dass diese Bestimmung definitiv auf den ausgeschriebenen Maßnahmenzeitraum zu beziehen ist und nicht auf den Zeitraum des Werkvertrages zwischen Bieter und TrainerIn....."

Frage 18:

Unsere Bietergemeinschaft besteht aus zwei/drei Partnern. Damit wir den höchstzulässigen Leistungseinsatz von 750 Stunden/jährlich für eine Honorarkraft (Werkvertrag) nicht überschreiten, sehen wir eine Beauftragung eines/r Trainerin von den drei unterschiedlichen Unternehmen der Bietergemeinschaft vor. Dadurch wäre der Einsatz einer/s TrainerIn im Ausmaß von ca. 1500/2100 Stunden für ein Projekt möglich. Entspricht diese Vorgehensweise den Richtlinien?

Antwort zu Frage 18:

Das AMS Steiermark stellt im Hinblick auf die Termini 'für den Bieter' bzw. 'mit Ihrer Einrichtung/ Ihrem Institut' (siehe den Punkt 'freie DienstnehmerInnen' in den Erläuterungen zum Plausibilisierungsformular) explizit fest, dass diese Bestimmungen bei Bietergemeinschaften definitiv auf die Bietergemeinschaft als Ganzes zu beziehen ist. Es wird ja auch im Falle der Zuschlagserteilung nicht jedes einzelne Mitglied der Bietergemeinschaft zum Vertragspartner des AMS Steiermark, sondern die Bietergemeinschaft als Ganzes bildet im Auftragsfall eine Arbeitsgemeinschaft und haftet auch solidarisch für die Leistungserbringung.

Im Sinne der ob. Ausführungen stellt das AMS Steiermark daher fest, dass auch eine solche Vorgangsweise nicht im Sinne der Richtlinien bzw. diametral zu den Intentionen der Plausibilisierung wäre und ein solches Angebot ausgeschlossen werden müsste."

Mit Schriftsatz vom 15.3.2010 brachte die A*** (in der Folge Antragsteller) einen Nachprüfungsantrag mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren sowie Eventualbegehren ein. In Verbindung damit wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dem mit Bescheid vom 22.3.2010, N/0019-BVA/04/2010-EV6, stattgegeben wurde. Außerdem wurden Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt. Mit Schriftsatz vom 15.3.2010 brachte die A*** (in der Folge Antragsteller) einen Nachprüfungsantrag mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren sowie Eventualbegehren ein. In Verbindung damit wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dem mit Bescheid vom 22.3.2010, N/0019-BVA/04/2010-EV6, stattgegeben wurde. Außerdem wurden Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt.

In diesem Schriftsatz sowie in einem weiteren Schriftsatz vom 31.3.2010 wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass gemäß den Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen bei der Erstellung eines Angebotes vom Bieter auch die AGB und die BM 1 zu beachten seien.

Die in den genannten Bestimmungen angeführten Zuschläge (AGB:

Punkt 6.1; BM1: Punkt 4.19.6 mit den Unterpunkten: 4.19.6.1,

4.19.6.2 und 4.19.6.4) würden sich weder aus dem Gesetz noch aus Kollektivverträgen ergeben. Vielmehr sei bei bestimmten MitarbeiterInnen ("echten DienstnehmerInnen" und mehr als 15 Stunden beschäftigten "freien DienstnehmerInnen") eine Rückrechnung vom Bruttolohn auf die "Einsatzzeiten" von MitarbeiterInnen fix vorgegeben. Es sei dadurch in vielen Fällen kein Bezug zur tatsächlichen "Lohnrealität" gegeben. Zwar würden klare Rahmenbedingungen im Bereich der AMS-Ausschreibungen, die auf eine Reduktion und Verbesserung der oftmals prekären Arbeitsverhältnisse von "freien DienstnehmerInnen" und "Freelancern" abzielen und auch eine soziale

Absicherung aller Vortragenden im AMS-Maßnahmenbereich anstreben würden, ausdrücklich begrüßt. Die Ausschreibungsbestimmungen zur Erstellung der Kalkulation von Personal würde aber gerade den gegenteiligen (bzw. einen überschießenden) Effekt bewirken und in rechtlicher und wirtschaftlich relevanter Weise Bieter benachteiligen, die über einen hohen Anteil an "echten DienstnehmerInnen" verfügen würden.

Daran vermöge auch die Argumentation des Auftraggebers, dass ohnehin nur 10% der Leistung an Subunternehmer vergeben werden könnten, nichts zu ändern. Das Personal des Antragstellers falle nämlich nicht unter den in der Ausschreibung festgelegten Begriff des Subunternehmers. Im Gegensatz dazu könnten andere Bieter uneingeschränkt jene Personen (freie TrainerInnen) einsetzen, für die die starren Vorgaben der Ausschreibung zur Kalkulation keine Geltung haben würden. Langjährige Ausbildungsträger würden über große Pools von mehreren hundert freien TrainerInnen zu unterschiedlichen Themen verfügen.

Bei einem Jahreszeitkontingent von 1.705,5 Maßnahmenstunden für fixe TrainerInnen würden 29,5 fixe TrainerInnen insgesamt

50.276 Maßnahmenstunden umsetzen können. Die Plausibilisierungsformel erlaube jedoch nur die Berechnung von 1.291 Maßnahmenstunden je fixer TrainerIn. Der Personalbedarf erhöhe sich daher auf 39 TrainerInnen. Unter Berücksichtigung eines durchschnittlichen Jahreseinkommens des BABE-Kollektivvertrages resultiere daraus ein Preisnachteil von €

323.414,87. Dies ergebe einen Preisnachteil von 18% bei einem mit 40% gewichteten Zuschlagskriterium "Preis". Ein nicht aufzuholender Nachteil wäre jedenfalls für den Bieter gegeben. Die in der Stellungnahme des Auftraggebers angeführte Verordnung zur Festsetzung eines Mindestlohntarif für in private Bildungseinrichtungen beschäftigte ArbeitnehmerInnen habe für den Antragsteller keine Relevanz, da der Antragsteller dem Geltungsbereich des Kollektivbereiches (BABE und BAGS) unterliege. Aufgrund der genannten Kollektivverträge sei für den Antragsteller auch die "€ 30,90-Grenze" irrelevant.

Vielmehr ergebe sich auf Grund der oben genannten Punkte der Ausschreibungsvorgaben ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot (§ 19 Abs 1 BVergG 2006) und gegen das Gebot der Verhältnismäßigkeit und gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Das fixe Berechnungsschema für "echte DienstnehmerInnen" in Punkt 6.1 der AGB iVm Punkt 4.19.6. der BM 1 und das verpflichtend vorgesehene Formular "BM Plausibilisierung Einheitspreis GruppentrainerInnen" laufe auf eine zwingende Vorgabe von 94,45 % Lohnnebenkosten und einen Aufwand von 20% an Vor- und Nachbereitungszeit (Punkt 4.19.6.1 des BM 1) für "echte DienstnehmerInnen" hinaus. Gerade die weder im Kollektivvertrag noch in der Mindestlohntarifverordnung geregelte Vor- und Nachbereitungszeit von 20%, für die viele Faktoren eine Rolle spielen würden, sei in sehr unterschiedlichem Ausmaß erforderlich. Zu berücksichtigen seien hierbei der Unterrichtsgegenstand, die Gruppengröße, die Zielgruppe, die Unterscheidung, ob Beratung oder Unterricht vorliegen und die Häufigkeit des Unterrichtes. Aber auch die konkrete Erfahrung des/der TrainerIn und die Häufigkeit des Einsatzes in der Maßnahme seien von Bedeutung. Gerade aus den Ausschreibungsvorgaben ergebe sich, dass nur erfahrenes Personal zum Einsatz kommen solle. Die üblicherweise in nur einer Fach- und einer Zielgruppe unterrichtenden erfahrenen TrainerInnen im "AMS-Bereich", die keine Korrekturen von Hausarbeiten oder Ähnlichem bei AMS-Maßnahmen durchführen müssten, könnten nicht mit Pflichtschullehrern hinsichtlich der Vor- und Nachbereitungszeit verglichen werden. Letztere hätten auch Haus- und Projektarbeiten sowie Schularbeiten zu korrigieren und würden üblicherweise 2 oder mehrere Fächer in unterschiedlichen Jahrgängen über mehrere Zeiträume unterrichten. Korrekturen würden im gegenständlichen Verfahren elektronisch durchgeführt und als eigene Maßnahmenstunden ausgewiesen.

Pflichtschullehrer hätten darüber hinaus Organisation- und Klassenraumgestaltung, Wartung der Schulhomepage und andere Aufgaben wahrzunehmen. Solche Aufgabengebiete würden nicht in den Bereich der TrainerInnen in der Erwachsenenbildung anfallen. Eine 20%-ige Vor- und Nachbereitungszeit sei hingegen für freie TrainerInnen nicht vorgegeben. Sofern der Auftraggeber von einer eigenen Kalkulation der selbständigen TrainerInnen in seiner Stellungnahme ausgehe, so werde darauf verwiesen, dass dabei die tatsächlichen Marktgegebenheiten außer Acht

gelassen werden müssten. Die üblicherweise in nur einer Fach- und einer Zielgruppe unterrichtenden erfahrenen TrainerInnen im "AMS-Bereich", die keine Korrekturen von Hausarbeiten oder Ähnlichem bei AMS-Maßnahmen durchführen müssten, könnten nicht mit Pflichtschullehrern hinsichtlich der Vor- und Nachbereitungszeit verglichen werden. Letztere hätten auch Haus- und Projektarbeiten sowie Schularbeiten zu korrigieren und würden üblicherweise 2 oder mehrere Fächer in unterschiedlichen Jahrgängen über mehrere Zeiträume unterrichten. Korrekturen würden im gegenständlichen Verfahren elektronisch durchgeführt und als eigene Maßnahmenstunden ausgewiesen.

gelassen würden.

Auch die zwingend vorgesehenen, auf einer Durchschnittsbetrachtung beruhenden 94,45% Lohnnebenkosten für fixe DienstnehmerInnen hätten in manchen Punkten keinerlei Bezug zu einem/einer konkreten Trainer/in und würden zum Teil nicht der Realität entsprechen. Daran vermag auch die Argumentation des Auftraggebers nichts zu ändern, dass es sich hierbei um eine offizielle Kalkulation des Bundesministeriums für Finanzen handle.

Lohnnebenkosten seien immer betriebsindividuell zu beurteilen und von der spezifischen Situation der Krankenstände, den arbeitsfreien Tagen und den Arbeitszeitmodellen abhängig, wobei auch Betriebsvereinbarungen bestehen könnten. Während die Kalkulationsvorgabe des Bundesministeriums für Finanzen 11,2 Feiertage zwingend vorsehe, würden sich beim gegenständlichen Projektzeitraum nur 8 Feiertage ergeben. Der

1. 24.Ziffer 24

und 30. Dezember seien ohnedies unterrichtsfreie Tage. Auch Dienstverhinderungen sowie freiwilliger, sozialer Aufwand und Weiterbildung des/der konkreten Trainer/in seien von individuellen und unternehmensinternen Umständen abhängig. In Summe würden die objektiven Lohnkosten oftmals unter 94,45% liegen, sodass für jede Stunde eines/r fixen Trainers/Trainerin ein Wettbewerbsnachteil gegeben sei. Entgegen der Ansicht des Auftraggebers würde keine sachliche Rechtfertigung und auch keine vergaberechtliche Verhältnismäßigkeit dieser Regelung für die fixen TrainerInnen, die auf sonstige TrainerInnen nicht anzuwenden sei, vorliegen. Die vorgegebenen Faktoren (die 20%ige Vor- und Nachbereitungszeit sowie die 94,45% Mindestlohnnebenkosten) für "fixe DienstnehmerInnen" hätten unabhängig von den tatsächlichen Verhältnissen überhöhte Personalkosten pro angebotene Maßnahmenstunde und stark reduzierte Einsatzzeiten eines/einer Trainers/Trainerin (pro Monat) in der konkreten Schulungsmaßnahme zur Folge.

Da in den Ausschreibungsunterlagen derartige Vorgaben für bestimmte "freie DienstnehmerInnen" und Selbstständige fehlen würden, komme es zu einer Wettbewerbsverzerrung für jene Unternehmer, die über eine hohe Anzahl von "echten DienstnehmerInnen" bzw entsprechend umfangreich beschäftigte "freie DienstnehmerInnen" verfügen würden.

Diese überschießende und unverhältnismäßige Ausschreibungsvorgabe schränke die Disposition des Bieters zu sehr ein, zumal sich die Vorgaben nur auf eine bestimmte Kategorie von MitarbeiterInnen erstrecken würden. Es komme zu einer strukturbedingten Verzerrung des Wettbewerbes und Schlechterstellung all jener Unternehmer, die über eine große Anzahl an DienstnehmerInnen und entsprechend umfangreich beschäftigte "freie DienstnehmerInnen" verfügen würden. Auch der Antragsteller wäre gezwungen, eine über die tatsächlichen Kosten hinausgehende Kalkulation vorzunehmen. Seine Konkurrenzfähigkeit und seine Möglichkeit zur Erstellung eines chancenreichen Angebotes wären auf Grund dieser Ausschreibungsvorgaben ohne sachliche Rechtfertigung stark eingeschränkt.

Durch die aufgezeigte Rechtswidrigkeit der gesondert anfechtbaren Entscheidung sei der Antragsteller in seinem Recht auf Durchführung und Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren verletzt. Insbesondere liege eine Verletzung seines Rechts auf Gleichbehandlung und Nicht-Diskriminierung und auf ordnungsgemäße und rechtskonforme Durchführung, Fortsetzung und Beendigung eines Vergabeverfahrens unter Einhaltung der Grundsätze des fairen, transparenten und lauteren Wettbewerbes, sowie der Nicht-Diskriminierung und Gleichbehandlung und fehlerfreien und rechtskonformen Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen vor. Letztlich sei der Antragsteller auch in seinem Recht auf Unterbleiben von vergaberechtswidrigen Auftraggeberfestlegungen, insbesondere im Hinblick auf die Angebotsausgestaltung und -kalkulation, verletzt.

Durch die genannten Rechtswidrigkeiten drohe dem Antragsteller ein signifikanter Schaden, der mit € 100.000,-- je Teillos beziffert werde. Auch werde dem Antragsteller die Möglichkeit genommen, mit einem chancenreichen Angebot am Vergabeverfahren teilzunehmen, wodurch der Entgang des Auftrages und der Verlust eines relevanten Referenzprojektes drohen würden. Darüber hinaus werde auch noch auf die rechtsfreundliche Vertretung und die zu entrichtenden Pauschalgebühren hingewiesen. Die Einbringung des gegenständlichen Nachprüfungsantrags beweise auch das Interesse des Antragstellers am Vertragsabschluss.

Mit Schriftsatz vom 18.3.2010 teilte der Auftraggeber mit, dass es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handle. Der geschätzte Auftragswert der im Rahmen eines einstufigen Verfahrens in Anlehnung an ein offenes Verfahren zu vergebenden nicht prioritären Dienstleistung betrage € 3,500.000 (Teillos 1 € 1,750.000 und Teillos 2 € 1,750.000). Eine Öffnung der Angebote sei noch nicht erfolgt. Auch sei weder der Zuschlag erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen worden.

Die vom Antragsteller bekämpften Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen bzw. die BM 1 würden jenes Personal erfassen, welches der Antragsteller als eigenes Personal im Angebot anführe. Die Ausschreibungsunterlagen würden zudem lediglich für bis zu 10 % der Leistung (gemessen am Gesamtwert) Subunternehmer sowie sehr eingeschränkt als "eigenes Personal" die Verwendung von nebenberuflich tätigen TrainerInnen als Honorarkräfte zulassen. Die angefochtene Kalkulation der Personalkosten nach zwingenden Vorgaben sei nur in jenen Fällen heranzuziehen, bei denen der Einheitspreis Personal je Unterrichtsstunde unter € 30,90 liege. In einem solchen Fall würde auch der verordnete Mindestlohn tarif für Beschäftigte in privaten Bildungseinrichtungen (zuzüglich barer Lohnnebenkosten) unterschritten werden. Dies wäre nur bei einem besonderen Kollektivvertrag oder bei einer zulässigen Beschäftigung von Honorarkräften gerechtfertigt. Die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten verbindlichen Kalkulationsgrundlagen für Lohnnebenkosten und Vor- und Nachbereitungszeit des Unterrichtes seien - entgegen dem Vorbringen des Antragstellers - sachlich gerechtfertigt. Die genannte Kalkulation von Lohnnebenkosten in der Höhe von 94,45 % beruhe nämlich auf einer offiziellen, im Internet veröffentlichten Kalkulation des Bundesministeriums für Finanzen. Eine Kalkulation von Lohnnebenkosten auf Basis einer Durchschnittsbetrachtung sei daher nicht nur sachlich gerechtfertigt, sondern nach kaufmännischer Sorgfalt auch geboten.

Beim unterrichtenden Personal, das auf Grund eines Arbeitsvertrages dem Dienstgeber Arbeitszeit schulde, sei zwischen Unterrichts- und Vorbereitungszeit zu unterscheiden. Pflichtschullehrer hätten im vollen Anstellungsverhältnis eine Jahresarbeitszeit von 1.776 Stunden, von denen eine Lehrverpflichtung maximal 792 Jahresstunden umfasse. Auch wenn der Kollektivvertrag für private Bildungseinrichtung (BA-BE) keine fixe Lehrverpflichtung vorsehe, seien auch BABE-Mitglieder verpflichtet, sämtliche Arbeitszeiten ihrer MitarbeiterInnen abzugelten und nicht nur reine Unterrichtstätigkeiten zu bezahlen. Würden dem Kollektivvertrag für private Bildungseinrichtungen unterliegende Bieter lediglich einen 38,5 Stunden dauernden Wochenunterricht abgelten, liege ein Verstoß gegen den Arbeitsvertrag und damit gegen zwingende arbeitsrechtliche Vorschriften vor, da die Vor- und Nachbereitungszeiten nicht abgegolten würden.

Auch wenn die Vor- und Nachbereitungszeiten je nach Unterrichtsgegenstand unterschiedlich seien, sei eine Kalkulation von weniger als 20 % an Arbeitszeit für Vor- und Nachbereitungszeiten nicht realistisch. Vielmehr sei in diesem Fall davon auszugehen, dass nicht sämtliche Arbeitszeiten abgegolten werden würden. Eine ordentliche Vor- und Nachbereitung des Unterrichtes sei auch ein wesentliches Qualitätskriterium. Einem Auftraggeber müsse es freistehen, Mindeststandards festzulegen. Eine Benachteiligung von Bietern mit unselbständigen TrainerInnen gegenüber jenen Bietern mit selbständigen TrainerInnen könne daher in den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen nicht erblickt werden. Die Honorarforderungen von selbständigen TrainerInnen müssten auch Vorbereitungs- bzw. Nachbereitungszeiten umfassen. Bei angestellten TrainerInnen obliege diese Kalkulation dem Arbeitgeber.

Die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen würden es dem Bieter freistellen, in eingeschränktem Ausmaß mit selbständigen Subunternehmern oder uneingeschränkt mit eigenem Personal zu arbeiten. Mehr als 10 % dürften nicht an Subunternehmer vergeben werden. Beim eigenen Personal dürfe der Bieter nicht gegen die Mindestlohnbestimmungen verstoßen. Die sei der Fall, wenn der Einheitspreis des Personals unter €

30,90 je Unterrichtsstunde liege, und damit unter dem Mindestlohn tarif bezahlt werde. Dies sei nur durch einen Kollektivvertrag, der ein niedrigeres Entgelt vorsehe, oder bei Honorarverhältnissen im Rahmen nebenberuflicher Tätigkeiten gerechtfertigt.

In einem weiteren Schriftsatz vom 19.4.2010 brachte der Auftraggeber vor, dass Bieter ex lege arbeits- und sozialrechtliche Bestimmungen einzuhalten hätten. Der Auftraggeber habe gemäß § 125 Abs 2 BVergG 2006 die Angemessenheit der Preise zu prüfen, wobei von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen sei. Bei der vertieften Angebotsprüfung sei zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien. Anlass für die vom Antragsteller bekämpften Festlegungen sei für den Auftraggeber gewesen, den ruinösen Wettbewerb, ausgetragen auf dem Rücken der oft unter gesetz- und kollektivvertragswidrigen Bedingungen zu arbeiten gezwungenen TrainerInnen, zu verhindern. Sowohl die Bestimmungen der AGB in Punkt 6.1. als auch der BM 1 unter Punkt 4.19.6 mit den Unterpunkten 4.19.6.1. und 4.19.6.2 seien als sachgerecht und diskriminierungsfrei sowie vergaberechtskonform zu beurteilen. Die vom Antragsteller bekämpfte BM 1 sei darüber hinaus als interne Richtlinie nicht Teil der Ausschreibung, auch wenn diese auf der Homepage des AMS veröffentlicht werde. Die vertiefte Angebotsprüfung der

BM 1 würde außerdem auf echte und freie DienstnehmerInnen bzw TrainerInnen mit Werkvertrag unterschiedslos angewendet. Bei freien DienstnehmerInnen sei bei einer Kalkulation unter € 30,90 eine Plausibilisierung mittels Plausibilisierungsformular - wie sich auch aus der unbekämpft gebliebenen 4. In einem weiteren Schriftsatz vom 19.4.2010 brachte der Auftraggeber vor, dass Bieter ex lege arbeits- und sozialrechtliche Bestimmungen einzuhalten hätten. Der Auftraggeber habe gemäß Paragraph 125, Absatz 2, BVergG 2006 die Angemessenheit der Preise zu prüfen, wobei von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen sei. Bei der vertieften Angebotsprüfung sei zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien. Anlass für die vom Antragsteller bekämpften Festlegungen sei für den Auftraggeber gewesen, den ruinösen Wettbewerb, ausgetragen auf dem Rücken der oft unter gesetz- und kollektivvertragswidrigen Bedingungen zu arbeitenden gezwungenen TrainerInnen, zu verhindern. Sowohl die Bestimmungen der AGB in Punkt 6.1. als auch der BM 1 unter Punkt 4.19.6 mit den Unterpunkten 4.19.6.1. und 4.19.6.2 seien als sachgerecht und diskriminierungsfrei sowie vergaberechtskonform zu beurteilen. Die vom Antragsteller bekämpfte BM 1 sei darüber hinaus als interne Richtlinie nicht Teil der Ausschreibung, auch wenn diese auf der Homepage des AMS veröffentlicht werde. Die vertiefte Angebotsprüfung der BM 1 würde außerdem auf echte und freie DienstnehmerInnen bzw TrainerInnen mit Werkvertrag unterschiedslos angewendet. Bei freien DienstnehmerInnen sei bei einer Kalkulation unter € 30,90 eine Plausibilisierung mittels Plausibilisierungsformular - wie sich auch aus der unbekämpft gebliebenen 4.

Anfragebeantwortung vom 4.3.2010 ergebe - erforderlich. Eine Ausnahme würden die nebenberuflich beschäftigten DienstnehmerInnen mit freiem Dienstvertrag oder Werkvertrag darstellen. Die Grenze von 15 Stunden sei relativ großzügig, aber jedenfalls sachgerecht angesetzt worden.

Der Verein Berufsförderungsinstitut Steiermark habe im Jahr 2004 gegenüber dem Landesrechnungshof eine im Verhältnis zu hauptberuflich beschäftigten TrainerInnen (205) große Anzahl von auf Basis eines Werkvertrages tätige TrainerInnen (1.005) angegeben. Es werde davon ausgegangen, dass sich diese Situation in den letzten Jahren nicht geändert habe. Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers sei in den Ausschreibungsunterlagen keine "Hybridform" von Subunternehmern geschaffen worden, die vergaberechtlich nicht gedeckt sei. Vielmehr folge der Auftraggeber der herrschenden Meinung, wonach bei einer weitergehenden Eingliederung von TrainerInnen in die Organisation des Bieters von einem echten Dienstverhältnis auszugehen sei. Andernfalls sei von einem Subunternehmer auszugehen, für den gemäß Punkt 4.19.6.4. iVm Punkt 4.13 BM 1 bei Unterschreitung von Einheitspreisen die Regeln über die vertiefte Angebotsprüfung nicht anzuwenden seien. Der Umstand, dass beim Antragsteller oder anderen Bietern praktisch keine Subunternehmer eingesetzt würden, könne nicht zur Nichtigerklärung der Ausschreibung führen. Die 20 %-ige Vor- und Nachbereitungszeit sei als ein absolutes Minimum für den AMS-Unterricht zu werten, für die auch laut Homepage der GPA bereits zahlreiche Unterstützungserklärungen abgegeben worden seien. Für die erforderlichen Qualitätsstandards seien mehr als 20% erforderlich, sodass das absolute Minimum angemessen, sachgerecht und keinesfalls überschießend oder unverhältnismäßig sei. Der Verein Berufsförderungsinstitut Steiermark habe im Jahr 2004 gegenüber dem Landesrechnungshof eine im Verhältnis zu hauptberuflich beschäftigten TrainerInnen (205) große Anzahl von auf Basis eines Werkvertrages tätige TrainerInnen (1.005) angegeben. Es werde davon ausgegangen, dass sich diese Situation in den letzten Jahren nicht geändert habe. Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers sei in den Ausschreibungsunterlagen keine "Hybridform" von Subunternehmern geschaffen worden, die vergaberechtlich nicht gedeckt sei. Vielmehr folge der Auftraggeber der herrschenden Meinung, wonach bei einer weitergehenden Eingliederung von TrainerInnen in die Organisation des Bieters von einem echten Dienstverhältnis auszugehen sei. Andernfalls sei von einem Subunternehmer auszugehen, für den gemäß Punkt 4.19.6.4. in Verbindung mit Punkt 4.13 BM 1 bei Unterschreitung von Einheitspreisen die Regeln über die vertiefte Angebotsprüfung nicht anzuwenden seien. Der Umstand, dass beim Antragsteller oder anderen Bietern praktisch keine Subunternehmer eingesetzt würden, könne nicht zur Nichtigerklärung der Ausschreibung führen. Die 20 %-ige Vor- und Nachbereitungszeit sei als ein absolutes Minimum für den AMS-Unterricht zu werten, für die auch laut Homepage der GPA bereits zahlreiche Unterstützungserklärungen abgegeben worden seien. Für die erforderlichen Qualitätsstandards seien mehr als 20% erforderlich, sodass das absolute Minimum angemessen, sachgerecht und keinesfalls überschießend oder unverhältnismäßig sei.

Zwar seien die 94,45% Lohnnebenkosten keine individuelle Größe, die auf jeden einzelnen Fall abstelle. Eine individuelle Vorgabe sei für den Auftraggeber aber unmöglich, da der Auftraggeber nicht über die Informationen über

die individuellen TrainerInnen des Bieters verfüge und daher auf die Vorgaben auf der Homepage des BMF, die auf einer repräsentativen Durchschnittsbetrachtung beruhen würden, zurückgegriffen habe. Auch der Antragsteller müsse bei der Angebotserstellung eine ex-ante Betrachtung auf Basis einer Durchschnittsbetrachtung heranziehen. Abwesenheitszeiten während der Vertragslaufzeit seien nicht vorhersehbar. Im Übrigen stehe es auch dem Antragsteller frei, auf TrainerInnen zu je 15 Wochenstunden zurückzugreifen.

In der mündlichen Verhandlung am 22.4.2010 brachte der Antragsteller vor, dass die BM 1 jedenfalls Teil der Ausschreibungsunterlagen sei. Davon würden auch die beteiligten Teilnehmerkreise ausgehen. Dies ergebe sich auch aus der Perspektive des Empfängerhorizontes. Der Auftraggeber habe auch in seinem ersten Schriftsatz vom 18.3.2010 die BM 1 als integrierten Bestandteil der Ausschreibung betrachtet. Ebenso habe der Auftraggeber in den Anfragebeantwortungen auf die BM 1 in Zusammenhang mit der vertieften Angebotsprüfung einerseits und der Kinderbetreuung andererseits Bezug genommen. In den einen Bestandteil der Ausschreibung bildenden Plausibilisierungsformular werde auf Grund der Werte 94,45 % und 20 % auf die BM 1 Bezug genommen. Die BM 1 werde auch in der jeweiligen Fassung in den Vergabeverfahren des AMS jahrelang angewendet. Entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers trete der Antragsteller weder als "Vorreiter" eines ruinösen Lohndumpings auf noch werde von ihm der ruinöse Wettbewerb begünstigt. Der Antragsteller beabsichtige nahezu 100% an echten DienstnehmerInnen heranzuziehen. Allenfalls würde in anderen Bereichen wie beispielsweise bei der Berufsmatura oder bei öffentlichen Seminaren auf sogenannte "Freelancer" zurückgegriffen werden.

Dem hielt der Auftraggeber entgegen, dass die BM 1 nicht Bestandteil der Ausschreibung sei. Die im Plausibilisierungsformular zitierten Werte 94,45% und 20% seien nur als Anhaltspunkte für die vertiefte Angebotsprüfung zu betrachten. Dies gelte auch für die in der Fragebeantwortung erfolgte Bezugnahme auf die BM 1. Die als interne Grundlage für Vergabeverfahren zu wertende BM 1 regle für den Auftraggeber verfahrensinterne Vorgänge wie die vertiefte Angebotsprüfung. Auf Grund der Co-Finanzierung mancher Maßnahmen durch den Europäischen Sozialfond sei eine Veröffentlichung der BM 1 erforderlich. Der gegenständliche Auftrag werde jedoch nicht auf diese Weise co-finanziert. Anders als im Raum Wien, in dem das Problem des Heranziehens von "Freiberuflern" immer mehr zugenommen habe, sei zwar im Raum Graz die Marktsituation eine etwas andere, es solle aber das mit dem Heranziehen von Freiberuflern verbundene Lohndumping im AMS-Bereich und das damit einhergehende Problem der Sozialversicherung verhindert werden.

Als "eigenes Personal" des Bieters, auf das sich die vertiefte Angebotsprüfung erstreckte, qualifizierte der Auftraggeber echte DienstnehmerInnen (angestellte GruppentrainerInnen) und freie DienstnehmerInnen (iSd ASVG), die in den Räumlichkeiten des Bieters unterrichten würden. Beim eigenen Personal des Bieters würden die Einhaltung der 20% Vor- und Nachbereitungszeit und der 94,45% Lohnnebenkosten geprüft. Nur bei freien DienstnehmerInnen, die die Grenze von 30,90 €

unterschreiten würden, finde eine vertiefte Angebotsprüfung statt. Dabei werde bei im Ausmaß von mehr als 15 Stunden beschäftigten DienstnehmerInnen davon ausgegangen, dass die arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften nicht eingehalten würden, sodass der Bieter in der Folge ausgeschieden würde. Auch bei echten Subunternehmern erfolge eine Prüfung nach den vorgegebenen Maßstäben der BM 1 unter den Punkten 4.19.6.1 und 4.19.6.2. Bei den in größerem Umfang als 15 Stunden wie auch bei den bis 15 Stunden beschäftigten freien DienstnehmerInnen könnten weder die Einhaltung der 94,45% Lohnnebenkosten noch die Einhaltung der 20% Vor- und Nachbereitungszeit überprüft werden. Bei dieser Gruppe liege es in der Natur der Sache, dass bei AMS-Maßnahmen die Einhaltung der 20% Vor- und Nachbereitungszeit im Hinblick auf die Honorarhöhe schwer überprüft werden könne.

Der Antragsteller räumte ein, dass eine vertiefte Angebotsprüfung bei einer absoluten Grenze von € 30,90 für alle Maßnahmenstunden keinen Verstoß gegen das Vergaberecht darstelle. Allerdings würde durch den Auftraggeber die vertiefte Angebotsprüfung nicht in allen Punkten, in denen sie jedoch auch erforderlich wäre, erfolgen. Beispielsweise könnten bei einem Einhalten der € 30,90 Grenze sehr wohl einzelne TrainerInnenhonorare unter dieser Grenze liegen. In einer solchen Sachverhaltskonstellation sei jedoch laut Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen keine Prüfung vorgesehen. Darüber hinaus würde die Parameter 20% Vor- und Nachbereitungszeit bzw 94,45 % Lohnnebenkosten bei echten DienstnehmerInnen und freien, mehr als 15 Stunden beschäftigten DienstnehmerInnen gelten. Im Gegensatz dazu hätten beim Personal des Subunternehmers und bei weniger als 15 Stunden beschäftigten DienstnehmerInnen die genannten Parameter keine Gültigkeit. Dies sei als Wettbewerbsnachteil für den Antragsteller zu beurteilen. Eine Überprüfung der genannten Parameter bei freien, unter 15 Stunden beschäftigten

DienstnehmerInnen erfolgte nicht. Der Auftraggeber habe auch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass dies aus praktischen Gründen gar nicht möglich wäre. Bei weniger als im Zeitausmaß von 15 Stunden beschäftigten, freien DienstnehmerInnen erfolge auch kein Ausscheiden. Hingegen habe bei im Zeitausmaß von über 15 Stunden beschäftigten, freien DienstnehmerInnen ein Unterschreiten der Grenze von € 30,90 automatisch wegen Verstoßes gegen arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen das Ausscheiden des Angebotes zur Folge.

Der Auftraggeber vertrat die Ansicht, dass sehr routinierte TrainerInnen im Bereich der Farb-, Typ- und Stilberatung oder für den Kran- oder Staplerführerschein 20% Vor- und Nachbereitungszeit benötigen würden. Der/die einzelne Trainer/in hätten auch administrative Aufgaben zu erledigen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Rechtslagerömisches eins. Rechtslage

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

Gemäß § 345 Abs 14 Z 2 BVerG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 15/2010 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw beim Bundesvergabeamt anhängigen 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 Anfang Februar 2010 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVerG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 86/2007 (BVerG 2006) als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Davon abgesehen sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt ab 5.3.2010 anhängig gemachten Nachprüfungsverfahren - das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde beim BVA am 15.3.2010 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 anhängigen 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 Anfang Februar 2010 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 gemachten Nachprüfungsverfahren - das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde beim BVA am 15.3.2010 anhängig gemacht - vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 15 aus 2010, (BVerG) anzuwenden.

II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, Qualifizierung des Auftrages und Zulässigkeit des Antrages

Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch das Arbeitsmarktservice (AMS) Steiermark, ist öffentlicher Auftraggeber iSv § 3 Abs 1 Z 1 BVerG 2006. Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch das Arbeitsmarktservice (AMS) Steiermark, ist öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVerG 2006.

Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag gemäß § 6, Anhang IV, Kategorie 24 BVerG 2006 einzustufen. Auf Grund des Auftragwertes von € 3.500.000,- (Teillos 1: € 1.750.000,- und Teillos 2: € 1.750.000,-) handelt es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6,, Anhang römisch vier, Kategorie 24 BVerG 2006 einzustufen. Auf Grund des Auftragwertes von € 3.500.000,- (Teillos 1: € 1.750.000,- und Teillos 2: € 1.750.000,-) handelt es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich.

Der Nachprüfungsantrag erfüllt die formalen Voraussetzungen des § 322 BVerG und ist daher insoweit zulässig. An Pauschalgebühren wurden für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 318 BVerG iVm der Bundesvergabeamt-Gebührenverordnung 2010, BGBl II Nr. 72/2010, (BVA-GebV 2010), € 623,00 entrichtet. Der Nachprüfungsantrag erfüllt die formalen Voraussetzungen des Paragraph 322, BVerG und ist

daher insoweit zulässig. An Pauschalgebühren wurden für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 318, BVergG in Verbindung mit der Bundesvergabeamt-Gebührenverordnung 2010, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 72 aus 2010,, (BVA-GebV 2010), € 623,00 entrichtet.

III. zu Spruchpunkt III.römisch drei. zu Spruchpunkt römisch drei.

1. 1.Ziffer eins

Allgemeines

Gemäß § 141 Abs 1 BVergG 2006 gelten für die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen ausschließlich die Bestimmungen des Abschnittes 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 dieses Bundesgesetzes. Gemäß Paragraph 141, Absatz eins, BVergG 2006 gelten für die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen ausschließlich die Bestimmungen des Abschnittes 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 dieses Bundesgesetzes.

Damit wird dem Auftraggeber im Vergleich zur Vergabe von prioritären Dienstleistungen bei der Beschaffung von nicht prioritären Dienstleistungen ein weitaus größerer Gestaltungsspielraum eingeräumt. 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 lautereren 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. Zugleich dürfen durch die Gestaltung der Ausschreibungsbedingungen Teilnehmer am Vergabeverfahren bzw schließlich der erfolgreiche Bieter nicht bevorzugt werden (vgl in diesem Zusammenhang auch Eilmansberger/Fruhmam in Schramm/Aicher/Fruhmam/Damit wird dem Auftraggeber im Vergleich zur Vergabe von prioritären Dienstleistungen bei der Beschaffung von nicht prioritären Dienstleistungen ein weitaus größerer Gestaltungsspielraum eingeräumt. 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 lautereren 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. Zugleich dürfen durch die Gestaltung der Ausschreibungsbedingungen Teilnehmer am Vergabeverfahren bzw schließlich der erfolgreiche Bieter nicht bevorzugt werden vergleiche in diesem Zusammenhang auch Eilmansberger/Fruhmam in Schramm/Aicher/Fruhmam/

Thienel, § 19 Rz 37) .Thienel, Paragraph 19, Rz 37) .

Zur Auslegung von Ausschreibungsunterlagen sind die für rechtsgeschäftliche Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB anzuwenden (vgl Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Teilnahmeantragsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsunterlagen maßgeblich (vgl VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; Zur Auslegung von Ausschreibungsunterlagen sind die für rechtsgeschäftliche Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Teilnahmeantragsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsunterlagen maßgeblich vergleiche VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20;

10.10.2007, F/0003-BVA/04/2007-21 u F/0004/04/2007-21;

28.7.2006, N/0048-BVA/15/2006-28 u.v.a).

Die angefochtene Ausschreibung ist unter Zugrundelegung dieses Interpretationsmaßstabes zu interpretieren und im Hinblick auf die Einhaltung der oben genannten Vergabegrundsätze zu prüfen.

1. 2.Ziffer 2

Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen

2.1. BM 1 - Bestandteil der Ausschreibung

Die Ausschreibungsunterlagen verweisen unter dem Punkt "Durchführungs-bestimmungen" auf die AGB, die unter Punkt 6.1 [Aufwandsbereich "Maßnahmenpersonal" (Personalaufwand TrainerInnen und Personalaufwand unterstützendes Personal)] beim "Einheitspreis für GruppentrainerInnen" auf die BM 1 Bezug nehmen. Dabei wird auf den in der "Vorstandsrichtlinie zur Vergabe von Bildungsmaßnahmen (BM 1)" enthaltenen Wert zum Einheitspreis für GruppentrainerInnen und auf die Veröffentlichung der jeweils geltenden Fassung der BM 1 auf der AMS-Homepage verwiesen. Mit dieser Form des Verweises auf die Veröffentlichung der jeweils geltenden Fassung der BM 1 wird diese zum integrierten Bestandteil der Ausschreibung.

Dafür spricht auch die Nennung der in der BM 1 unter Punkt

4.19.6.1. aufscheinenden Werte "94,45% Lohnnebenkosten", "20% Vor- und Nachbereitungszeit" und "4.34821 Umrechnung Monate/Woche" für echte DienstnehmerInnen in den Rubriken "Lohnnebenkosten", "Vor- und Nachbereitungszeit" sowie "Umrechnung Monat/Woche" des Formulars "BM Plausibilisierung Einheitspreis GruppentrainerInnen" unter Punkt 1. (DienstnehmerInnen). Die Erläuterungen zu diesem Formular stehen auch im Einklang mit den Bestimmungen unter Punkt 4.19.6.1 der BM 1 (echte DienstnehmerInnen).

Der Auftraggeber selbst ist ursprünglich offensichtlich davon ausgegangen, dass die BM 1 integrierter Bestandteil der Ausschreibung ist. Dies ergibt sich zum einen aus der Beantwortung der Frage 8 (Kosten für Kinderbetreuung) in der

1. Bieteranfragebeantwortung vom 12.2.2010, in der ausdrücklich auf BM 1 unter Punkt 4.19.11 Bezug genommen wird. Auch bei der Beantwortung der Frage 17 (zu TrainerInnen mit Werkvertrag auf Honorarbasis) bzw der Frage 18 (zu freien DienstnehmerInnen) in der 4. Bieterfragenbeantwortung wird ein Konnex zur BM 1 hergestellt. Zum anderen ergibt sich - wie der Antragsteller im Nachprüfungsantrag vom 15.3.2010 vorbringt - aus den Ausführungen des Auftraggebers in seiner ersten Stellungnahme vom 18.3.2010, dass die BM 1 integrierter Bestandteil der Ausschreibung ist.

Angesichts dieser Erörterungen ist das nunmehrige Vorbringen des Auftraggebers in seinem weiteren Schriftsatz vom 19.4.2010 und in der mündlichen Verhandlung, wonach die BM 1 nicht als integrierter Bestandteil der Ausschreibung sondern lediglich nur mehr als "internes" Papier der Auftraggebers für die vertiefte Angebotsprüfung zu werten sei soll, nicht nachvollziehbar. Auch das in diesem Zusammenhang vorgebrachte Argument des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung, dass auf Grund der Co-Finanzierung mancher Maßnahmen durch den Europäischen Sozialfond die Veröffentlichung der BM 1 erforderlich sei, die gegenständliche Ausschreibung jedoch nicht auf diese Weise finanziert werde, vermag nicht zu überzeugen.

Die angefochtene Ausschreibung gibt - wie oben dargestellt - unter Punkt 6.1. der AGB nicht nur den festgelegten Wert selbst in Form der alleinigen Nennung des Betrages von "€

30,90" wieder, sondern nimmt ausdrücklich auch auf die BM 1 Bezug, die in der jeweiligen Fassung auf der AMS-Homepage veröffentlicht ist. Damit wird die BM 1 eindeutig zum integrierten Bestandteil der Ausschreibung.

2.2. BM 1 - vertiefte Angebotsprüfung

2.2.1. "Eigenes Personal"

Die BM 1 sieht unter Punkt 4.19.6 eine vertiefte Angebotsprüfung zur korrekten Kalkulation arbeits- und sozialrechtlicher Bestimmungen für die Einheitspreise von Maßnahmenstunden Personal für GruppentrainerInnen vor. Bei einem unter € 30,90 liegenden Einheitspreis für Maßnahmenstunden Personal für GruppentrainerInnen ist eine Plausibilisierung der Zusammensetzung dieses Einheitspreises durch eine listenmäßige Aufstellung der unter Punkt 4.19.6 der BM 1 aufgezählten Vorgaben erforderlich. Geprüft werden dabei alle als "eigenes Personal" ausgewiesenen TrainerInnen mit Gruppenunterricht.

Das Personal des Bieters fällt jedenfalls unter den Begriff "eigenes Personal". Dazu zählen unter Punkt 4.19.6.1 BM 1

die "echten DienstnehmerInnen", die im Anstellungsverhältnis zum Bieter stehen, und die Punkt 4.19.6.2 BM 1 genannten "freien DienstnehmerInnen". Letztere verfügen über keine eigene betriebliche Struktur, haben einen Dienst- oder Werkvertrag mit dem Bieter und unterrichten als Gruppentrainer ausgeschriebene Maßnahmenstunden in den Räumlichkeiten des Bieters. Dies ergibt sich aus der Definition des Subunternehmers unter Punkt 4.13. der BM 1, die den Begriff des Personals des Bieters in dieser Konstellation verwendet und auf die vertiefte Angebotsprüfung unter Punkt 4.19.6. verweist. Bei diesen "freien DienstnehmerInnen" des Bieters wird wiederum differenziert zwischen jenen, die mehr als 15 Stunden pro Woche für den Bieter als GruppentrainerIn für die ausgeschriebenen Maßnahmen tätig sind und jenen, die nicht mehr als (durchschnittlich) 15 Stunden pro Woche für den Bieter in diesem Bereich tätig sind.

In Anknüpfung an die Vertragsbeziehung zwischen dem Bieter und seinem "eigenen Personal", das für ihn im Hinblick auf die ausgeschriebenen Maßnahmen für Lehr- und Vortragstätigkeit als GruppentrainerInnen tätig wird, werden unterschiedliche Prüfmaßstäbe festgelegt. Während für die "echten DienstnehmerInnen" (4.19.6.1 BM 1) des Bieters, restriktive Vorgaben, wie die fix vorgegebenen 94,45 % Lohnnebenkosten in Verbindung mit den 20% Vor- und Nachbereitungszeit bei der Kalkulation des Einheitspreises für Personalkosten je Maßnahmenstunde vorgegeben sind, gelten für "freie DienstnehmerInnen" hingegen keine solchen restriktiven Vorgaben. Bei der Gruppe der "freien DienstnehmerInnen" des Bieters, die mehr als 15 Stunden für den Bieter als GruppentrainerIn tätig sind, wird lediglich geprüft, ob das Honorar unter der Grenze von € 30,90 liegt. Hingegen gelten für die Gruppe der "freien DienstnehmerInnen" des Bieters, die nicht mehr als (durchschnittlich) 15 Stunden für den Bieter als GruppentrainerIn tätigen sind, weder die fixen Parameter noch die Honorargrenze von € 30,90 (vgl. 4.19.6.2. BM 1). In Anknüpfung an die Vertragsbeziehung zwischen dem Bieter und seinem "eigenen Personal", das für ihn im Hinblick auf die ausgeschriebenen Maßnahmen für Lehr- und Vortragstätigkeit als GruppentrainerInnen tätig wird, werden unterschiedliche Prüfmaßstäbe festgelegt. Während für die "echten DienstnehmerInnen" (4.19.6.1 BM 1) des Bieters, restriktive Vorgaben, wie die fix vorgegebenen 94,45 % Lohnnebenkosten in Verbindung mit den 20% Vor- und Nachbereitungszeit bei der Kalkulation des Einheitspreises für Personalkosten je Maßnahmenstunde vorgegeben sind, gelten für "freie DienstnehmerInnen" hingegen keine solchen restriktiven Vorgaben. Bei der Gruppe der "freien DienstnehmerInnen" des Bieters, die mehr als 15 Stunden für den Bieter als GruppentrainerIn tätig sind, wird lediglich geprüft, ob das Honorar unter der Grenze von € 30,90 liegt. Hingegen gelten für die Gruppe der "freien DienstnehmerInnen" des Bieters, die nicht mehr als (durchschnittlich) 15 Stunden für den Bieter als GruppentrainerIn tätigen sind, weder die fixen Parameter noch die Honorargrenze von € 30,90 (vergleiche 4.19.6.2. BM 1).

2.2.2. "Subunternehmer"

Im Unterschied zu den als angestellte GruppentrainerInnen tätigen "echten DienstnehmerInnen" (4.19.6.1 BM 1) des Bieters, für die restriktive Vorgaben, wie die fix vorgegebenen 94,45 % Lohnnebenkosten in Verbindung mit den 20% Vor- und Nachbereitungszeit bei der Kalkulation des Einheitspreises für Personalkosten je Maßnahmenstunde vorgegeben sind, sind im Vergleich dazu für angestellte GruppentrainerInnen eines vom Bieter verpflichteten Subunternehmers iSv 4.13 BM 1, die außerhalb der Räumlichkeiten des Bieters ausgeschriebene AMS-Maßnahmenstunden unterrichten, keine solchen restriktiven Kalkulationsvorgaben für Personalkosten je Maßnahmenstunde für GruppentrainerInnen festgelegt.

Während der Auftraggeber noch im Schriftsatz vom 19.4.2010 die Meinung vertrat, dass bei einem Subauftragsverhältnis iSd Punktes 4.13 BM 1 die Regeln der vertieften Angebotsprüfung bei Unterschreitung des Einheitspreises nicht anzuwenden seien, ging der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung davon aus, dass angestellte GruppentrainerInnen eines solche Subunternehmers unter Punkt 4.19.6.1. zu subsumieren wären. Dem ist entgegen zu halten, dass es sich dabei nicht um das "eigene Personal" des Bieters iSv 4.19.6 BM 1 handelt und unter Punkt 4.19.6.4. BM 1 (Selbständigkeit) anders als im Fall der Arbeitskräfteüberlassung (4.19.6.3 BM 1) ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass bei einem Subauftragsverhältnis die Verwendung als TrainerIn in AMS-Maßnahmen uneingeschränkt möglich ist.

1. 3.Ziffer 3

Verstoß gegen den Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbs

Diese unterschiedlichen Prüfmaßstäbe stellen bei der Kalkulation der Personalkosten je Maßnahmenstunde für die ausgeschriebenen AMS-Maßnahmenstunden unterrichtenden, angestellten GruppentrainerInnen des Bieters

gegenüber den für die die ausgeschriebenen AMS-Maßnahmenstunden unterrichtenden, angestellten GruppentrainerInnen eines vom Bieter verpflichteten Subunternehmers einen Wettbewerbsnachteil dar. Ein solcher Wettbewerbsnachteil verwirklicht sich - anders als für jene Bieter, auf den dies nicht zutrifft - insbesondere bei einem Bieter - wie dem Antragsteller - der über eine große Anzahl von ausgeschriebenen AMS-Maßnahmenstunden unterrichtende, angestellte TrainerInnen verfügt und diese - wie er in der mündlichen Verhandlung glaubhaft dargestellt hat - nahezu 100% für die ausgeschriebene Auftragsdurchführung einzusetzen beabsichtigt.

Der Verweis des Auftraggebers auf die eingeschränkte Einsatzmöglichkeit von Subunternehmern mit maximal 10% des Auftragswertes vermag diesen Wettbewerbsnachteil des Antragstellers, der über eine große Anzahl von ausgeschriebene AMS-Maßnahmenstunden unterrichtende, angestellte GruppentrainerInnen verfügt, die er auch im Rahmen des Maßnahmenkonzeptes einsetzen möchte, weder auszugleichen noch sachlich zu rechtfertigen. Der Antragsteller wäre aufgrund der oben angeführten restriktiven Ausschreibungsvorgaben für die Kalkulation des Einheitspreises Maßnahmenstunden Personal bei den als "echten DienstnehmerInnen" zu qualifizierenden GruppentrainerInnen gezwungen, auf die bei ihm angestellten, ebenso ausgeschriebene AMS-Maßnahmenstunden unterrichtenden TrainerInnen zu verzichten, um im Hinblick auf das mit 40% gewichtete Zuschlagskriterium "Preis" ein konkurrenzfähiges Angebot legen zu können. Würde der Antragsteller allein auf bei ihm angestellte, die ausgeschriebenen AMS-Maßnahmen unterrichtenden TrainerInnen zur ausgeschriebenen Auftragsausführung zurückgreifen, wäre er gezwungen, aufgrund der strengen Vorgaben für "echte DienstnehmerInnen" unter Punkt 4.19.6.1 der BM 1 insgesamt mehr Personal einzusetzen. Daraus würde einem Bieter im Vergleich zu jenem Bieter, der über keine große Anzahl von ausgeschriebenen AMS-Maßnahmenstunden unterrichtenden TrainerInnen verfügt, sondern hiezu - wenn auch nur im Ausmaß von 10% des Auftragswertes - auf einen Subunternehmer mit angestellten, die ausgeschriebenen AMS-Maßnahmen unterrichtende TrainerInnen zurückgreift, ein nicht zu rechtfertigender Wettbewerbsnachteil erwachsen. Darin liegt ein Verstoß gegen den auch für die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen geltenden Grundsatz des freien und lauterer Wettbewerbes gemäß § 141 Abs 2 BVergG 2006. Für diesen Verstoß gegen den Grundsatz des freien und lauterer Wettbewerbes ist das Argument des Auftraggebers, Lohndumping verhindern zu wollen, nicht als sachliche Rechtfertigung anzusehen. Der Verweis des Auftraggebers auf die eingeschränkte Einsatzmöglichkeit von Subunternehmern mit maximal 10% des Auftragswertes vermag diesen Wettbewerbsnachteil des Antragstellers, der über eine große Anzahl von ausgeschriebene AMS-Maßnahmenstunden unterrichtende, angestellte GruppentrainerInnen verfügt, die er auch im Rahmen des Maßnahmenkonzeptes einsetzen möchte, weder auszugleichen noch sachlich zu rechtfertigen. Der Antragsteller wäre aufgrund der oben angeführten restriktiven Ausschreibungsvorgaben für die Kalkulation des Einheitspreises Maßnahmenstunden Personal bei den als "echten DienstnehmerInnen" zu qualifizierenden GruppentrainerInnen gezwungen, auf die bei ihm angestellten, ebenso ausgeschriebene AMS-Maßnahmenstunden unterrichtenden TrainerInnen zu verzichten, um im Hinblick auf das mit 40% gewichtete Zuschlagskriterium "Preis" ein konkurrenzfähiges Angebot legen zu können. Würde der Antragsteller allein auf bei ihm angestellte, die ausgeschriebenen AMS-Maßnahmen unterrichtenden TrainerInnen zur ausgeschriebenen Auftragsausführung zurückgreifen, wäre er gezwungen, aufgrund der strengen Vorgaben für "echte DienstnehmerInnen" unter Punkt 4.19.6.1 der BM 1 insgesamt mehr Personal einzusetzen. Daraus würde einem Bieter im Vergleich zu jenem Bieter, der über keine große Anzahl von ausgeschriebenen AMS-Maßnahmenstunden unterrichtenden TrainerInnen verfügt, sondern hiezu - wenn auch nur im Ausmaß von 10% des Auftragswertes - auf einen Subunternehmer mit angestellten, die ausgeschriebenen AMS-Maßnahmen unterrichtende TrainerInnen zurückgreift, ein nicht zu rechtfertigender Wettbewerbsnachteil erwachsen. Darin liegt ein Verstoß gegen den auch für die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen geltenden Grundsatz des freien und lauterer Wettbewerbes gemäß Paragraph 141, Absatz 2, BVergG 2006. Für diesen Verstoß gegen den Grundsatz des freien und lauterer Wettbewerbes ist das Argument des Auftraggebers, Lohndumping verhindern zu wollen, nicht als sachliche Rechtfertigung anzusehen.

Gleiches gilt auch für die unterschiedlichen Prüfparameter für angestellte, als "echte DienstnehmerInnen" des Bieters einstufoende GruppentrainerInnen, die für den Bieter Maßnahmenstunden unterrichten, einerseits und für "freien Dienstnehmerinnen" des Bieters (4.19.6.2. BM 1) andererseits. Nur bei den für "echte DienstnehmerInnen" des Bieters geltenden Vorgaben unter Punkt 4.19.6.1 BM 1 wird nämlich sowohl hinsichtlich der vorgegebenen 94,45% Lohnnebenkosten als auch hinsichtlich der 20%-igen Vor- und Nachbereitungszeiten für Unterrichtstätigkeiten bei GruppentrainerInnen - ohne in irgendeiner Weise auf die individuellen Umstände der vom Bieter herangezogenen, die ausgeschriebenen AMS-Maßnahmen unterrichtenden, angestellten GruppentrainerInnen oder die einzelnen AMS-

Maßnahmen Rücksicht zu nehmen - auf eine rein globale Durchschnittsbetrachtung abgestellt. Eine solche Durchschnittsbetrachtung ist aber nicht angezeigt. Es ist auch nicht sachlich zu rechtfertigen, dass die Unterschreitung dieser strikten, genannten Vorgaben im Punkt 4.19.6.1 BM 1 unabhängig von den tatsächlichen, individuellen Verhältnissen dieser angestellten GruppentrainerInnen des Bieters nur bei der Kalkulation der Maßnahmenstunde Personal für die als "echte DienstnehmerInnen" zu wertende GruppentrainerInnen auch das Ausscheiden des Angebotes zur Folge haben soll.

Im Gegensatz dazu sind für im Rahmen der AMS-Maßnahmen nicht mehr als 15 Stunden als GruppentrainerInnen tätige "freie DienstnehmerInnen" des Bieters überhaupt keine Parameter bzw keine € 30,90 Grenze vorgesehen. Bei mehr als 15 Stunden als GruppentrainerInnen tätigen "freien DienstnehmerInnen" des Bieters ist der zuletzt genannte Betrag Prüfmaßstab.

Die vom Auftraggeber in seinem Schriftsatz angeführten Argumente der Aufrechterhaltung der Qualität des Unterrichts bzw, dass es sich bei den 94,45% Lohnnebenkosten um eine offizielle, im Internet veröffentlichte Kalkulation des Bundesministeriums für Finanzen handeln soll, vermögen in diesem Zusammenhang als sachliche Rechtfertigung genauso wenig zu überzeugen wie das Argument des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung, dass er bei freien DienstnehmerInnen des Bieters die Berücksichtigung der 20%-ige Vor- bzw Nachbereitungszeit nicht überprüfen könne. Die genannten starren, von den individuellen Umständen losgelöste, auf Durchschnittsbetrachtungen beruhenden Vorgaben sollten zudem nur für die Kalkulation von Maßnahmenstunden Personal für als "echte DienstnehmerInnen" einzustufende, unterrichtende Gruppen-trainerInnen eines Bieters gelten.

Das erforderliche Ausmaß an Vor- bzw Nachbereitungszeit für einen qualitativ hochwertigen Unterricht für einen bestimmten Bereich der ausgeschriebenen AMS-Maßnahmen in der Erwachsenenbildung hängt jedoch von der Erfahrung, der Routine, der Einsatzbereitschaft und der Ausbildung des unterrichtenden Personals, wie auch vom zu unterrichtenden Bereich ab. Wie sich aus den oben wiedergegebenen Ausschreibungsbestimmungen zeigt, werden bereits beim einzusetzenden Personal bestimmte Mindestzahlen von geleisteten Unterrichtsstunden gefordert.

Soweit sich der Auftraggeber in Zusammenhang mit der erforderlichen Vor- und Nachbereitungszeit auf einen Vergleich mit Personen beruft, die im Pflichtschulbereich unterrichten, so scheitert dieser Vergleich bereits daran, dass es sich hierbei um völlig unterschiedliche Aufgabenbereiche und einen völlig anderen, zu unterrichtenden Personenkreis mit völlig anders gelagerten Schwerpunkten handelt.

Ebenso wenig wie bei der 20%-igen Vor- und Nachbereitungszeit nehmen auch die strikt vorgegebenen 94,45%-igen Lohnnebenkosten auf die individuelle Situation des Bieters - wie Urlaubszeit oder Krankenstand bzw Betriebsvereinbarung - Bedacht. Auch wenn es sich hierbei um eine offizielle, im Internet veröffentlichte Kalkulation des Bundesministeriums für Finanzen handeln mag, räumt der Auftraggeber in seiner Stellungnahme schließlich selbst ein, dass diese lediglich auf eine - den Einzelfall des Bieters in keiner Weise berücksichtigende - Durchschnittsbetrachtung abstellt.

Auch bei der Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen ist bei einer vertieften Angebotsprüfung auf die individuellen Umstände des Bieters abzustellen. Eine starre, auf eine Durchschnittsbetrachtung beruhende Vorgabe einer 20%-igen Vor- und Nachbereitungszeit, die zudem lediglich für eine bestimmte Gruppe von unterrichtenden GruppentrainerInnen - in Anknüpfung an die Vertragsbeziehungen zwischen Bieter und der für ihn zur Durchführung von Lehr- und Vortragstätigkeit der ausgeschriebenen Maßnahmen tätigen GruppentrainerInnen ("echte DienstnehmerInnen") - bei Unterschreitung des Wertes von €

30,90 gelten soll, ist jedenfalls als nicht zu rechtfertigender Wettbewerbsnachteil für einen Bieter - wie dem Antragsteller - zu werten. Der Antragsteller, der über eine große Anzahl von angestellten TrainerInnen verfügt, beabsichtigt diese für den ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrag einzusetzen. Dabei hat er eine strenges "Korsett" einer nicht zu unterschreitenden 20%-igen Vor- und Nachbereitungszeit bzw von fixen 94,45% Lohnnebenkosten, das seine individuellen Umstände völlig außer Acht lässt, und das nur für eine Gruppe von unterrichtenden GruppentrainerInnen gilt, einzuhalten. Damit liegt jedenfalls ein Verstoß gegen den Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbs iSv § 141 Abs 2 BVergG 2006 vor. Dieser ist auch nicht mit dem Argument des Auftraggebers, Lohndumping verhindern zu wollen, sachlich zu rechtfertigen. 30,90 gelten soll, ist jedenfalls als nicht zu rechtfertigender Wettbewerbsnachteil für einen Bieter - wie dem Antragsteller - zu werten. Der Antragsteller, der über eine große Anzahl von angestellten TrainerInnen verfügt, beabsichtigt diese für den ausgeschriebenen

Dienstleistungsauftrag einzusetzen. Dabei hat er eine strenges "Korsett" einer nicht zu unterschreitenden 20%-igen Vor- und Nachbereitungszeit bzw von fixen 94,45% Lohnnebenkosten, das seine individuellen Umstände völlig außer Acht lässt, und das nur für eine Gruppe von unterrichtenden GruppentrainerInnen gilt, einzuhalten. Damit liegt jedenfalls ein Verstoß gegen den Grundsatz des freien und lauterer Wettbewerbs iSv Paragraph 141, Absatz 2, BVergG 2006 vor. Dieser ist auch nicht mit dem Argument des Auftraggebers, Lohndumping verhindern zu wollen, sachlich zu rechtfertigen.

Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass selbst bei einem Angebot eines Bieters, bei dem der Einheitspreis für Maßnahmenstunden Personal von GruppentrainerInnen über € 30,90 liegt, nicht auszuschließen ist, dass für einzelne, angestellte GruppentrainerInnen des Bieters tatsächlich eine 20%-ige Vor- und Nachbereitungszeit bzw 94,45 % Lohnnebenkosten einkalkuliert wurden. Auch das Honorar von einzelnen freien DienstnehmerInnen, die über 15 Stunden für den Bieter als GruppentrainerInnen tätig sind, könnte im konkreten Fall unter € 30,90 liegen. Ebenso könnte die Bezahlung von einzelnen freien DienstnehmerInnen, die bis zu 15 Stunden als GruppentrainerInnen für den Bieter tätig sind, nicht "angemessen" sein.

Soweit der Auftraggeber in seinem Schriftsatz vom 19.4.2010 anmerkt, dass die Anfragebeantwortung zu Frage 17 als unbekämpft gebliebene Festlegung des Auftraggebers zu werten sei, ist darauf zu verweisen, dass die Frist für die Bekämpfung der Ausschreibung vom Antragsteller jedenfalls gewahrt wurde. Durch die Präklusion der betroffenen Anfragebeantwortung können jedenfalls nicht vorweg die Ausschreibungsbestimmungen, die der Antragsteller innerhalb der dafür vorgesehenen - wenn auch im Vergleich zu Anfragebeantwortung - erst später endenden Frist zur Bekämpfung der Ausschreibung angefochten hat, präkludieren. Die Ausschreibungsbestimmungen stellen nämlich die Grundlage für eine Anfragebeantwortung dar. Dies gilt im Übrigen auch für das einen Bestandteil der Ausschreibung bildende Formular zur Plausibilisierung des Einheitspreises Personal bei GruppentrainerInnen.

Da das einen Bestandteil der Ausschreibung bildende "Formular zur Plausibilisierung des Einheitspreises Personal bei GruppentrainerInnen" die strikten Vorgaben von 94,45% Lohnnebenkosten und 20% Vor- und Nachbereitungszeit bei der Gruppe "1. DienstnehmerInnen" beinhaltet, liegt auch in dieser Hinsicht ein Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz gemäß § 141 Abs 2 BVergG 2006 vor. Da das einen Bestandteil der Ausschreibung bildende "Formular zur Plausibilisierung des Einheitspreises Personal bei GruppentrainerInnen" die strikten Vorgaben von 94,45% Lohnnebenkosten und 20% Vor- und Nachbereitungszeit bei der Gruppe "1. DienstnehmerInnen" beinhaltet, liegt auch in dieser Hinsicht ein Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz gemäß Paragraph 141, Absatz 2, BVergG 2006 vor.

1. 4.Ziffer 4

Nichtigerklärung gemäß § 325 BVergG Nichtigerklärung gemäß Paragraph 325, BVergG

Die aufgezeigten Verstöße gegen den Grundsatz des freien und lauterer Wettbewerbs in den einen Bestandteil der Ausschreibung bildenden Punkten 4.19.6, 4.19.6.1, 4.19.6.2 und 4.19.6.4 der BM 1 sowie Punkt 6.1 der AGB des AMS Steiermark und das Formular "BM Plausibilisierung Einheitspreis GruppentrainerInnen" verletzen den Antragsteller in den von ihm geltend gemachten Rechten. Diese Verstöße sind darüber hinaus für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, da der Antragsteller auf Grund der für nichtig zu erklärenden Bestimmungen und des Formulars gehindert wäre, ein erfolgreiches Angebot zu legen. Die angefochtene Ausschreibung war daher in den genannten Punkten - ebenso wie das genannte Formular - gemäß § 325 Abs 1 BVergG für nichtig zu erklären. Die aufgezeigten Verstöße gegen den Grundsatz des freien und lauterer Wettbewerbs in den einen Bestandteil der Ausschreibung bildenden Punkten 4.19.6, 4.19.6.1, 4.19.6.2 und 4.19.6.4 der BM 1 sowie Punkt 6.1 der AGB des AMS Steiermark und das Formular "BM Plausibilisierung Einheitspreis GruppentrainerInnen" verletzen den Antragsteller in den von ihm geltend gemachten Rechten. Diese Verstöße sind darüber hinaus für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, da der Antragsteller auf Grund der für nichtig zu erklärenden Bestimmungen und des Formulars gehindert wäre, ein erfolgreiches Angebot zu legen. Die angefochtene Ausschreibung war daher in den genannten Punkten - ebenso wie das genannte Formular - gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG für nichtig zu erklären.

IV. zu Spruchpunkt I. und Spruchpunkt II römisch vier. zu Spruchpunkt römisch eins. und Spruchpunkt römisch zwei.

Soweit der Antragsteller die Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung auf Grund von Vergaberechtsverstößen begehrt, ist ihm entgegen zu halten, dass kein Grund von einem solchen Gewicht vorliegt, der der Vergabe der

ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrag ohne die angefochtenen, für nichtig zu erklärenden Bestimmungen samt Formular entgegen stünde. Das auf Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung gerichtete Begehren war daher als überschießend abzuweisen.

Ebenso wenig liegt im Hinblick auf die oben aufgezeigten Rechtswidrigkeiten ein solch gewichtiger Grund für die in eventu begehrte Nichtigerklärung aller, die Berechnung, Kalkulation und Anerkennung von Personalaufwand betreffenden Ausschreibungsbestimmungen vor. Das diesbezügliche Begehren war daher ebenso als überschießend abzuweisen.

V. zu Spruchpunkt IV.römisch fünf. zu Spruchpunkt römisch vier.

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

Wie sich aus Spruchpunkt III. ergibt, hat der Antragsteller teilweise iSv § 319 Abs 1 BVergG obsiegt. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid vom 22.3.2010, N/0019-BVA/04/2010-EV6, stattgegeben. Der Auftraggeber hat daher dem Antragsteller gemäß § 319 leg cit die entrichtete Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung iHv € 623,00 zu ersetzen. Wie sich aus Spruchpunkt römisch drei. ergibt, hat der Antragsteller teilweise iSv Paragraph 319, Absatz eins, BVergG obsiegt. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid vom 22.3.2010, N/0019-BVA/04/2010-EV6, stattgegeben. Der Auftraggeber hat daher dem Antragsteller gemäß Paragraph 319, leg cit die entrichtete Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung iHv € 623,00 zu ersetzen.

Zuletzt aktualisiert am

10.05.2010

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at