

TE Verg Bescheid 2008/4/4 N/0027-BVA/14/2008-39

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 04.04.2008

Norm

BVergG 2006 §2 Z8 idF BGBl I Nr17/2006

BVergG 2006 §105 Abs1 idF BGBl I Nr17/2006

BVergG 2006 §105 Abs3 idF BGBl I Nr17/2006

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 105 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 1. BVergG 2006 § 105 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG), BGBl I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 86/2007, betreffend die Auftragsvergabe "Implementierung eines Unternehmensservice in Tirol" des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), dieser vertreten durch das Bundessozialamt, Landesstelle Tirol, Herzog-Friedrich-Straße 3, 6020 Innsbruck, dieses vertreten durch X***, über die Anträge der A***, vertreten durch Y***, vom 6.3.2008, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, betreffend die Auftragsvergabe "Implementierung eines Unternehmensservice in Tirol" des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), dieser vertreten durch das Bundessozialamt, Landesstelle Tirol, Herzog-Friedrich-Straße 3, 6020 Innsbruck, dieses vertreten durch X***, über die Anträge der A***, vertreten durch Y***, vom 6.3.2008, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "die vom Bundessozialamt, Landesstelle Tirol, mit Schreiben vom 29.2.2008 im Vergabeverfahren für die 'Implementierung eines Unternehmensservice in Tirol' bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung, wonach die Bietergemeinschaft B***/C*** als Bestbieter ermittelt wurde und nun beabsichtigt ist, dieser Bietergemeinschaft bei einer Vergabesumme von netto Euro 728.000,- den Zuschlag zu erteilen, für nichtig zu erklären", wird abgewiesen.

Il.römisch zwei.

Der Antrag, "die Antragsgegnerin zu verpflichten, der Antragstellerin den Ersatz der für das gegenständliche Verfahren sowie das gleichzeitig beantragte Verfahren um Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen ab Zustellung des Verfahrens abschließenden Bescheides bei sonstiger Exekution aufzuerlegen", wird abgewiesen.

Begründung

1. Sachverhalt:

Die gegenständliche, EU-weit bekannt gemachte Auftragsvergabe "Implementierung eines Unternehmensservice in Tirol" soll in Form eines zweistufigen Verhandlungsverfahrens nach vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden.

Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich.

Auftraggeber ist die Republik Österreich, Bund, vertreten durch das Bundessozialamt, Landesstelle Tirol [siehe hiezu unter Rechtliche Beurteilung, Pkt. 2A b)]. Vergebende Stelle ist das Bundessozialamt, Landesstelle Tirol.

Als Abgabetermin für die Teilnahmeanträge wurde der 7.12.2007, 12.00 Uhr, festgelegt. Insgesamt gaben 6 Bewerber, darunter die A*** (im Folgenden Antragsteller) Teilnahmeanträge ab.

In der Folge wurden 3 Bewerber, darunter der Antragsteller, zur Angebotslegung bis längstens 14.1.2008, eingeladen. Alle 3 zur Angebotslegung eingeladenen Bewerber gaben fristgerecht Angebote ab.

Pkt. 5.6. (Anforderungen an Personaleinsatz) der Teilnahmeantragsunterlage lautet:

"5.6 Anforderungen an Personaleinsatz

Die BewerberInnen haben für die Leistungserbringung MitarbeiterInnen namentlich zu nennen und deren Qualifikationen in den dafür vorgesehenen Beilagen anzugeben.

Die MitarbeiterInnen können während des Vergabeverfahrens und danach während der Leistungserbringung nur auf Forderung bzw. mit Zustimmung des Auftraggebers abgezogen bzw. ausgetauscht werden. Der Auftraggeber weist bereits jetzt darauf hin, dass die Präsentation in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens von einer namhaft gemachten Projektleitung durchzuführen ist. Ein nicht genehmigter Abzug oder Wechsel der genannten MitarbeiterInnen während des Auswahlverfahrens bzw. der darauf folgenden Verfahrensabschnitte (Verhandlungsverfahren bzw. Umsetzung) hat den Ausschluss der BewerberIn oder BieterIn zur Folge.

Pkt. 5.7 (Mindestqualifikation der MitarbeiterInnen) der Teilnahmeantragsunterlage lautet:

5.7 Mindestqualifikation der MitarbeiterInnen

Für die genannten MitarbeiterInnen gilt die Mindestanforderung von 3 Jahren Branchenerfahrung in der Unternehmensberatung. Es sind 6 Personen zu nennen.

5 MitarbeiterInnen und eine erfahrene Projektleitung mit mindestens 3 Jahren Branchenerfahrung (Unternehmensberatung) und zusätzlich 3 Jahren Erfahrung im Projektmanagement. Die Berufserfahrung der MitarbeiterInnen ist in der Anlage Punkt 5 anzugeben."

Pkt. 6 (Zuschlagskriterien) der den Bewerbern mit der Einladung zur Abgabe eines Angebotes übermittelten Ausschreibungsunterlagen lautet:

"6. Zuschlagskriterien

Die Vergabe des Auftrages erfolgt nach dem BestbieterInnenprinzip, wobei die Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes (BestbieterIn) durch eine Kommission durchgeführt wird. Die Bewertung erfolgt auf folgende Weise und nach folgenden Kriterien:

6.1 Fachkompetenzen in der Beratung von Unternehmen und inhaltliche Auseinandersetzung mit der Problemstellung (40%)

- -Strichaufzählung
Übereinstimmung mit den Anforderungen lt. vorgegebener Leistungsbeschreibung (5%)
- -Strichaufzählung
Lösungspotenzial hinsichtlich der Zielerreichung bei der Umsetzung (15%)
- -Strichaufzählung
Kenntnisse betriebswirtschaftlicher Zusammenhänge (15%)
- -Strichaufzählung
Kenntnisse regionaler Strukturen und Angebote der Behindertenarbeit (5%) Erstere umfassen bezogen auf die jeweilige Region Kenntnisse der Unternehmenslandschaft, über bestehende regionale Vernetzungen und über relevante Akteure.

6.2 Professionalität der vorgesehenen Umsetzung (20%)

- -Strichaufzählung
Klarheit der Darstellung (15%)
- -Strichaufzählung
Darstellung Gender Mainstreaming-Ansatz (5%)

6.3 Einsatz MitarbeiterInnen und Infrastruktur (10%)

- -Strichaufzählung
Ausgewogenes Geschlechterverhältnis (5%)
- -Strichaufzählung
Infrastruktur im Bundesland (5%)

6.4 Mitarbeit von Menschen mit Behinderungen (5%)

6.5 Preis (25%)

Die Kalkulation ist im Formblatt Kosten nach Tagsätzen anzugeben. Die Vorlage ist verpflichtend zu verwenden.

Rabatte sind in den Gesamtpreis mit einzurechnen. Angebotene Skonti werden bei der Bewertung nicht berücksichtigt.

Die Angebotspreise werden ausschließlich auf Basis der Nettopreise (inkl. allfälliger sonstiger Steuern, Gebühren und Abgaben, jedoch ohne USt) beurteilt.

Jedes der Kriterien wird mit 10 Punkten für den besten Wert entsprechend der Gewichtung bewertet."

Zu den gemäß Pkt. 5.6 der Teilnahmeantragsunterlage im Teilnahmeantrag anzugebenden, für die Leistungserbringung in Aussicht genommenen MitarbeiterInnen samt deren Qualifikation, gab der Antragsteller in seinem Teilnahmeantrag vom 6.12.2007 fünf weibliche und einen männlichen Mitarbeiter samt deren Qualifikation an. In seinem Angebot führte der Antragsteller weiters an, dass er einen behinderten Menschen als Berater/in zu beschäftigen beabsichtige. Der im gegenständlichen Vergabeverfahren in Aussicht genommene Bestbieter, die Bietergemeinschaft bestehend 1. aus B***, 2. C*** machte in ihrem Teilnahmeantrag drei weibliche und drei männliche Mitarbeiter (Berater) namhaft.

Am 31.1.2008 fanden Verhandlungsgespräche mit den drei Bietern statt. Im Verhandlungsprotokoll über das mit dem Antragsteller geführte Gespräch ist Folgendes festgehalten:

[.....]

"Fragen des Auftraggebers:

1: Sie haben in Ihrem Anbot angegeben, dass Sie beabsichtigen, einen Menschen mit Behinderung als Berater/in zu beschäftigen. Können Sie den/die Mitarbeiter/in schon namentlich benennen?

Antwort: Der Lebenslauf, die Qualifikation des zukünftigen Mitarbeiters werden bis morgen per Fax (mail) übermittelt.

2: Sie haben in Ihrem Anbot bestimmte Zeithorizonte und Quantitäten betreffend die Umsetzung des Leistungsangebotes festgelegt. Laut Werkvertragsentwurf ist ein Zwischenbericht mit 31.5.2009 vorzulegen. Sind Sie

(wenn erforderlich) damit einverstanden, die Aufgabenschwerpunkte in Form von Leistungstagen, in Absprache mit dem Auftraggeber neu festzulegen?

Antwort: Änderungen sind im Einvernehmen möglich."

Mit Telefax vom 1.2.2008 gab der Antragsteller dem Auftraggeber den im Verhandlungsgespräch vom 31.1.2008 angekündigten behinderten Berater (Herrn D***) samt persönlichen Daten bekannt.

Mit Schreiben vom 29.2.2008 teilte die vergebende Stelle dem Antragsteller die zugunsten des Angebotes der Bietergemeinschaft B***/C*** getroffene Zuschlagsentscheidung (Angebotspreis Euro 728.000,- netto) mit. Eine zuvor am 5.2.2008 ergangene Zuschlagsentscheidung wurde mit Schreiben vom 29.2.2008 aus formalen Gründen zurück genommen, da diese nur an das erstgenannte der beiden Mitglieder der zitierten Bietergemeinschaft ergangen war. Gleichzeitig mit der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung vom 29.2.2008 setzte die vergebende Stelle den Antragsteller mit selbigem Schreiben hierüber in Kenntnis, dass nach der Beurteilung der Vergabekommission sein Angebot 915 Bewertungspunkte und damit den zweiten Platz in der Reihung der beurteilten Angebote erreicht habe; weiters darüber, dass der Bestbieter vor allem wegen des Lösungspotenziales der Zielerreichung, der Kenntnis regionaler Strukturen und der Ausgewogenheit des Geschlechterverhältnisses der MitarbeiterInnen mit 950 Punkten bewertet worden sei.

Dem zitierten Schreiben an den Antragsteller waren ein weiteres, ebenfalls mit 29.2.2008 datiertes Schreiben betreffend das detaillierte Bewertungsergebnis des Angebotes des Antragstellers samt Bewertungstabelle zu seinem Angebot sowie die Bewertungstabelle zum Angebot des in Aussicht genommenen Bestbieters angeschlossen.

Das an den Antragsteller ergangene Schreiben betreffend das Bewertungsergebnis seines Angebotes lautet:

"Betreff: Bewertungsergebnis

Sehr geehrte Damen und Herren!

Im Sinne der Nachvollziehbarkeit der Entscheidung der Bewertungskommission übermitteln wir Ihnen die Entscheidungsgründe.

Bei der Bewertung der einzelnen Zuschlagskriterien gem. Punkt 6 der Ausschreibungsunterlagen wurden Punkte von 0 bis 10 vergeben, wobei 0 Punkte nur vergeben wurden, wenn keinerlei Übereinstimmungen mit den Zuschlagskriterien zu erkennen waren.

Wir dürfen Ihnen mitteilen, dass Sie in folgenden Bewertungskriterien mit der Höchstpunktezahl von jeweils 10 bewertet wurden:

1. 1.Ziffer eins
Übereinstimmung mit der Leistungsbeschreibung
2. 2.Ziffer 2
Kenntnis betriebswirtschaftlicher Zusammenhänge
3. 3.Ziffer 3
Klarheit der Darstellung
4. 4.Ziffer 4
Gender Mainstreaming Ansatz
5. 5.Ziffer 5
Infrastruktur im Bundesland
6. 6.Ziffer 6
Mitarbeit von Menschen mit Behinderung
7. 7.Ziffer 7
Preis

Das Kriterium "Lösungspotenzial der Zielerreichung" wurde mit 8 Punkten bewertet. Hauptgründe dafür sind folgende Unterschiede im Vergleich zum Bestbieter:

- -Strichaufzählung
Das Konzept bezieht sich im Wesentlichen auf "begünstigte" Behinderte. Der Heterogenität der Personengruppe, Menschen mit Behinderung, wurde nicht ausreichend Rechnung getragen. Entsprechende Lösungsansätze, wie

Menschen mit Behinderung, die nicht dem Personenkreis der Begünstigten Behinderten angehören, in den Arbeitsmarkt integriert werden können, fehlen daher.

- -Strichaufzählung

Die Integrationsfachdienste bzw. die wesentlichen Akteure im Bereich der Behindertenarbeit wurden im Konzept erwähnt und ohne inhaltliche Bewertung aufgelistet. Es war nicht nachvollziehbar, mit welchen Akteuren Sie in welchem Umfang und mit welcher Gewichtung diese "Netzwerke" informieren und in Ihre Arbeit miteinbeziehen wollen.

- -Strichaufzählung

Vom Bestbieter wurde ein ausführlicher Dokumentennavigator vorgelegt, anhand dessen die Umsetzung einzelner Beratungsthemen (wie z.B.: "Input Betriebliche Gesundheitsförderung", "Input Betriebsvereinbarung", "Input Diversity Management", "Leitfaden Behinderung", "Themenfeld Recruiting", "Potenzial Check", "Anforderungsprofil", "Leitfaden Bewerbungsgespräch") klar strukturiert möglich ist.

Das Kriterium "Kenntnis regionaler Strukturen" wurde mit 7 Punkten bewertet. Hauptgründe dafür sind folgende Unterschiede im Vergleich zum Bestbieter:

- -Strichaufzählung

Das Land Tirol als Träger der Sozial- und Wirtschaftspolitik und als wichtiger Partner bei der Vernetzung und Finanzierung von Integrationsmaßnahmen für Menschen mit Behinderung im Rahmen des Tiroler Rehabilitationsgesetzes wurde in Ihrem Konzept nicht in ausreichendem Maße berücksichtigt.

- -Strichaufzählung

Vom Bestbieter wurde ausführlich das Ergebnis des Tiroler Equal-Projektes "Unternehmen 2010" angeführt. Im Rahmen dieses Equal-Projektes wurden zahlreiche Kontakte zu Tiroler Unternehmen aufgebaut und bereits relevante Netzwerke geschaffen, die vom zukünftigen Unternehmensservice weiterentwickelt werden können.

Das Kriterium "Ausgewogenes Geschlechterverhältnis" wurde mit 2 Punkten bewertet. Hauptgründe dafür sind folgende Unterschiede im Vergleich zum Bestbieter:

- -Strichaufzählung

Im Teilnahmeantrag wurden 1 Berater und 5 Beraterinnen genannt. In den Ausschreibungsunterlagen, sowie in der Verhandlung am 31.01.2008 wurde ein (männlicher) Berater in geplanter Teilzeitbeschäftigung nachbenannt. Vom Bestbieter wurden bereits im Teilnahmeantrag gleich viele Frauen und Männer als Berater/innen namhaft gemacht."

Die detaillierte Bewertung des Angebotes des Antragstellers lautet:

Nicht darstellbare Tabelle

Die detaillierte Bewertung des Angebotes der als Bestbieter in Aussicht genommenen Bietergemeinschaft lautet:

Nicht darstellbare Tabelle

Mit Schriftsatz vom 6.3.2008 brachte der Antragsteller einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt ein und begehrte wie in Spruchpunkt I wiedergegeben. Gleichzeitig stellte der Antragsteller einen Antrag auf Erlassung einer dem Auftraggeber die Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagenden einstweiligen Verfügung, dem mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 12.3.2008, GZ: N/0027-BVA/14/2008-11, stattgegeben wurde. Unter einem begehrte der Antragsteller die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und den Auftraggeber zum Ersatz der für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren zu verhalten. Mit Schriftsatz vom 6.3.2008 brachte der Antragsteller einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt ein und begehrte wie in Spruchpunkt römisch eins wiedergegeben. Gleichzeitig stellte der Antragsteller einen Antrag auf Erlassung einer dem Auftraggeber die Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagenden einstweiligen Verfügung, dem mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 12.3.2008, GZ: N/0027-BVA/14/2008-11, stattgegeben wurde. Unter einem begehrte der Antragsteller die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und den Auftraggeber zum Ersatz der für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren zu verhalten.

In seinem Schriftsatz brachte der Antragsteller im Wesentlichen vor:

Die gegenständliche Auftragsvergabe solle in einem zweistufigen Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich erfolgen. Die erste Stufe diene der Prüfung der fristgerecht eingereichten Teilnahmeanträge der Bewerber in einem Eignungs- und Auswahlverfahren. In der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens solle das technisch und wirtschaftlich beste Angebot aus den Angeboten jener Bieter ausgewählt werden, die in der ersten Stufe zur Angebotsabgabe aufgefordert worden seien.

Mit der Einladung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages habe das Bundessozialamt, Landesstelle Tirol, bekannt gegeben, dass die Republik Österreich, vertreten durch das Bundessozialamt, Landesstelle Tirol, als Auftraggeber fungiere. In den Ausschreibungsunterlagen (Pkt. 1.2) sei jedoch die Mitteilung erfolgt, dass die Auftraggeberstellung dem Ausgleichstaxfonds (ATF), vertreten durch das Bundessozialamt, Landesstelle Tirol, zukomme. Auch in dem den Ausschreibungsunterlagen als Anhang beigeschlossenen Muster des Werkvertrages werde der Ausgleichstaxfonds, vertreten durch das Bundessozialamt, Landesstelle Tirol, als Auftraggeber bezeichnet. Vorsichtshalber werde der Nachprüfungsantrag (wie auch der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) gegen jenen Rechtsträger gerichtet, welcher den verfahrensgegenständlichen Auftrag zu erteilen beabsichtige. Sollte es sich hierbei im Sinne der vom Bundessozialamt, Landesstelle Tirol, als vergebender Stelle erstellten Ausschreibungsunterlagen doch um den ATF handeln, werde um entsprechende Berichtigung der vom Antragsteller gewählten Bezeichnung des Auftraggebers ersucht.

Unter den Eignungskriterien, die Bewerber für die Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren zu erfüllen gehabt hätten, seien im Pkt. 5.6 des Teilnahmeantrages auch "Anforderungen an Personaleinsatz" genannt. Danach hätten Bewerber bereits mit dem Teilnahmeantrag die für die Leistungserbringung in Aussicht genommenen Mitarbeiter namentlich zu benennen und deren Qualifikationen anzugeben gehabt. Weiters sei darauf hingewiesen worden, dass die namhaft gemachten Mitarbeiter nur auf Forderung bzw. mit Zustimmung des Auftraggebers "abgezogen" bzw. ausgetauscht werden könnten.

In Pkt. 5.7 des Teilnahmeantrages ("Mindestqualifikation der MitarbeiterInnen") sei vorgegeben gewesen, dass 6 Personen (5 Mitarbeiter und eine erfahrene Person "Projektleitung") mit der im Einzelnen vorgegebenen Branchen- bzw. Berufserfahrung zu benennen gewesen seien.

In Pkt. 6.1 des Teilnahmeantrages seien die Auswahlkriterien mit Referenzen (40%), Qualifikation der MitarbeiterInnen (40%) und Erfahrung der Projektleitung (20%), angegeben gewesen.

Der Antragsteller habe seinen Teilnahmeantrag fristgerecht am 06.12.2007 eingereicht und auch aufforderungsgemäß die für die Leistungserbringung heranzuziehenden 6 Mitarbeiter (Anm: hievon 5 weibliche und einen männlichen Mitarbeiter) einschließlich der geforderten persönlichen Daten bekannt gegeben. Der Antragsteller habe seinen Teilnahmeantrag fristgerecht am 06.12.2007 eingereicht und auch aufforderungsgemäß die für die Leistungserbringung heranzuziehenden 6 Mitarbeiter Anmerkung, hievon 5 weibliche und einen männlichen Mitarbeiter) einschließlich der geforderten persönlichen Daten bekannt gegeben.

Mit Schreiben vom 17.12.2007 habe das Bundessozialamt, Landesstelle Tirol, den Antragsteller zur Abgabe eines Angebotes bis 14.01.2008, 12:00 Uhr, eingeladen.

Unter Pkt. 6 der Ausschreibungsunterlagen seien die Zuschlagskriterien bekannt gegeben worden. Als ein bewertungsrelevantes Kriterium werde in Pkt. 6.3 der Ausschreibungsunterlagen der "Einsatz MitarbeiterInnen und Infrastruktur (10%)

- -Strichaufzählung
ausgewogenes Geschlechterverhältnis (5%)
- -Strichaufzählung
Infrastruktur im Bundesland (5%)

normiert.

Der Antragsteller habe am 14.01.2008 fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot zum Abschluss des im Entwurf vorgegebenen Werkvertrages beim Bundessozialamt, Landesstelle Tirol, eingereicht.

Im Rahmen einer "Verhandlung" am 31.1.2008 seien ihm von der vergebenden Stelle lediglich zwei Fragen gestellt worden. Sonstige Verhandlungen über den Leistungsinhalt hätten nicht stattgefunden. Dem Antragsteller sei auch weder der Abschluss der Verhandlungen bekanntgegeben worden, noch sei eine Aufforderung der vergebenden Stelle

zur Abgabe eines letztmaligen Angebotes ergangen.

Die vergebende Stelle habe dem Antragsteller - nachdem eine zu Gunsten der B*** am 5.02.2008 ergangene Zuschlagsentscheidung aus formalen Gründen zurückgenommen worden sei - mit Schreiben vom 29.02.2008 mitgeteilt, dass die Vergabekommission nach eingehender Prüfung der Angebote die Bietergemeinschaft B***/C*** als Bestbieter ermittelt habe und beabsichtigt sei, den Zuschlag nach Ablauf der gesetzlich vorgeschriebenen 14-tägigen Frist an diese zu erteilen.

Mit einem weiteren Schreiben vom 29.02.2008 habe die vergebende Stelle dem Antragsteller die Entscheidungsgründe mitgeteilt. Die Bewertungskriterien "Übereinstimmung mit der Leistungsbeschreibung", "Kenntnis betriebswirtschaftlicher Zusammenhänge", "Klarheit der Darstellung", "Gender Mainstreaming Ansatz", "Infrastruktur im Bundesland", "Mitarbeit von Menschen mit Behinderungen" und "Preis" seien mit der Höchstpunktezahl von jeweils 10 Punkten bewertet worden.

Das Kriterium "Lösungspotential der Zielerreichung" sei mit 8 Punkten, das Kriterium "Kenntnis regionaler Strukturen" mit 7 Punkten, das Kriterium "Ausgewogenes Geschlechterverhältnis" mit 2 Punkten bewertet worden. Hiezu habe die vergebende Stelle erläutert, dass im Teilnahmeantrag des Antragstellers ein Berater und fünf Beraterinnen genannt worden seien. In den Ausschreibungsunterlagen sowie in der Verhandlung am 31.01.2008 sei ein männlicher Berater in geplanter Teilzeitbeschäftigung nachbenannt worden. Vom Bestbieter seien bereits im Teilnahmeantrag gleich viele Frauen und Männer als Berater(innen) namhaft gemacht worden.

Den übermittelten Bewertungstabellen betreffend sein Angebot und betreffend das Angebot des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers zufolge seien dem präsumtiven Zuschlagsempfänger beim Zuschlagskriterium "Ausgewogenes Geschlechterverhältnis", welches mit 5% gewichtet worden sei, 10 Punkte zuerkannt worden, da der präsumtive Zuschlagsempfänger bereits im Teilnahmeantrag gleich viele Männer und Frauen als Berater(innen) namhaft gemacht habe. Dem Angebot des Antragstellers seien bei dem betreffenden Kriterium hingegen nur 2 Punkte zuerkannt worden. Auf Grund der vorgenommenen Gewichtung habe das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers beim genannten Zuschlagskriterium 50 Punkte, das Angebot des Antragstellers hingegen nur 10 Punkte erhalten. Wäre auch das Angebot des Antragstellers beim betreffenden Zuschlagskriterium mit 10 Punkten bewertet und - entsprechend der Gewichtung - mit einem Teilergebnis von 50 Punkten bei diesem Zuschlagskriterium in die Bewertung aufgenommen worden, hätte das Angebot des Antragstellers mit insgesamt 955 Bewertungspunkten gegenüber dem Angebot des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers mit 950 Bewertungspunkten den Vorzug erhalten.

Der Antragsteller erachte sich durch die angefochtene Entscheidung in seinen Rechten auf richtige Angebotsprüfung und Angebotsbewertung im Rahmen der vorgegebenen Zuschlagskriterien, auf nicht diskriminierende und objektiv nachvollziehbare Bieterbehandlung, auf Durchführung eines gesetzeskonformen Verhandlungsverfahrens, für welches die Grundsätze der fairen Gleichbehandlung aller Bieter und der Nichtdiskriminierung einzelner Bieter gelten würden, auf Bekanntgabe einer vergaberechtskonformen Zuschlagsentscheidung, die sich auf eine sachlich gerechtfertigte und objektiv nachvollziehbare Prüfung und Bewertung der Angebote stütze und in seinem Recht auf Erteilung des Zuschlages verletzt.

Rechtswidrigkeitsgründe:

- -Strichaufzählung

Verletzung von Verfahrensvorschriften:

Entgegen § 80 Abs. 1 BVergG sei der Auftraggeber nicht genau bezeichnet. Im Teilnahmeantrag sei die Republik Österreich, vertreten durch das Bundessozialamt, Landesstelle Tirol, in den Ausschreibungsunterlagen - sowie in dem diesen als Anhang im Entwurf angeschlossenen Werkvertrag - sei demgegenüber der Ausgleichstaxfonds (ATF), vertreten durch das Bundessozialamt, Landesstelle Tirol, als Auftraggeber genannt. Dieser Umstand habe insofern wesentlichen Einfluss auf das Vergabeverfahren, da die von den Bewerbern im Teilnahmeantrag vorgenommene Bekanntgabe der für die Leistungserbringung in Aussicht genommenen Mitarbeiter nicht automatisch auch für einen potenziellen Vertragsabschluss mit dem Ausgleichstaxfonds als Auftraggeber gelten würde. Ein Wechsel des Auftraggebers erscheine im Rahmen eines zweistufigen Vergabeverfahrens unzulässig. Entgegen Paragraph 80, Absatz eins, BVergG sei der Auftraggeber nicht genau bezeichnet. Im Teilnahmeantrag sei die Republik Österreich, vertreten durch das Bundessozialamt, Landesstelle Tirol, in den

Ausschreibungsunterlagen - sowie in dem diesen als Anhang im Entwurf angeschlossenen Werkvertrag - sei demgegenüber der Ausgleichstaxfonds (ATF), vertreten durch das Bundessozialamt, Landesstelle Tirol, als Auftraggeber genannt. Dieser Umstand habe insofern wesentlichen Einfluss auf das Vergabeverfahren, da die von den Bewerbern im Teilnahmeantrag vorgenommene Bekanntgabe der für die Leistungserbringung in Aussicht genommenen Mitarbeiter nicht automatisch auch für einen potenziellen Vertragsabschluss mit dem Ausgleichstaxfonds als Auftraggeber gelten würde. Ein Wechsel des Auftraggebers erscheine im Rahmen eines zweistufigen Vergabeverfahrens unzulässig.

Entgegen § 105 Abs. 1 BVergG sei - mit Ausnahme von zwei Fragen - nicht über den gesamten Leistungsinhalt verhandelt worden. Die vergebende Stelle hätte den Antragsteller hinsichtlich der Auslegung des Zuschlagskriteriums "Ausgewogenes Geschlechterverhältnis" dahingehend aufzuklären gehabt, dass der Auftraggeber hierunter eine Parität von Männern und Frauen verstehe und den Antragsteller im Hinblick auf das Geschlecht der für die Leistungserbringung in Aussicht genommenen Mitarbeiter (der Antragsteller habe 5 Mitarbeiterinnen und einen männlichen Mitarbeiter benannt) zu einer Abänderung durch entsprechenden Austausch von weiblichen durch männliche Mitarbeiter anleiten müssen. Für den Antragsteller ergebe sich der Anschein, dass dieses, erst in der 2. Stufe des Vergabeverfahrens mit den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebene Zuschlagskriterium, von vornherein auf eine bewertungsmäßige Bevorzugung des Angebotes der für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Bietergemeinschaft ausgerichtet gewesen sei. Aufgrund der eingereichten Teilnahmeanträge sei der vergebenden Stelle nämlich bekannt gewesen, dass der Antragsteller fünf Frauen und einen Mann als für die Leistungserbringung ausgewählte MitarbeiterInnen, die Bietergemeinschaft B***/C*** hingegen, hierfür drei Frauen und drei Männer vorgesehen habe. Entgegen Paragraph 105, Absatz eins, BVergG sei - mit Ausnahme von zwei Fragen - nicht über den gesamten Leistungsinhalt verhandelt worden. Die vergebende Stelle hätte den Antragsteller hinsichtlich der Auslegung des Zuschlagskriteriums "Ausgewogenes Geschlechterverhältnis" dahingehend aufzuklären gehabt, dass der Auftraggeber hierunter eine Parität von Männern und Frauen verstehe und den Antragsteller im Hinblick auf das Geschlecht der für die Leistungserbringung in Aussicht genommenen Mitarbeiter (der Antragsteller habe 5 Mitarbeiterinnen und einen männlichen Mitarbeiter benannt) zu einer Abänderung durch entsprechenden Austausch von weiblichen durch männliche Mitarbeiter anleiten müssen. Für den Antragsteller ergebe sich der Anschein, dass dieses, erst in der 2. Stufe des Vergabeverfahrens mit den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebene Zuschlagskriterium, von vornherein auf eine bewertungsmäßige Bevorzugung des Angebotes der für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Bietergemeinschaft ausgerichtet gewesen sei. Aufgrund der eingereichten Teilnahmeanträge sei der vergebenden Stelle nämlich bekannt gewesen, dass der Antragsteller fünf Frauen und einen Mann als für die Leistungserbringung ausgewählte MitarbeiterInnen, die Bietergemeinschaft B***/C*** hingegen, hierfür drei Frauen und drei Männer vorgesehen habe.

Weiters habe die vergebende Stelle dem Antragsteller weder den Abschluss der Verhandlungen bekannt gegeben noch zur letztmaligen Abgabe eines Angebotes aufgefordert.

- -Strichaufzählung

Inhaltliche Rechtswidrigkeit:

Gemäß § 19 Abs. 1 BVergG seien Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Im gegenständlichen Fall seien Bewerber bereits bei Abgabe des Teilnahmeantrages aufgefordert worden, die für die Leistungserbringung in Aussicht genommenen Mitarbeiter namhaft zu machen und deren Qualifikation anzugeben, ohne dass darauf hingewiesen worden wäre, dass dem Geschlecht der betreffenden Mitarbeiter für die Zuschlagserteilung irgendeine Relevanz zukommen könnte. Dies, obwohl in Pkt. 5.6 des Teilnahmeantrages normiert werde, dass die MitarbeiterInnen während des Vergabeverfahrens (und danach während der Leistungserbringung) nur auf Aufforderung bzw. mit Zustimmung des Auftraggebers abgezogen bzw. ausgetauscht werden könnten und ein nicht genehmigter Abzug oder Wechsel während des Auswahlverfahrens bzw. der darauffolgenden Verfahrensabschnitte (Verhandlungsverfahren bzw. Umsetzung) den Ausschluss des Bewerbers oder Bieters zur Folge haben würde. Erst in der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens sei den Bewerbern in Pkt. 6.3 der Ausschreibungsunterlagen unter dem Titel "Einsatz MitarbeiterInnen und Infrastruktur (10%)" als Zuschlagskriterium das "Ausgewogene Geschlechterverhältnis (5%)"

bekanntgegeben worden, ohne dass zur Klarstellung des Verständnisses und der Auslegung dieses Zuschlagskriteriums eine objektiv nachvollziehbare Begriffsdefinition erfolgt wäre. Darin liege eine Verletzung des Transparenzgebotes. Der Antragsteller sei davon ausgegangen, dass Sinn und Zweck des in Rede stehenden Zuschlagskriteriums in der besonderen Berücksichtigung frauenspezifischer Beschäftigungsaspekte liegen würden. Er wäre hingegen niemals auf die Idee gekommen, dass der Auftraggeber unter einem ausgewogenen Geschlechterverhältnis eine Parität von Männern und Frauen der für die Leistungserbringung in Aussicht genommenen MitarbeiterInnen verstehen könnte. Mangels klarer Definition des betreffenden Zuschlagskriteriums hätte der Auftraggeber im Zuge des Verhandlungsverfahrens gemäß § 105 BVergG den Antragsteller über sein grob diskriminierendes Verständnis des Begriffes des "ausgewogenen Geschlechterverhältnisses" aufzuklären und einen Austausch der in Aussicht genommenen MitarbeiterInnen durch Erhöhung der Anzahl der männlichen Mitarbeiter anzuregen gehabt. Unter einem "ausgewogenen Geschlechterverhältnis" sei - etwa im Sinne einer Stellungnahme des Bundesministeriums für Gesundheit und Frauen zum seinerzeitigen Entwurf eines Behindertengleichstellungsgesetzes, eines Schlichtungsstellengesetzes und eines Behinderteneinstellungsgesetzes - zu verstehen, dass Frauen auch in der Arbeitswelt mit einem Anteil von zumindest 50% Berücksichtigung finden würden. Ebenso sei auf das Bundesgleichbehandlungsgesetz zu verweisen. Es sei ein "Affront", wenn der Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren das festgesetzte Zuschlagskriterium eines ausgewogenen Geschlechterverhältnisses bei der Bewertung der Angebote so auslege, dass im Ergebnis Bieter, welche dem gesetzgeberischen Anliegen der Gleichstellung von Frauen und Männern bestmöglich entsprechen, indem sie beim Einsatz von Arbeitnehmern Frauen besondere Chancen einräumen, benachteiligt würden. Der Antragsteller sei erst durch Bekanntgabe des Bewertungsergebnisses mit dem Umstand konfrontiert worden, dass der Auftraggeber unter dem Kriterium "Ausgewogenes Geschlechterverhältnis" eine Parität von Männern und Frauen bei den für die Leistungserbringung benannten MitarbeiterInnen verstehe. Eine solche Auslegung widerspreche dem Gleichbehandlungsgebot und dem Diskriminierungsverbot, da Bewerber, welche ausschließlich oder vorwiegend Frauen beschäftigen, bei der Teilnahme am Vergabeverfahren allein aus Gründen des Geschlechts der MitarbeiterInnen grob benachteiligt würden. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG seien Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Im gegenständlichen Fall seien Bewerber bereits bei Abgabe des Teilnahmeantrages aufgefordert worden, die für die Leistungserbringung in Aussicht genommenen Mitarbeiter namhaft zu machen und deren Qualifikation anzugeben, ohne dass darauf hingewiesen worden wäre, dass dem Geschlecht der betreffenden Mitarbeiter für die Zuschlagserteilung irgendeine Relevanz zukommen könnte. Dies, obwohl in Pkt. 5.6 des Teilnahmeantrages normiert werde, dass die MitarbeiterInnen während des Vergabeverfahrens (und danach während der Leistungserbringung) nur auf Aufforderung bzw. mit Zustimmung des Auftraggebers abgezogen bzw. ausgetauscht werden könnten und ein nicht genehmigter Abzug oder Wechsel während des Auswahlverfahrens bzw. der darauffolgenden Verfahrensabschnitte (Verhandlungsverfahren bzw. Umsetzung) den Ausschluss des Bewerbers oder Bieters zur Folge haben würde. Erst in der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens sei den Bewerbern in Pkt. 6.3 der Ausschreibungsunterlagen unter dem Titel "Einsatz MitarbeiterInnen und Infrastruktur (10%)" als Zuschlagskriterium das "Ausgewogene Geschlechterverhältnis (5%)" bekanntgegeben worden, ohne dass zur Klarstellung des Verständnisses und der Auslegung dieses Zuschlagskriteriums eine objektiv nachvollziehbare Begriffsdefinition erfolgt wäre. Darin liege eine Verletzung des Transparenzgebotes. Der Antragsteller sei davon ausgegangen, dass Sinn und Zweck des in Rede stehenden Zuschlagskriteriums in der besonderen Berücksichtigung frauenspezifischer Beschäftigungsaspekte liegen würden. Er wäre hingegen niemals auf die Idee gekommen, dass der Auftraggeber unter einem ausgewogenen Geschlechterverhältnis eine Parität von Männern und Frauen der für die Leistungserbringung in Aussicht genommenen MitarbeiterInnen verstehen könnte. Mangels klarer Definition des betreffenden Zuschlagskriteriums hätte der Auftraggeber im Zuge des Verhandlungsverfahrens gemäß Paragraph 105, BVergG den Antragsteller über sein grob diskriminierendes Verständnis des Begriffes des "ausgewogenen Geschlechterverhältnisses" aufzuklären und einen Austausch der in Aussicht genommenen MitarbeiterInnen durch Erhöhung der Anzahl der männlichen Mitarbeiter anzuregen gehabt. Unter einem "ausgewogenen Geschlechterverhältnis" sei - etwa im Sinne einer Stellungnahme des Bundesministeriums für Gesundheit und

Frauen zum seinerzeitigen Entwurf eines Behindertengleichstellungsgesetzes, eines Schlichtungsstellengesetzes und eines Behinderteneinstellungsgesetzes - zu verstehen, dass Frauen auch in der Arbeitswelt mit einem Anteil von zumindest 50% Berücksichtigung finden würden. Ebenso sei auf das Bundesgleichbehandlungsgesetz zu verweisen. Es sei ein "Affront", wenn der Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren das festgesetzte Zuschlagskriterium eines ausgewogenen Geschlechterverhältnisses bei der Bewertung der Angebote so auslege, dass im Ergebnis Bieter, welche dem gesetzgeberischen Anliegen der Gleichstellung von Frauen und Männern bestmöglich entsprechen, indem sie beim Einsatz von Arbeitnehmern Frauen besondere Chancen einräumen, benachteiligt würden. Der Antragsteller sei erst durch Bekanntgabe des Bewertungsergebnisses mit dem Umstand konfrontiert worden, dass der Auftraggeber unter dem Kriterium "Ausgewogenes Geschlechterverhältnis" eine Parität von Männern und Frauen bei den für die Leistungserbringung benannten MitarbeiterInnen verstehe. Eine solche Auslegung widerspreche dem Gleichbehandlungsgebot und dem Diskriminierungsverbot, da Bewerber, welche ausschließlich oder vorwiegend Frauen beschäftigen, bei der Teilnahme am Vergabeverfahren allein aus Gründen des Geschlechts der MitarbeiterInnen grob benachteiligt würden.

Bei richtiger, an den gesetzlichen Anforderungen der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung orientierter Auslegung des Zuschlagskriteriums "Ausgewogenes Geschlechterverhältnis", hätte auch das Angebot des Antragstellers bei diesem Zuschlagskriterium die vollen 10 Punkte, somit 50 gewichtete Punkte erhalten müssen, sodass dessen Angebot als Bestangebot zu qualifizieren gewesen wäre.

Dem Antragsteller erwachse aus der Teilnahme an der gegenständlichen Ausschreibung ein Aufwand für die Angebotsstellung von ca. Euro 18.000,- (ca. 250 Arbeitsstunden á Euro 72,-), der, für den Fall, dass die Zuschlagserteilung an den Antragsteller (aus unsachlichen Gründen) unterbliebe, frustriert wäre. Weiters würde dem Antragsteller bei Festhalten an der rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung aus dem Titel des Erfüllungsinteresses (Deckungsbeitrages) ein Schaden in Form eines entgangenen Gewinnes von zumindest Euro 70.000,- erwachsen. Zudem würde es sich beim gegenständlichen Auftrag um ein Referenzprojekt von erheblicher Bedeutung für den Antragsteller handeln.

Der Auftraggeber nahm zum Nachprüfungsantrag mit Schriftsatz vom 14.3.2008 im Wesentlichen wie folgt Stellung:

Bei der Nennung des Ausgleichstaxfonds als Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen handle es sich bloß um ein redaktionelles Versehen, da die Finanzierung des Projektes auch aus Mitteln des Ausgleichstaxfonds (ATF) erfolgen werde. Mit der Nennung des ATF als Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen habe der Auftraggeber weder einen Auftraggeber-Wechsel indizieren wollen noch habe er dadurch den Auftraggeber gewechselt. Zumal kein Bieter durch die Nennung des ATF als Auftraggeber in seinen Rechten beeinträchtigt gewesen sei, sei dieser Umstand auch von keinem Bieter releviert worden. Selbst im Falle, dass der ATF Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens wäre, würde daraus dem Antragsteller kein Rechtsnachteil erwachsen. Am Inhalt der Ausschreibungsunterlagen, insbesondere an den Zuschlagskriterien, würde sich keine Änderung ergeben. Es sei nicht ersichtlich, weshalb der Antragsteller andere Angaben in seinem Teilnahmeantrag gemacht haben sollte, wäre in der Teilnahmeantragsunterlage der ATF als Auftraggeber genannt worden.

Zusammenfassend werde festgehalten, dass kein Auftraggeberwechsel vorliege. Selbst wenn man zur gegenteiligen Auffassung gelangen sollte, läge darin bloß ein nicht entscheidungswesentlicher Verfahrensmangel.

Zum Vorwurf des Antragstellers, dass mit ihm in der 2. Stufe des Verfahrens, insbesondere hinsichtlich der von ihm vorgesehenen MitarbeiterInnen, keine Verhandlungen erfolgt seien, werde festgehalten, dass eine Verpflichtung, über jedes Angebotsdetail zu verhandeln, weder dem BVergG noch der Judikatur zu entnehmen sei. § 105 Abs. 1 BVergG gebe keinen bestimmten Verhandlungsmodus vor. Bestünden bei bestimmten Verhandlungspunkten für den Auftraggeber keine offenen Fragen, bestehe keine Verpflichtung zu deren näherer Erörterung. Entgegen der Darstellung des Antragstellers habe der Auftraggeber mit ihm (am 31.1.2008) Verhandlungen geführt. Es habe jedoch - auch aus der Sicht des Antragstellers nichts zu verhandeln gegeben - und zwar auch nicht hinsichtlich des Zuschlagskriteriums "ausgewogenes Geschlechterverhältnis". Dieser Begriff sei bei Abstellen auf dessen objektiven Erklärungswert (§ 914 ABGB) klar verständlich. Hätte der Auftraggeber mit dem Antragsteller über diesen Begriff "verhandelt", in dem er ihn im Sinne des Vorbringens des Antragstellers zur "Verbesserung" seines Angebotes dadurch aufgefordert hätte, dass er bei den eingesetzten Mitarbeitern für ein ausgewogenes Geschlechterverhältnis sorgen

solle, hätte der Auftraggeber den Antragsteller gegenüber anderen Bietern bevorzugt. Zum Vorwurf des Antragstellers, dass mit ihm in der 2. Stufe des Verfahrens, insbesondere hinsichtlich der von ihm vorgesehenen MitarbeiterInnen, keine Verhandlungen erfolgt seien, werde festgehalten, dass eine Verpflichtung, über jedes Angebotsdetail zu verhandeln, weder dem BVergG noch der Judikatur zu entnehmen sei. Paragraph 105, Absatz eins, BVergG gebe keinen bestimmten Verhandlungsmodus vor. Bestünden bei bestimmten Verhandlungspunkten für den Auftraggeber keine offenen Fragen, bestehe keine Verpflichtung zu deren näherer Erörterung. Entgegen der Darstellung des Antragstellers habe der Auftraggeber mit ihm (am 31.1.2008) Verhandlungen geführt. Es habe jedoch - auch aus der Sicht des Antragstellers nichts zu verhandeln gegeben - und zwar auch nicht hinsichtlich des Zuschlagskriteriums "ausgewogenes Geschlechterverhältnis". Dieser Begriff sei bei Abstellen auf dessen objektiven Erklärungswert (Paragraph 914, ABGB) klar verständlich. Hätte der Auftraggeber mit dem Antragsteller über diesen Begriff "verhandelt", in dem er ihn im Sinne des Vorbringens des Antragstellers zur "Verbesserung" seines Angebotes dadurch aufgefordert hätte, dass er bei den eingesetzten Mitarbeitern für ein ausgewogenes Geschlechterverhältnis sorgen solle, hätte der Auftraggeber den Antragsteller gegenüber anderen Bietern bevorzugt.

Zum Vorwurf des Antragstellers, dass er vom Auftraggeber nicht auf den bevorstehenden Abschluss der Verhandlungen hingewiesen worden sei, werde auf Pkt. 1.13 der Ausschreibungsunterlage verwiesen, worin explizit angeführt sei, dass Verhandlungen mit den Bietern voraussichtlich in der 5. Kalenderwoche (2008) stattfinden sollten. Für die Bieter sei daher deutlich erkennbar gewesen, dass nach Verhandlungsterminen in der 5. Kalenderwoche - somit nach dem mit dem Antragsteller am 31.1.2008 durchgeführten Verhandlungsgespräch - keine weiteren Verhandlungstermine mehr stattfinden sollten. Schließlich hätte auch die explizite Bekanntgabe, dass es keine weitere Verhandlungsrunde mehr geben werde, am Angebot des Antragstellers nichts geändert.

Im Übrigen seien die in der Ausschreibungsunterlage angeführten Zuschlagskriterien bestandsfest geworden, da der Antragsteller die Aufforderung zur Angebotsabgabe, welcher die Ausschreibungsunterlagen beigelegt seien, nicht angefochten habe. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe sei eine selbstständig anfechtbare Entscheidung iSd § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG. Mangels Anfechtung dieser Bestimmung in den Ausschreibungsunterlagen seien Auftraggeber und Bieter an diese gebunden. Im Übrigen seien die in der Ausschreibungsunterlage angeführten Zuschlagskriterien bestandsfest geworden, da der Antragsteller die Aufforderung zur Angebotsabgabe, welcher die Ausschreibungsunterlagen beigelegt seien, nicht angefochten habe. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe sei eine selbstständig anfechtbare Entscheidung iSd Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG. Mangels Anfechtung dieser Bestimmung in den Ausschreibungsunterlagen seien Auftraggeber und Bieter an diese gebunden.

Die in Rede stehende Bestimmung sei auch nicht diskriminierend, zumal schon der objektive Erklärungswert des Wortes "ausgewogen" (sich in einem bestimmten Gleichgewicht befinden, vgl. Duden Internetlexikon) nahelege, dass der Auftraggeber damit auf die Parität zwischen Männern und Frauen bei der Beschäftigung der Mitarbeiter geachtet habe. Nicht nachvollziehbar sei die Argumentation des Antragstellers, dass Sinn und Zweck dieses Zuschlagskriteriums in der besonderen Berücksichtigung frauenspezifischer Beschäftigungsaspekte liegen würden. Auch der Auftragsgegenstand sei nicht auf Frauenförderung bezogen, sondern auf die Förderung der Begünstigung behinderter Menschen, gleich welchen Geschlechts. Würde der Auftraggeber ein Angebot (konkret jenes des Antragstellers) bevorzugen, da in diesem mehr weibliche als männliche Mitarbeiter nominiert worden seien, liege darin wohl eine Diskriminierung. Die in Rede stehende Bestimmung sei auch nicht diskriminierend, zumal schon der objektive Erklärungswert des Wortes "ausgewogen" (sich in einem bestimmten Gleichgewicht befinden, vergleiche Duden Internetlexikon) nahelege, dass der Auftraggeber damit auf die Parität zwischen Männern und Frauen bei der Beschäftigung der Mitarbeiter geachtet habe. Nicht nachvollziehbar sei die Argumentation des Antragstellers, dass Sinn und Zweck dieses Zuschlagskriteriums in der besonderen Berücksichtigung frauenspezifischer Beschäftigungsaspekte liegen würden. Auch der Auftragsgegenstand sei nicht auf Frauenförderung bezogen, sondern auf die Förderung der Begünstigung behinderter Menschen, gleich welchen Geschlechts. Würde der Auftraggeber ein Angebot (konkret jenes des Antragstellers) bevorzugen, da in diesem mehr weibliche als männliche Mitarbeiter nominiert worden seien, liege darin wohl eine Diskriminierung.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger, die Bietergemeinschaft B***/C*** erhob mit Schriftsatz vom 14.3.2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 17.3.2008, rechtzeitig begründete Einwendungen iSd § 324 Abs. 3 BVergG und hat damit seine Parteistellung gewahrt. Der präsumtive Zuschlagsempfänger, die Bietergemeinschaft B***/C*** erhob mit

Schriftsatz vom 14.3.2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 17.3.2008, rechtzeitig begründete Einwendungen iSd Paragraph 324, Absatz 3, BVergG und hat damit seine Parteistellung gewahrt.

In seinem Schriftsatz brachte der präsumtive Zuschlagsempfänger zusammenfassend vor:

Der Nachprüfungsantrag sei - als ein nicht gegen den Auftraggeber gerichteter Nachprüfungsantrag - als unzulässig zurückzuweisen, da es im Vergabeverfahren zu einem nach der Judikatur des VfGH und des BVA zulässigen (schlüssigen) Auftraggeberwechsel zum ATF gekommen sei. Eine allfällige Bemängelung oder Relevierung der Auftraggebereigenschaft des ATF seien nicht erfolgt.

Der Auftraggeber habe den Antragsteller im Zuge des Verhandlungsgespräches nicht über die Bedeutung des Begriffes des "ausgewogenen Geschlechterverhältnisses" aufzuklären gehabt. Das Verständnis dieses Begriffes sei eindeutig. Bereits der allgemeine Sprachgebrauch unterstreiche, dass unter "ausgewogen" "gleichgewichtig" (siehe Duden), ein möglichst paritätisches Geschlechterverhältnis zu verstehen sei. Daran würden auch die vom Antragsteller ins Treffen geführten Gesetzesstellen und der allgemeine gesellschaftspolitische und rechtliche Hintergrund nichts ändern, die allesamt keinen konkreten Bezug zum gegenständlichen Verfahren haben würden. Die vom Auftraggeber vorgenommene Interpretation des Zuschlagskriteriums "ausgewogenes Geschlechterverhältnis" und in weiterer Folge die Bewertung des Angebotes des Antragstellers seien nicht zu bemängeln und rechtsrichtig erfolgt.

Dem Antragsteller sei die Festlegung des Zuschlagskriteriums "ausgewogenes Geschlechterverhältnis" bereits mit der Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen bekannt geworden. Im Falle, dass er sich hierdurch beschwert erachtet haben sollte, hätte er die vergabegesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten zur Abänderung der Ausschreibungsbestimmungen zu ergreifen gehabt. Da der Antragsteller auf eine rechtzeitige Anfechtung dieses Zuschlagskriteriums verzichtet habe, sei sein diesbezügliches Vorbringen präkludiert. Sowohl das falsche Verständnis dieses Zuschlagskriteriums durch den Antragsteller als auch dessen mangelnde (rechtzeitige) Anfechtung und der nicht erfolgte Austausch von namhaft gemachten weiblichen Mitarbeitern durch männliche Mitarbeiter würden in der alleinigen Verantwortung des Antragstellers liegen.

Mit Schriftsatz vom 20.3.2008 erstattete der Antragsteller eine Replik, in der er, im Wesentlichen unter Wiederholung seines bisherigen Vorbringens, ausführte:

Der Nachprüfungsantrag sei nicht als gegen den falschen Auftraggeber gerichteter Antrag zurückzuweisen. Einem Bieter könne es nicht zur Last gelegt werden, wenn die betreffenden Angaben im Teilnahmeantrag und in den Ausschreibungsunterlagen undeutlich oder widersprüchlich seien. Auch eine allfällige Falschbezeichnung des Auftraggebers im Nachprüfungsverfahren schade daher nicht. Ein stillschweigender Auftraggeberwechsel ohne ausdrückliche Einwilligung der Teilnehmer am Vergabeverfahren sei unzulässig. Allein durch die Abgabe eines Angebotes habe der Antragsteller noch keine Zustimmung zu einem Wechsel des Auftraggebers erteilt.

Die Festlegung des Zuschlagskriteriums "ausgewogenes Geschlechterverhältnis" beim Einsatz von MitarbeiterInnen könne nur eine sozialpolitische Zielsetzung verfolgen. Im Rahmen des dem gegenständlichen Dienstleistungsauftrag zugrundeliegenden Gender-Mainstreaming-Ansatzes werde daher im Interesse der Gleichbehandlung und Frauenförderung die Zielsetzung verfolgt, generell Geschlechtergerechtigkeit zu erreichen und die Diskriminierung eines Geschlechtes zu vermeiden.

Der Antragsteller habe dem Auftraggeber keine diskriminierende Auslegung des Zuschlagskriteriums "ausgewogenes Geschlechterverhältnis" unterstellen können, weshalb auch kein sachlich begründeter Anlass bestanden habe, die Ausschreibung (und Aufforderung zur Angebotslegung) anzufechten. Durch die Festlegung dieses Zuschlagskriteriums allein, habe sich der Antragsteller nicht beschwert erachtet. Die Bestandskraft der Ausschreibungsunterlagen stehe jedoch einer Prüfung der Auslegung und Bewertung dieses Zuschlagskriteriums durch den Auftraggeber nicht entgegen. Im Hinblick auf die gebotene Gleichbehandlung der Bieter verbiete sich ein Verständnis, wonach es sich bei den für die Leistungserbringung in Aussicht genommenen MitarbeiterInnen um gleich viele Frauen und Männer handeln müsse. Dies würde von vornherein Bieter, welche in Wahrung ihrer arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungspflicht nicht genau gleich viele Männer wie Frauen beschäftigen würden, im Vergabeverfahren benachteiligen. Auch wenn durch gegenständlichen Dienstleistungsauftrag (behinderte) Frauen und Männer gleichermaßen betreut werden sollen, erfordere dies keine möglichst gleichteilige geschlechtermäßige Zusammensetzung der MitarbeiterInnen. Zwischen dem in Rede stehenden Zuschlagskriterium und dem Auftragsgegenstand bestehe kein Sachzusammenhang.

In einer Replik vom 31.3.2008 trat der präsuntive Zuschlagsempfänger dem Vorbringen des Antragstellers in seiner Replik vom 20.3.2008 entgegen und brachte unter anderem vor, dass die Frage, ob ein Auftraggeberwechsel stattgefunden habe, nicht von relevantem Einfluss auf die Rechtsstellung der Bieter oder den Ausgang des Vergabeverfahrens sei.

In einer weiteren Stellungnahme vom 1.4.2008 führte der Auftraggeber nochmals aus, dass kein Auftraggeberwechsel stattgefunden habe. Der Antragsteller könne zudem nach wie vor nicht darlegen, inwiefern seine Rechtsposition durch einen allfälligen - nicht gegebenen - Auftraggeberwechsel beeinträchtigt sein sollte und weshalb er keinen Vertrag mit einem Auftraggeber ATF abschließen würde. Die Angebotsbewertung wäre bei einem allfälligen Auftraggeber ATF nicht anders erfolgt. An der Ausschreibungsunterlage, insbesondere den Zuschlagskriterien, würde keine Änderung eintreten. Sollte dennoch ein Auftraggeberwechsel angenommen werden, würde es sich hierbei jedenfalls um einen unbeachtlichen Verfahrensmangel handeln.

Am 3.4.2008 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt, in der die Parteien ergänzend vorbrachten:

-Zum Zuschlagskriterium des Pkt. 6.4 (Mitarbeit von Menschen mit Behinderungen)

brachte der Rechtsvertreter des Antragstellers vor, dass sich dieses auf die zur Erbringung der Dienstleistungen eingesetzten MitarbeiterInnen beziehe und legte ein dies bestätigendes, in Beantwortung einer Bieteranfrage ergangenes E-mail des Bundessozialamtes, Landesstelle Tirol, vom 7.1.2008 vor.

Der Rechtsvertreter des präsuntiven Zuschlagsempfängers gab an, dass sich dieses Zuschlagskriterium nicht bloß auf die 6 im Teilnahmeantrag benannten MitarbeiterInnen beziehe, sondern es darum gehe, inwiefern Menschen mit Behinderung im Gesamtkonzept der Behindertenberatung vorgesehen würden. Der Antragsteller habe eine 7. Person, die behindert sei, als Mitarbeiter nominiert und hiefür 50 Punkte erhalten. Dem Vorbringen des Antragstellers zur Folge, habe sein Angebot daher diese 50 Punkte zu viel erhalten und müssten diese 50 Punkte bei der Angebotsbewertung des Antragstellers abgezogen werden. Der präsuntive Zuschlagsempfänger habe ebenso behinderte Personen vorgesehen, hiefür jedoch keine Bewertungspunkte erhalten. Die beiden parallelen Fälle müssten gleich behandelt werden und beide Bieter hiefür entweder Punkte oder keine Punkte erhalten.

Der Rechtsvertreter des Antragstellers gab an, dass der vom Antragsteller nominierte Behindertenberater zusätzlich zu den im Teilnahmeantrag benannten 6 MitarbeiterInnen und nicht an die Stelle eines der im Teilnahmeantrag benannten MitarbeiterInnen treten solle. Der Auftraggeber habe im Verhandlungsgespräch keine Information gegeben, ob dieser nachbenannte Mitarbeiter zu den bereits im Teilnahmeantrag genannten MitarbeiterInnen hinzutreten oder eine dieser benannten Personen ersetzen solle. Der Antragsteller habe hiezu aber auch nicht gefragt. Im Rahmen eines Telefonates am 21.1.2008 habe ihm das Bundessozialamt mitgeteilt, dass es derzeit keine geregelte Vorgehensweise hinsichtlich der Nachbenennung von MitarbeiterInnen mit Behinderung gäbe, sondern diesbezüglich die Klärung erst nach Zuschlagserteilung erfolgen würde. Der Antragsteller legte hiezu eine von ihm erstellte Telefonnotiz vom 21.1.2008 vor. Auch im Telefonat vom 21.1.2008 habe er den Auftraggeber jedoch nicht danach gefragt, ob der nach benannte Mitarbeiter zu den im Teilnahmeantrag benannten Mitarbeitern hinzutreten oder einen bereits benannten Mitarbeiter ersetzen solle.

Der Vertreter des Bundessozialamtes (Herr E***) zog in Zweifel, dass diese Information vom Bundessozialamt (F***) tatsächlich so gegeben worden sei, wie sie in der Telefonnotiz des Antragstellers vom 21.1.2008 dargestellt werde. Die vom Antragsteller nachbenannte behinderte Person (Herr D***) hätte - bei gleicher Qualifikation - mit Zustimmung des Auftraggebers ohne weiteres einen im Teilnahmeantrag benannten Mitarbeiter ersetzen können. Der Antragsteller habe von dieser Möglichkeit jedoch keinen Gebrauch gemacht.

Der Rechtsvertreter des präsuntiven Zuschlagsempfängers hielt fest, dass es grundsätzlich ohne Relevanz sei, ob der vom Antragsteller nachbenannte Mitarbeiter an die Stelle eines der im Teilnahmeantrag genannten Mitarbeiter oder zusätzlich zu diesen treten habe sollen, da der Antragsteller für diesen behinderten Mitarbeiter jedenfalls Bewertungspunkte erhalten habe.

-Zur Auftraggeberstellung wiederholte der Rechtsvertreter des Bundessozialamtes, dass der ATF im Werkvertragsentwurf versehentlich als Auftraggeber genannt worden sei und sich dessen Funktion allein auf die Finanzierung des Projektes beschränke.

Der Vertreter des ATF (Herr G***, Bundessozialamt), gab an, dass dem Bundessozialamt im Wesentlichen 3 "Finanzierungstöpfe" für seine Maßnahmen zur Verfügung stünden, von denen einer der ATF sei. Die durch die Vorschreibung von Ausgleichstaxen durch das Bundessozialamt an die Betriebe hereinkommenden Gelder seien ressort- und zweckgebunden. Es gebe einen Beirat, der vom Bundesminister verwaltet werde und der auf die zweckgebundene und sachgemäße Verwendung der Gelder zu achten habe. Die Gelder des ATF würden ausschließlich - mittelbar und unmittelbar - dafür verwendet werden, behinderte Menschen in Beschäftigung zu bringen und zu halten. Der ATF habe bloß eine Geldgeberfunktion, entscheidungsbefugt über den Mitteleinsatz sei stets der Bund.

-Zum Zuschlagskriterium des "ausgewogenen Geschlechterverhältnisses" bestätigte der Antragsteller (Frau H***) dass er im Rahmen des Verhandlungsgesprächs zur Auslegung dieses Zuschlagskriteriums keine Frage gestellt habe, da ihm die Auslegung klar gewesen sei.

1. 2.Ziffer 2

Rechtliche Beurteilung:

A. ALLGEMEINES:

1. a)Litera a

Anwendbare Rechtslage:

Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006), BGBl I Nr. 17/2006, wurde mit BGBl I Nr. 86/2007, kundgemacht im Bundesgesetzblatt am 26.11.2007, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten der Kundmachung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 86/2007, folgenden Monatsersten, somit am 1.1.2008, in Kraft getreten. Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, kundgemacht im Bundesgesetzblatt am 26.11.2007, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten der Kundmachung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, folgenden Monatsersten, somit am 1.1.2008, in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs. 13 Z 1 letzter Satz BVerG in der Fassung der zitierten Novelle, sind jedoch im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86 /2007, bereits eingeleitete Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Das Vergabeverfahren war im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007, bereits eingeleitet. Daraus folgt, dass der Auftraggeber dem gegenständlichen Vergabeverfahren die Regelungen des BVerG 2006 in seiner Stammfassung des BGBl I Nr. 17/2006, zu Grunde zu legen hat. Ebenso hat das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens die Regelungen des BVerG 2006 in seiner Stammfassung des BGBl I Nr. 17/2006, als Prüfmaßstab heranzuziehen. Gemäß Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer eins, letzter Satz BVerG in der Fassung der zitierten Novelle, sind jedoch im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, bereits eingeleitete Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Das Vergabeverfahren war im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, bereits eingeleitet. Daraus folgt, dass der Auftraggeber dem gegenständlichen Vergabeverfahren die Regelungen des BVerG 2006 in seiner Stammfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, zu Grunde zu legen hat. Ebenso hat das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens die Regelungen des BVerG 2006 in seiner Stammfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, als Prüfmaßstab heranzuziehen.

Das Nachprüfungsverfahren ist vom Bundesvergabeamt jedoch nach den Bestimmungen des BVerG 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007, durchzuführen (e contrario § 345 Abs. 13 Z 2 2. Satz BVerG 2006 idF der zitierten Novelle, wonach im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren vom Bundesvergabeamt nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen sind). Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren war im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007, beim Bundesvergabeamt nicht anhängig. Der Nachprüfungsantrag wurde erst am 06.03.2008 beim Bundesvergabeamt eingebracht. Das Nachprüfungsverfahren ist vom Bundesvergabeamt jedoch nach den Bestimmungen des BVerG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, durchzuführen (e contrario Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer 2, 2. Satz BVerG 2006 in der Fassung der zitierten Novelle, wonach im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren vom Bundesvergabeamt nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen sind). Das gegenständliche

Nachprüfungsverfahren war im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, beim Bundesvergabeamt nicht anhängig. Der Nachprüfungsantrag wurde erst am 06.03.2008 beim Bundesvergabeamt eingebracht.

1. b)Litera b

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch das Bundessozialamt, Landesstelle Tirol, ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG und iSd § 2 Z 8 BVergG idF BGBl I Nr. 17/2006, als Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens anzusehen: Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch das Bundessozialamt, Landesstelle Tirol, ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG und iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG in der Fassung BGBl römisch eins Nr. 17 aus 2006,, als Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens anzusehen:

In Pkt. 1 (Allgemeine Vergaberegeln), Pkt. 1.1 (Auftraggeber), der Teilnahmeantragsunterlage wird als Auftraggeber der gegenständlichen Auftragsvergabe die Republik Österreich, vertreten durch das Bundessozialamt, Landesstelle Tirol, genannt. In Pkt. 1 (Informationen zur Ausschreibung), Pkt. 1.2 (Auftraggeber), der den in der 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens zur Angebotsabgabe eingeladenen Bietern übermittelten Ausschreibungsunterlagen und in dem diesen als Anhang beigeschlossenen Entwurf eines Werkvertrages, wird dem gegenüber der Ausgleichstaxfonds (im Folgenden ATF), vertreten durch das Bundessozialamt, Landesstelle Tirol, als Auftraggeber angeführt.

Als vergebende Stelle werden sowohl in der Teilnahmeantragsunterlage als auch in den Ausschreibungsunterlagen das Bundessozialamt, Landesstelle Tirol, genannt.

Es ist daher zu prüfen, ob durch die Nennung des ATF als Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen, gegenüber der in der Teilnahmeantragsunterlage als Auftraggeber genannten Republik Österreich, ein Wechsel in der Person des Auftraggebers eingetreten ist. Dies ist, wie nachstehend ausgeführt wird, nicht der Fall:

Gemäß § 2 Z 8 BVergG idFBGBl I Nr. 17/2006, ist Auftraggeber jeder Rechtsträger, der vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteilt oder zu erteilen beabsichtigt. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, ist Auftraggeber jeder Rechtsträger, der vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteilt oder zu erteilen beabsichtigt.

Die Auftraggebereigenschaft richtet sich nach ständiger Rechtsprechung allein danach, wer zivilrechtlicher Vertragspartner werden soll [(vgl. 1171 der Beilagen XXII.GP-Regierungsvorlage-Materialien zu § 2 Z 8 und die ständige Rechtsprechung (vgl. BVA 7.10.2002, F-8/01 uva.; VfSlg 16.172/2001; VwGH 25.2.2002, 2001/04/0215)]. Die Auftraggebereigenschaft richtet sich nach ständiger Rechtsprechung allein danach, wer zivilrechtlicher Vertragspartner werden soll [(vgl. 1171 der Beilagen römisch 22 .GP-Regierungsvorlage-Materialien zu Paragraph 2, Ziffer 8 und die ständige Rechtsprechung vergleiche BVA 7.10.2002, F-8/01 uva.; VfSlg 16.172 aus 2001,; VwGH 25.2.2002, 2001/04/0215)].

Das Bundessozialamt, Landesstelle Tirol, führte in seiner Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag vom 14.3.2008, Pkt. 2.2 aus, dass es sich bei der Nennung des ATF als Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen um ein redaktionelles Versehen handle, das darauf zurück zu führen sei, dass die Finanzierung des gegenständlichen Projektes auch aus Mitteln des ATF erfolgen würde. In der mündlichen Verhandlung vom 3.4.2008 bekräftigte der Rechtsvertreter des Bundessozialamtes, Landesstelle Tirol, dieses in den Ausschreibungsunterlagen unterlaufene Versehen und hielt fest, dass der Vertrag im Namen der Republik Österreich abgeschlossen werden soll. Auch der informierte Vertreter des ATF (Herr G***, Bundessozialamt) bestätigte in der mündlichen Verhandlung vom 3.4.2008, dass der ATF nicht Vertragspartner des gegenständlich abzuschließenden (Werk)vertrages werden soll und sich die Funktion des ATF im Zusammenhang mit dem ausschreibungsgegenständlichen Projekt auf die Bereitstellung finanzieller Mittel beschränkt. Wie Herr G*** dazu in der mündlichen Verhandlung darlegte, sind die durch die Vorschreibung von Ausgleichstaxen an die Betriebe durch das Bundessozialamt aufgebrachten Mittel des ATF ressort- und zweckgebunden und werden ausschließlich - mittelbar und unmittelbar - zu dem Zweck eingesetzt, behinderte Menschen in eine Beschäftigungsstellung zu bringen und in dieser zu halten. Was den Einsatz der finanziellen Mittel des ATF betrifft, so obliegt die Entscheidungsbefugnis über den Mitteleinsatz stets dem Bund. Dem ATF selbst kommt demgegenüber eine bloße Geldgeberfunktion zu.

Die Angaben des Rechtsvertreters des Bundessozialamtes, Landesstelle Tirol und die damit übereinstimmenden Aussagen des Vertreters des ATF (G***, Bundessozialamt), dass nicht der ATF, sondern die Republik Österreich, (Bund), den (Werk)vertrag abschließen wird, sind auch angesichts des Ausschreibungsgegenstandes in Zusammenschau mit den einschlägigen gesetzlichen Regelungen des BEinstG betreffend Einrichtung, Zweck und Verwendung der Mittel des ATF plausibel und nachvollziehbar:

Zum Gegenstand der Ausschreibung legen die jeweils gleichlautenden Formulierungen in der Vergabebekanntmachung ("Unternehmensservice"), in Pkt. 2 der Teilnahmeantragsunterlage ("Gegenstand der Ausschreibung") und in Pkt. 3 der Ausschreibungsunterlagen ("Gegenstand der Ausschreibung") Folgendes fest:

"Gegenstand der Ausschreibung sind das Regierungsprogramm für die XXII. Gesetzgebungsperiode und die Schwerpunkte des Europäischen Sozialfonds, Priorität Wettbewerbsfähigkeit und Beschäftigung, SP" Gegenstand der Ausschreibung sind das Regierungsprogramm für die römisch 22. Gesetzgebungsperiode und die Schwerpunkte des Europäischen Sozialfonds, Priorität Wettbewerbsfähigkeit und Beschäftigung, SP

1. 3a.Ziffer 3 a

Das oben angesprochene Regierungsprogramm sieht folgende Schwerpunkte für die Unterstützung von Unternehmen bei der Beschäftigung von Menschen mit Behinderung vor:

- -Strichaufzählung
Optimierung der unternehmensbezogenen Dienstleistungen zur Unterstützung der Wirtschaft bei der beruflichen Integration in die Arbeitswelt, vor allem auch durch regelmäßige Dienstleistungsangebote zur Reduzierung des betrieblichen und behördlichen Ressourcenaufwandes;
- -Strichaufzählung
AUDIT von Betrieben zur Beschäftigung behinderter Menschen:

Förderung von betrieblichen Personal- und Organisationsentwicklungsansätzen, die geeignet sind, berufliche Integration strukturell zu unterstützen (z.B. Prozessbegleitung zum Abschluss einer freiwilligen Betriebsvereinbarung);

- -Strichaufzählung
Schaffung und Ausbau von Anreizsystemen und Unterstützungsstrukturen insbesondere für Klein- und Mittelbetriebe, die Menschen mit Behinderung ohne Verpflichtung einstellen bzw. die Quote übererfüllen.

Zur Erfüllung dieser Aufgaben ist die Errichtung eines Unternehmensservice vorgesehen. Der Aufbau einer langfristigen Beziehung zu Unternehmen soll insbesondere durch gezielte Beratung und das Angebot verschiedenster Unterstützungsstrukturen erfolgen, und auf diese Weise Informationsdefizite beseitigen und Einstellbarrieren entgegenwirken. Im Zuge dieser Tätigkeit ist auf die weit reichenden Veränderungen des Arbeitsmarktes (Problemstellungen für Menschen mit Behinderung) und dem sich ergebenden Strukturwandel besonderes Augenmerk zu legen.

Zielgruppen des Unternehmensservice sind überwiegend Klein- und Mittelunternehmen in Tirol. AnsprechpartnerInnen sollen die EntscheidungsträgerInnen der Unternehmen sein."

Unter Leistungsbeschreibung ist in Pkt. 5 der Ausschreibungsunterlagen Folgendes geregelt:

"5 Leistungsbeschreibung

Die BieterInnen haben zur Bewertung des Angebotes Folgendes anzugeben:

- -Strichaufzählung
Vorstellungen über Einbindung und Nutzung regionaler und überregionaler Vernetzungsstrukturen
- -Strichaufzählung
Zusammenarbeit mit den AkteurInnen im Bereich der Behindertenarbeit
- -Strichaufzählung
Darstellung der Öffentlichkeitsarbeit und Veranstaltungsaktivitäten
- -Strichaufzählung
Angaben über vorhandenes betriebswirtschaftliches Know how, im Besonderen über Personal- und Organisationsentwicklung

- -Strichaufzählung
Beratungsansätze und Prozessdarstellung der Beratungen in Unternehmen
- -Strichaufzählung
Quantifizierungen der Beratungen:
- -Strichaufzählung
Anzahl Kontaktaufnahmen/Erstgespräche mit Unternehmen (I. Stufe) Anzahl Kontaktaufnahmen/Erstgespräche mit Unternehmen (römisch eins. Stufe)

Die Kontaktaufnahme hat individuell zu erfolgen. Insbesondere werden "Sammelmailings" nicht als Kontaktaufnahmen anerkannt. Darüber hinaus bestehen keine Vorgaben hinsichtlich der Art und Weise der Kontaktaufnahme. Sie ist telefonisch ebenso möglich wie persönlich oder schriftlich.

- -Strichaufzählung
Anzahl der Informationsgespräche (II. Stufe) Anzahl der Informationsgespräche (römisch zwei. Stufe)

Als Informationsgespräch wird nur ein persönliches Gespräch mit einem/r Entscheidungsträger/in anerkannt. Ein Informationsgespräch liegt dann vor, wenn den Unternehmen zumindest ein Überblick über die Thematik und das Leistungsangebot des Unternehmensservice vermittelt wird.

- -Strichaufzählung
Anzahl der Beratungsprozesse, Anzahl der Einheiten/Stunden (III. Stufe) Anzahl der Beratungsprozesse, Anzahl der Einheiten/Stunden (römisch drei. Stufe)

Gibt es auf Seiten des Unternehmens über das Informationsgespräch hinaus Unterstützungs- und/oder Beratungsbedarf, beginnt ein Beratungsprozess, der je nach Themenschwerpunkt zwischen 2 und 5 Beratungseinheiten in Anspruch nehmen darf (eine Beratungseinheit umfasst mind. 50 Minuten). Sollte ein Matchingprozess (Stellenvermittlung Arbeitnehmer/Arbeitgeber) stattfinden, ist eine Ausweitung des Beratungsprozesses möglich; d.h. unter Einbeziehung der Integrationsfachdienste und als Koordinator des Matchingprozesses kann sich die Anzahl der Beratungseinheiten auf bis zu 10 erhöhen.

- -Strichaufzählung
Darstellung des Recruitingsprozesses
- -Strichaufzählung
Integrative Umsetzung von Diversity Management-Ansätzen und Gender Mainstreaming
- -Strichaufzählung
Projektablauf- und strukturplan für die Umsetzung der Aufgabenbereiche
- -Strichaufzählung
Infrastruktur und Ausstattung
- -Strichaufzählung
Kostendarstellung und Ressourceneinsatz getrennt dargestellt nach folgenden Aufgabenbereichen:
- -Strichaufzählung
Kontaktstelle und bedarfsgerechte Weitervermittlung ("Wirtschaftsclearing" und "Drehscheibenfunktion") und Vernetzung
- -Strichaufzählung
Beratung (Quantifizierung nach den Stufen I, II, III) Beratung (Quantifizierung nach den Stufen römisch eins, römisch zwei, römisch drei)
- -Strichaufzählung
Recruiting (Auswahl des geeigneten Personals)
- -Strichaufzählung
Durchgängige Betreuung und Key Account Management
- -Strichaufzählung
Öffentlichkeitsarbeit (Organisation von Veranstaltungen etc.)
- -Strichaufzählung
Darstellung der Nachhaltigkeit der Unternehmensserviceleistungen
- -Strichaufzählung

Darstellung der Qualitätssicherungsmaßnahmen"

Gemäß § 10 Abs. 1 des Behinderteneinstellungsgesetzes-BEinstG, BGBl. Nr. 22/1970, idgF, handelt es sich bei dem beim Bundesministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales (nunmehr Bundesministerium für Soziales und Konsumentenschutz) eingerichteten Ausgleichstaxfonds um eine Vermögensmasse mit Rechtspersönlichkeit, die vom Bundesminister für Arbeit, Gesundheit und Soziales (nunmehr Bundesminister für Soziales und Konsumentenschutz) vertreten und durch Anhörung eines Beirates gemäß Abs. 2 leg.cit verwaltet wird. Gemäß Paragraph 10, Absatz eins, des Behinderteneinstellungsgesetzes-BEinstG, Bundesgesetzblatt Nr. 22 aus 1970,, idgF, handelt es sich bei dem beim Bundesministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales (nunmehr Bundesministerium für Soziales und Konsumentenschutz) eingerichteten Ausgleichstaxfonds um eine Vermögensmasse mit Rechtspersönlichkeit, die vom Bundesminister für Arbeit, Gesundheit und Soziales (nunmehr Bundesminister für Soziales und Konsumentenschutz) vertreten und durch Anhörung eines Beirates gemäß Absatz 2, leg.cit verwaltet wird.

Gemäß § 10 Abs. 6 leg.cit ist der Beirat in allen wichtigen Angelegenheiten der Durchführung dieses Bundesgesetzes, insbesondere vor Erlassung, Änderung oder Aufhebung von Verordnungen gemäß § 1 Abs. 2 leg.cit (Anm.: Das sind Verordnungen betreffend die Festlegung der Pflichtzahl der zu beschäftigenden begünstigten Behinderten durch bestimmte Wirtschaftszweige (lit.a); vor Erlassung, Änderung oder Aufhebung von Richtlinien über die Gewährung von Zuschüssen oder Darlehen aus den Mitteln des Ausgleichstaxfonds (lit.b), vor Verzicht auf die Rückzahlung eines nach § 10a Abs. 5 gewährten und fälligen Betrages sowie auf die Eintreibung einer rechtskräftig vorgeschriebenen Ausgleichtaxe (lit.c), anzuhören. Gemäß Paragraph 10, Absatz 6, leg.cit ist der Beirat in allen wichtigen Angelegenheiten der Durchführung dieses Bundesgesetzes, insbesondere vor Erlassung, Änderung oder Aufhebung von Verordnungen gemäß Paragraph eins, Absatz 2, leg.cit Anmerkung, Das sind Verordnungen betreffend die Festlegung der Pflichtzahl der zu beschäftigenden begünstigten Behinderten durch bestimmte Wirtschaftszweige (Litera a,); vor Erlassung, Änderung oder Aufhebung von Richtlinien über die Gewährung von Zuschüssen oder Darlehen aus den Mitteln des Ausgleichstaxfonds (Litera b,), vor Verzicht auf die Rückzahlung eines nach Paragraph 10 a, Absatz 5, gewährten und fälligen Betrages sowie auf die Eintreibung einer rechtskräftig vorgeschriebenen Ausgleichtaxe (Litera c,), anzuhören.

Gemäß § 10 Abs. 7 leg.cit obliegt es dem Beirat, Empfehlungen zu grundsätzlichen Fragen der beruflichen Integration Behinderter abzugeben (lit.a) und Vorschläge betreffend die Gewährung einer Förderung an einem integrativen Betrieb (§ 11), die im Einzelfall den Betrag von Euro 72.673,- übersteigt, zu erstatten (lit.b). Gemäß Paragraph 10, Absatz 7, leg.cit obliegt es dem Beirat, Empfehlungen zu grundsätzlichen Fragen der beruflichen Integration Behinderter abzugeben (Litera a,) und Vorschläge betreffend die Gewährung einer Förderung an einem integrativen Betrieb (Paragraph 11,)), die im Einzelfall den Betrag von Euro 72.673,- übersteigt, zu erstatten (Litera b,).

Hinsichtlich der Verwendung der Mittel des ATF sieht § 10a Abs. 1 leg.cit u.a. neben insbesondere Zwecken der Fürsorge für die im Sinne dieses Bundesgesetzes begünstigten Behinderten (§ 2 Abs. 1 und 3) und die in den Abs. 2, 3 und 3a angeführten Behinderten (lit.a), Zwecken der Fürsorge für die nach dem Kriegsopferversorgungsgesetz 1957, BGBl. Nr. 152, und dem Heeresversorgungsgesetz, BGBl. Nr. 27/1964, versorgungsberechtigten Personen und deren nicht selbst erhaltungsfähiger Kinder, sowie für die nach dem Opferfürsorgegesetz BGBl. Nr. 183/1947, Versorgungsberechtigten (lit.b), der Gewährung von Zuschüssen und Darlehen für verschiedene einschlägige Maßnahmen (lit. c und d), der Information und Forschung betreffend die beruflichen und sozialen Angelegenheiten Behinderter oder von Behinderung bedrohter Personen (lit.e), der Gewährung von Prämien für Dienstgeber gemäß § 9a (lit.f) [.....] etc., in seiner lit.h Sonderprogramme zur Verbesserung der beruflichen Eingliederung Behinderter, in seiner lit.i die Gewährung von Zuschüssen und Darlehen zur Errichtung, zum Ausbau, zur Ausstattung und zum laufenden Betrieb von sonstigen zur Vorbereitung von Behinderten auf eine berufliche Eingliederung in den offenen Arbeitsmarkt geeigneten Einrichtungen und von Ausbildungseinrichtungen (§ 11a) sowie die Gewährung von Zuschüssen für in solchen Einrichtungen tätige Behinderte, und, in seiner lit.j, die Gewährung von Zuschüssen und Darlehen für von Betrieben durchgeführte investive Maßnahmen, die der Verbesserung der Zugänglichkeit für Menschen mit Behinderungen dienen, vor. Hinsichtlich der Verwendung der Mittel des ATF sieht Paragraph 10 a, Absatz eins, leg.cit u.a. neben insbesondere Zwecken der Fürsorge für die im Sinne dieses Bundesgesetzes begünstigten Behinderten (Paragraph 2, Absatz eins und 3) und die in den Absatz 2, 3 und 3 a angeführten Behinderten (Litera a,)), Zwecken der Fürsorge für die nach dem Kriegsopferversorgungsgesetz 1957, BGBl. Nr. 152, und dem Heeresversorgungsgesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 27 aus 1964,, versorgungsberechtigten Personen und deren nicht selbst erhaltungsfähiger Kinder, sowie für die nach dem Opferfürsorgegesetz Bundesgesetzblatt Nr. 183 aus 1947,,

Versorgungsberechtigten (Litera b,)), der Gewährung von Zuschüssen und Darlehen für verschiedene einschlägige Maßnahmen (Litera c und d), der Information und Forschung betreffend die beruflichen und sozialen Angelegenheiten Behinderter oder von Behinderung bedrohter Personen (Litera e,)), der Gewährung von Prämien für Dienstgeber gemäß Paragraph 9 a, (Litera f,) [.....] etc., in seiner Litera h, Sonderprogramme zur Verbesserung der beruflichen Eingliederung Behinderter, in seiner Litera i, die Gewährung von Zuschüssen und Darlehen zur Errichtung, zum Ausbau, zur Ausstattung und zum laufenden Betrieb von sonstigen zur Vorbereitung von Behinderten auf eine berufliche Eingliederung in den offenen Arbeitsmarkt geeigneten Einrichtungen und von Ausbildungseinrichtungen (Paragraph 11 a,) sowie die Gewährung von Zuschüssen für in solchen Einrichtungen tätige Behinderte, und, in seiner Litera j,, die Gewährung von Zuschüssen und Darlehen für von Betrieben durchgeführte investive Maßnahmen, die der Verbesserung der Zugänglichkeit für Menschen mit Behinderungen dienen, vor.

Aus den zitierten Bestimmungen des BEinstG betreffend die Verwaltung des ATF und die Verwendung der Mittel des ATF ergibt sich, dass die Aufgaben des ATF - zusammengefasst wiedergegeben - im Wesentlichen in den erwähnten einschlägigen Anhörungs-, Vorschlags- und Empfehlungsrechten einerseits, und in der Gewährung von Zuschüssen und Darlehen für einschlägige Projekte und Maßnahmen andererseits, bestehen.

Dass der ATF jedoch zum Abschluss eines Vertrages über die Vergabe eines Auftrages zur Errichtung eines Unternehmensservice zur Erfüllung der im Regierungsprogramm für die XXIII GP und entsprechend den Schwerpunkten des europäischen Sozialfonds vorgesehenen Aufgaben der Optimierung der unternehmensbezogenen Dienstleistungen zur Unterstützung der Wirtschaft bei der beruflichen Integration in die Arbeitswelt, des AUDITS von Betrieben zur Beschäftigung behinderter Menschen und der Schaffung und des Ausbaus von Anreizsystemen und Unterstützungsstrukturen, insbesondere für Klein- und Mittelbetriebe, die Menschen mit Behinderung ohne Verpflichtung einstellen bzw. die Quote übererfüllen, und zum Abschluss des im Anhang zu den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Entwurfes eines Werkvertrages über den in Pkt. 5 der Ausschreibungsunterlagen umschriebenen Leistungsinhalt zuständig wäre, kann den einschlägigen gesetzlichen Regelungen nicht entnommen werden. Dass der ATF jedoch zum Abschluss eines Vertrages über die Vergabe eines Auftrages zur Errichtung eines Unternehmensservice zur Erfüllung der im Regierungsprogramm für die römisch 23 Gesetzgebungsperiode und entsprechend den Schwerpunkten des europäischen Sozialfonds vorgesehenen Aufgaben der Optimierung der unternehmensbezogenen Dienstleistungen zur Unterstützung der Wirtschaft bei der beruflichen Integration in die Arbeitswelt, des AUDITS von Betrieben zur Beschäftigung behinderter Menschen und der Schaffung und des Ausbaus von Anreizsystemen und Unterstützungsstrukturen, insbesondere für Klein- und Mittelbetriebe, die Menschen mit Behinderung ohne Verpflichtung einstellen bzw. die Quote übererfüllen, und zum Abschluss des im Anhang zu den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Entwurfes eines Werkvertrages über den in Pkt. 5 der Ausschreibungsunterlagen umschriebenen Leistungsinhalt zuständig wäre, kann den einschlägigen gesetzlichen Regelungen nicht entnommen werden.

Auch dies spricht dafür und belegt, dass im Sinne der Angaben des Rechtsvertreters des Bundessozialamtes und des Vertreters des ATF in der mündlichen Verhandlung vom 3.4.2008, wie in der Teilnahmeantragsunterlage vorgesehen, die Republik Österreich, vertreten durch das Bundessozialamt, Landesstelle Tirol, und nicht der in den Ausschreibungsunterlagen - versehentlich - genannte ATF, als jener Rechtsträger anzusehen ist, der den zivilrechtlichen Vertrag mit dem Bieter abschließen soll und damit als Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG idF des BGBl I Nr. 17/2006, zu qualifizieren ist. Dies bedeutet in weiterer Folge, dass es im gegenständlichen Vergabeverfahren aber zu keinem Wechsel in der Person des Auftraggebers gekommen ist. Mit der auf Seite 1 seines Nachprüfungsantrages ausdrücklich als Antragsgegnerin bezeichneten Republik Österreich (Bund), vertreten durch das Bundessozialamt, Landesstelle Tirol, hat der Antragsteller seinen Nachprüfungsantrag somit ohnedies gegen den "richtigen" Auftraggeber gerichtet, sodass der Antrag - entgegen dem Vorbringen des präsumtiven Zuschlagsempfängers - nicht als unzulässig zurückzuweisen, sondern über diesen in der Sache zu entscheiden ist [siehe hiezu unter Pkt. 2B a) zu Spruchpunkt I]. Dass der Antragsteller in seinem Schriftsatzvorbringen (Seite 4 unten) den Nachprüfungsantrag aus Vorsichtsgründen ausdrücklich gegen jenen Rechtsträger richtet, welcher (tatsächlich) den Auftrag zur "Implementierung eines Unternehmensservice in Tirol" zu erteilen beabsichtigt und (auch) gegen einen allfälligen Auftraggeber ATF richtet, kann ihm im Hinblick auf die der Auftraggebersphäre zuzurechnenden widersprüchlichen Angaben zum Auftraggeber weder vorgeworfen werden noch zum Nachteil gereichen. Auch dies spricht dafür und belegt, dass im Sinne der Angaben des Rechtsvertreters des Bundessozialamtes und des Vertreters des ATF in der

mündlichen Verhandlung vom 3.4.2008, wie in der Teilnahmeantragsunterlage vorgesehen, die Republik Österreich, vertreten durch das Bundessozialamt, Landesstelle Tirol, und nicht der in den Ausschreibungsunterlagen - versehentlich - genannte ATF, als jener Rechtsträger anzusehen ist, der den zivilrechtlichen Vertrag mit dem Bieter abschließen soll und damit als Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG in der Fassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, zu qualifizieren ist. Dies bedeutet in weiterer Folge, dass es im gegenständlichen Vergabeverfahren aber zu keinem Wechsel in der Person des Auftraggebers gekommen ist. Mit der auf Seite 1 seines Nachprüfungsantrages ausdrücklich als Antragsgegnerin bezeichneten Republik Österreich (Bund), vertreten durch das Bundessozialamt, Landesstelle Tirol, hat der Antragsteller seinen Nachprüfungsantrag somit ohnedies gegen den "richtigen" Auftraggeber gerichtet, sodass der Antrag - entgegen dem Vorbringen des präsumtiven Zuschlagsempfängers - nicht als unzulässig zurückzuweisen, sondern über diesen in der Sache zu entscheiden ist [siehe hiezu unter Pkt. 2B a) zu Spruchpunkt I]. Dass der Antragsteller in seinem Schriftsatzvorbringen (Seite 4 unten) den Nachprüfungsantrag aus Vorsichtsgründen ausdrücklich gegen jenen Rechtsträger richtet, welcher (tatsächlich) den Auftrag zur "Implementierung eines Unternehmensservice in Tirol" zu erteilen beabsichtigt und (auch) gegen einen allfälligen Auftraggeber ATF richtet, kann ihm im Hinblick auf die der Auftraggebersphäre zuzurechnenden widersprüchlichen Angaben zum Auftraggeber weder vorgeworfen werden noch zum Nachteil gereichen.

Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG im Oberschwellenbereich (§ 12 Abs. 1 BVergG idF BGBl I Nr. 17/2006). Der vorgesehene Budgetrahmen wurde in Pkt. 1.7 der Ausschreibungsunterlagen mit maximal netto Euro 729.583,- für 34 Monate angegeben. Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG im Oberschwellenbereich (Paragraph 12, Absatz eins, BVergG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,). Der vorgesehene Budgetrahmen wurde in Pkt. 1.7 der Ausschreibungsunterlagen mit maximal netto Euro 729.583,- für 34 Monate angegeben.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde innerhalb der Frist des § 321 BVergG idFBGBl I Nr. 86/2007, eingebracht und erfüllt die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen nach § 322 BVergG in der zit. Fassung. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde innerhalb der Frist des Paragraph 321, BVergG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, eingebracht und erfüllt die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen nach Paragraph 322, BVergG in der zit. Fassung.

Das Bundesvergabeamt ist demnach zur Behandlung des Nachprüfungsantrages zuständig.

B. ZU DEN ANTRÄGEN IM EINZELNEN:

1. a) Litera a

Zu Spruchpunkt I:

Der Antragsteller erachtet die vom Auftraggeber vorgenommene Auslegung des Begriffes des Subkriteriums des "ausgewogenen Geschlechterverhältnisses" des Zuschlagskriteriums "Einsatz MitarbeiterInnen und Infrastruktur" im Sinne des vom Auftraggeber diesem Begriff zu Grunde gelegten Verständnisses einer grundsätzlichen Parität der Anzahl der weiblichen und männlichen Mitarbeiter als rechtswidrig. Diese Ansicht vermag das Bundesvergabeamt nicht zu teilen:

Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914 ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl. Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern es ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend (vgl. VwGH vom 29.3.2006, Zlen. 2004/04/0144, 0156, 0157 und dem folgend BVA 28.7.2006, N/0048-BVA/14/2006-28, BVA 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006-23, BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44, u.a.). Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914, ff ABGB sind auch im Vergaberecht

anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern es ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend vergleiche VwGH vom 29.3.2006, Zlen. 2004/04/0144, 0156, 0157 und dem folgend BVA 28.7.2006, N/0048-BVA/14/2006-28, BVA 23.11.2006, N/0083- BVA/15/2006-23, BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44, u.a.).

Schon die allgemeine Wortbedeutung des Begriffes (arg. "ausgewogen"; vgl. hiezu Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 6. überarbeitete Auflage: "sich in einem bestimmten Gleichgewicht befinden") lässt keinen Zweifel daran, dass unter dem Begriff "ausgewogenes Geschlechterverhältnis" grundsätzlich ein Verhältnis im Sinne einer Parität von jeweils drei weiblichen und drei männlichen Mitarbeitern zu verstehen ist. Ebenso musste auch ein durchschnittlicher, fachkundiger Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt von diesem, sich schon aus der üblichen Wortbedeutung ergebenden Begriffsverständnis einer im Wesentlichen gleichen geschlechtermäßigen Verteilung der MitarbeiterInnen, ausgehen (vgl. EuGH vom 4.12.2003, Rs C-448/01, EVN-AG Wien Strom GmbH, VwGH 17.11.2004, Zl. 2002/04/0078). Auf Grund seiner Eigenschaft als Zuschlagskriterium musste einem Bieter weiters vorab erkennbar gewesen sein, dass dieser Aspekt der geschlechtermäßigen Ausgewogenheit der MitarbeiterInnen bei der Bewertung dieses mit 5% zu bewertenden Subkriteriums des Zuschlagskriteriums "Einsatz MitarbeiterInnen und Infrastruktur", relevant sein würde. Schon die allgemeine Wortbedeutung des Begriffes (arg. "ausgewogen"; vergleiche hiezu Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 6. überarbeitete Auflage: "sich in einem bestimmten Gleichgewicht befinden") lässt keinen Zweifel daran, dass unter dem Begriff "ausgewogenes Geschlechterverhältnis" grundsätzlich ein Verhältnis im Sinne einer Parität von jeweils drei weiblichen und drei männlichen Mitarbeitern zu verstehen ist. Ebenso musste auch ein durchschnittlicher, fachkundiger Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt von diesem, sich schon aus der üblichen Wortbedeutung ergebenden Begriffsverständnis einer im Wesentlichen gleichen geschlechtermäßigen Verteilung der MitarbeiterInnen, ausgehen vergleiche EuGH vom 4.12.2003, Rs C-448/01, EVN-AG Wien Strom GmbH, VwGH 17.11.2004, Zl. 2002/04/0078). Auf Grund seiner Eigenschaft als Zuschlagskriterium musste einem Bieter weiters vorab erkennbar gewesen sein, dass dieser Aspekt der geschlechtermäßigen Ausgewogenheit der MitarbeiterInnen bei der Bewertung dieses mit 5% zu bewertenden Subkriteriums des Zuschlagskriteriums "Einsatz MitarbeiterInnen und Infrastruktur", relevant sein würde.

Die Auffassung des Antragstellers, dass Sinn und Zweck des in Rede stehenden Kriteriums eines ausgewogenen Geschlechterverhältnisses in der besonderen Berücksichtigung frauenspezifischer Beschäftigungsaspekte liegen sollten, wird durch keinen Hinweis, weder in der Teilnahmeantragsunterlage noch in den Ausschreibungsunterlagen, gestützt und gibt allein die subjektive Deutung des Antragstellers wieder. Hinzu kommt, dass der Ausschreibungsgegenstand keinerlei frauenspezifische oder frauenpolitische Aspekte zum Inhalt hat, sondern durch Schaffung einer Serviceeinrichtung zur Unterstützung von Betrieben bei der Beschäftigung Behinderter auf eine Förderung behinderter Menschen in der Arbeitswelt - und zwar grundsätzlich beiderlei Geschlechts - ausgerichtet ist. Ebenso ist es dem subjektiven Begriffsverständnis und damit allein der Sphäre des Antragstellers zuzurechnen, dass dieser, wie er in seinem Nachprüfungsantrag angibt, niemals auf die Idee gekommen wäre, dass der Auftraggeber unter einem ausgewogenen Geschlechterverhältnis eine Parität von Männern und Frauen der für die Leistungserbringung in Aussicht genommenen MitarbeiterInnen verstanden haben könnte. Auch dies findet keinerlei Niederschlag in den Teilnahmeantrags- oder Ausschreibungsunterlagen und spiegelt allein die rein subjektive, durch keinerlei objektive Anhaltspunkte untermauerte Deutung des Antragstellers wieder. Eine Auslegung des Begriffes "ausgewogenes Geschlechterverhältnis" dahin gehend, dass hierunter, wie vom Antragsteller angenommen, fünf weibliche Mitarbeiter und ein einziger männlicher Mitarbeiter verstanden werden sollten, ist schon mit der herkömmlichen Wortbedeutung des Begriffes der "Ausgewogenheit" nicht in Einklang zu bringen.

Verfehlt ist auch die Sicht des Antragstellers, wonach die Auslegung des Begriffes des "ausgewogenen Geschlechterverhältnisses" im Sinne einer grundsätzlichen Parität der Geschlechter dem Gleichbehandlungsgebot und

Diskriminierungsverbot widersprechen sollte. Eine Diskriminierung würde vielmehr im Gegenteil gerade darin liegen, hätte der Auftraggeber kein "ausgewogenes Geschlechterverhältnis", sondern im Ergebnis dadurch ein "unausgewogenes Geschlechterverhältnis" zum Zuschlagskriterium gemacht, dass er den Begriff des "ausgewogenen Geschlechterverhältnisses" - seinem Wortlaut zuwiderlaufend - im Sinne eines zahlenmäßigen Überhanges des einen oder anderen Geschlechtes der Mitarbeiter interpretiert und damit eine gegen das Diskriminierungsverbot verstoßende Präferenzierung eines Bieters aus Gründen des Geschlechtes vorgenommen hätte.

Am dargestellten Auslegungsergebnis vermag schließlich auch die Tatsache nichts zu ändern, dass verschiedene Gesetze, wie etwa das Bundesgleichbehandlungsgesetz, auf eine Förderung von Frauen, die Verbesserung der Stellung der Frauen und deren Gleichstellung mit den Männern in der Arbeitswelt abzielen mögen und daher eine Erhöhung des Frauenanteiles an den Beschäftigten, einschließlich am Führungskräfteanteil, anstreben.

Die Ausschreibungsunterlagen wurden den zur Angebotslegung eingeladenen Bietern mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe übermittelt. Die Aufforderung zur Angebotslegung ist gemäß § 2 Z 16 lit.a sublit.dd BVergG idF BGBl I Nr. 17/2006, im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Die Ausschreibungsunterlagen wurden den zur Angebotslegung eingeladenen Bietern mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe übermittelt. Die Aufforderung zur Angebotslegung ist gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung eine gesondert anfechtbare Entscheidung.

Die Bestimmungen der den zur Angebotslegung eingeladenen Bietern mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe übermittelten Ausschreibungsunterlagen einschließlich der in diesen festgelegten Zuschlagskriterien sind mangels Anfechtung der gesondert anfechtbaren Entscheidung der Aufforderung zur Angebotsabgabe innerhalb der Frist des § 321 BVergG idF BGBl I Nr. 86/2007, bestandsfest geworden und damit sowohl für den Auftraggeber als auch für die Bieter bindend (vgl. VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234; 1.3.2007, 2005/04/0239; 19.9.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078; BVA 11.4.2006, N/0001-BVA/02/2006-71, N/0017- BVA/04/2006-25, u.a.) Die Bestimmungen der den zur Angebotslegung eingeladenen Bietern mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe übermittelten Ausschreibungsunterlagen einschließlich der in diesen festgelegten Zuschlagskriterien sind mangels Anfechtung der gesondert anfechtbaren Entscheidung der Aufforderung zur Angebotsabgabe innerhalb der Frist des Paragraph 321, BVergG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, bestandsfest geworden und damit sowohl für den Auftraggeber als auch für die Bieter bindend vergleiche VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234; 1.3.2007, 2005/04/0239; 19.9.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078; BVA 11.4.2006, N/0001-BVA/02/2006-71, N/0017- BVA/04/2006-25, u.a.).

Der Antragsteller hätte das in Rede stehende Zuschlags(sub)kriterium des "ausgewogenen Geschlechterverhältnisses" im Hinblick darauf, dass in den in der ersten Stufe des Vergabeverfahrens übermittelten Teilnahmeantragsunterlagen hinsichtlich der bereits im Teilnahmeantrag namentlich anzugebenden - im Nachhinein grundsätzlich nur mehr mit Zustimmung bzw. auf Forderung des Auftraggebers austauschbaren - für die Leistungserbringung in Aussicht genommenen MitarbeiterInnen kein Hinweis auf eine erwünschte bestimmte geschlechtermäßige Verteilung enthalten war, bekämpfen müssen. Dies hat der Antragsteller aber unterlassen. Der Auftraggeber ist an seine in den Ausschreibungsbestimmungen festgelegten und bestandsfest gewordenen Bedingungen gebunden und hat diese seiner Angebotsprüfung zu Grunde zu legen (vgl. EuGH vom 25.4.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse). Der Antragsteller hätte das in Rede stehende Zuschlags(sub)kriterium des "ausgewogenen Geschlechterverhältnisses" im Hinblick darauf, dass in den in der ersten Stufe des Vergabeverfahrens übermittelten Teilnahmeantragsunterlagen hinsichtlich der bereits im Teilnahmeantrag namentlich anzugebenden - im Nachhinein grundsätzlich nur mehr mit Zustimmung bzw. auf Forderung des Auftraggebers austauschbaren - für die Leistungserbringung in Aussicht genommenen MitarbeiterInnen kein Hinweis auf eine erwünschte bestimmte geschlechtermäßige Verteilung enthalten war, bekämpfen müssen. Dies hat der Antragsteller aber unterlassen. Der Auftraggeber ist an seine in den Ausschreibungsbestimmungen festgelegten und bestandsfest gewordenen Bedingungen gebunden und hat diese seiner Angebotsprüfung zu Grunde zu legen vergleiche EuGH vom 25.4.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse).

Auch das Vorbringen des Antragstellers, dass der Auftraggeber mit ihm insofern über die Auslegung des Begriffes "ausgewogenes Geschlechterverhältnis" zu "verhandeln" gehabt hätte, als er ihn auf sein - nach Auffassung des Antragstellers - rechtswidriges Begriffsverständnis des "ausgewogenen Geschlechterverhältnisses" hinzuweisen und ihn zu einer "Anpassung" seines Angebotes durch Austausch der namhaft gemachten weiblichen Mitarbeiter durch die

entsprechende Zahl männlicher Mitarbeiter aufzufordern bzw. einen solchen Austausch anzuregen gehabt hätte, geht ins Leere.

Gemäß § 105 Abs. 1 BVergG idFBGBl I Nr. 17/2006, hat der Auftraggeber bei der Durchführung von Verhandlungsverfahren mit mehreren Bietern mit diesen über den gesamten Leistungsinhalt zu verhandeln, um das für ihn beste Angebot gemäß den bekannt gemachten Zuschlagskriterien zu ermitteln. Gemäß Paragraph 105, Absatz eins, BVergG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, hat der Auftraggeber bei der Durchführung von Verhandlungsverfahren mit mehreren Bietern mit diesen über den gesamten Leistungsinhalt zu verhandeln, um das für ihn beste Angebot gemäß den bekannt gemachten Zuschlagskriterien zu ermitteln.

Die - bestandsfest gewordenen - Zuschlagskriterien sind jedoch, anders als der Leistungsinhalt, grundsätzlich nicht in Verhandlung zu ziehen. Im Übrigen hat der Antragsteller - wie sich aus seinem Schriftsatzvorbringen und dem Verhandlungsprotokoll vom 31.1.2008 ergibt und er in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt sogar ausdrücklich zu Protokoll gegeben hat (Aussage von Frau Dr. Freisinger) - keinen Zweifel hinsichtlich der Auslegung des Zuschlagskriteriums des "ausgewogenen Geschlechterverhältnisses" an den Auftraggeber herangetragen und ihm dazu keinerlei Fragen gestellt. Für das Bundesvergabeamt ist daher nicht nachvollziehbar, dass der Auftraggeber, wie der Antragsteller offenbar annimmt, im Verhandlungsgespräch von sich aus - und ohne Veranlassung - entsprechende Aufklärungsaktivitäten setzen hätte sollen.

Der Antragsteller vermeint eine Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens schließlich darin zu erblicken, dass ihm der Auftraggeber entgegen § 105 Abs. 3 BVergG idF BGBl I Nr. 17/2006, den Abschluss der Verhandlungen weder durch Bekanntgabe einer Verhandlungsrunde als letzte Verhandlungsrunde noch durch Aufforderung zur letztmaligen Abgabe eines Angebotes vorab bekannt gegeben habe. Auch dieses Vorbringen ist nicht stichhaltig. Der Antragsteller vermeint eine Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens schließlich darin zu erblicken, dass ihm der Auftraggeber entgegen Paragraph 105, Absatz 3, BVergG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, den Abschluss der Verhandlungen weder durch Bekanntgabe einer Verhandlungsrunde als letzte Verhandlungsrunde noch durch Aufforderung zur letztmaligen Abgabe eines Angebotes vorab bekannt gegeben habe. Auch dieses Vorbringen ist nicht stichhaltig.

Gemäß § 105 Abs. 3 BVergG idFBGBl I Nr. 17/2006, hat der Auftraggeber, sofern nicht entsprechende Festlegungen bereits in den Ausschreibungsunterlagen erfolgt sind, dem bzw. den am Verhandlungsverfahren teilnehmenden Bieter bzw. Bietern den Abschluss der Verhandlungen vorab bekannt zu geben. Dies kann dadurch geschehen, dass eine Verhandlungsrunde als letzte Verhandlungsrunde bekannt gegeben wird oder dass der oder die verbliebenen Bieter zu einer letztmaligen Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden. Gemäß Paragraph 105, Absatz 3, BVergG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, hat der Auftraggeber, sofern nicht entsprechende Festlegungen bereits in den Ausschreibungsunterlagen erfolgt sind, dem bzw. den am Verhandlungsverfahren teilnehmenden Bieter bzw. Bietern den Abschluss der Verhandlungen vorab bekannt zu geben. Dies kann dadurch geschehen, dass eine Verhandlungsrunde als letzte Verhandlungsrunde bekannt gegeben wird oder dass der oder die verbliebenen Bieter zu einer letztmaligen Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden.

Wie sich aus dem unmissverständlichen Gesetzeswortlaut ergibt, hat der Auftraggeber dem bzw. den am Verhandlungsverfahren teilnehmenden Bieter bzw. Bietern den Abschluss der Verhandlungen (nur) dann vorab bekannt zu geben, sofern er nicht ohnedies entsprechende Festlegungen bereits in den Ausschreibungsunterlagen getroffen hat.

Mit seinem Vorbringen verkennt der Antragsteller, dass der Auftraggeber im konkreten Vergabeverfahren bereits in den Teilnahmeantragsunterlagen unter Pkt. 3.2 (Verfahrensablauf) unter

1. "2. Ziffer 2

Stufe" des Verhandlungsverfahrens, folgende Regelungen getroffen hat:

"Zweite Stufe

Die eingeladenen BewerberInnen haben anschließend in der zweiten Stufe auf Grundlage der mit der Einladung zur Angebotslegung übermittelten Ausschreibungsunterlagen Angebote (Konzepte) für die ausgeschriebenen Leistungen abzugeben.

In der Schlussphase des Verhandlungsverfahrens ist eine Verhandlung mit den BieterInnen vorgesehen."

In Übereinstimmung damit, dass eine Verhandlung mit den BieterInnen vorgesehen ist, ist auch in Pkt. 1.13 (arg. "Verhandlung") der Ausschreibungsunterlagen davon die Rede, dass Verhandlungen mit den BieterInnen, die ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt haben, voraussichtlich in der 5. Kalenderwoche (2008) stattfinden werden.

Schon die im Singular gehaltene Überschrift des Pkt. 1.13 der Ausschreibungsunterlage ("Verhandlung") wie auch die exakte terminliche Eingrenzung der Verhandlung(en) auf die 5. Kalenderwoche 2008, signalisieren, dass grundsätzlich nur eine - nämlich die in Pkt. 3.2 der Teilnahmeantragsunterlage explizit angekündigte - Verhandlung, darüber hinaus jedoch keine weiteren Verhandlungen stattfinden würden. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass alle Bewerber bzw. potenziellen Bieter sohin in gleicher Weise vom Auftraggeber vorab darüber in Kenntnis gesetzt wurden, dass nach Abgabe der Angebote eine (einzige) Verhandlung durchgeführt würde. Da der Auftraggeber mit diesen Vorabinformationen entsprechende Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen iSd § 105 Abs. 3 1. Satz BVergG idF BGBl I Nr. 17/2006, getroffen hat, entfällt aber eine darüber hinausgehende weitere Verpflichtung, den Bietern den Abschluss der Verhandlungen nochmals eigens anzukündigen. Schon die im Singular gehaltene Überschrift des Pkt. 1.13 der Ausschreibungsunterlage ("Verhandlung") wie auch die exakte terminliche Eingrenzung der Verhandlung(en) auf die 5. Kalenderwoche 2008, signalisieren, dass grundsätzlich nur eine - nämlich die in Pkt. 3.2 der Teilnahmeantragsunterlage explizit angekündigte - Verhandlung, darüber hinaus jedoch keine weiteren Verhandlungen stattfinden würden. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass alle Bewerber bzw. potenziellen Bieter sohin in gleicher Weise vom Auftraggeber vorab darüber in Kenntnis gesetzt wurden, dass nach Abgabe der Angebote eine (einzige) Verhandlung durchgeführt würde. Da der Auftraggeber mit diesen Vorabinformationen entsprechende Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen iSd Paragraph 105, Absatz 3, 1. Satz BVergG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, getroffen hat, entfällt aber eine darüber hinausgehende weitere Verpflichtung, den Bietern den Abschluss der Verhandlungen nochmals eigens anzukündigen.

Schlussfolgerungen:

Da der Auftraggeber, wie bereits erwähnt, der Angebotsbewertung seine - im vorliegenden Fall bestandsfest gewordenen - Ausschreibungsbestimmungen zu Grunde zu legen hat, ist die von ihm im Hinblick auf das Zuschlags(sub)kriterium des "ausgewogenen Geschlechterverhältnisses" vorgenommene Bewertung des Angebotes des Antragstellers im Einklang mit den Ausschreibungsbestimmungen erfolgt und als solche nicht zu beanstanden.

Auch die Tatsache, dass der Antragsteller in seinem Angebot angegeben hat, einen Menschen mit Behinderung als Berater/In beschäftigen zu wollen und dem Auftraggeber - nach Aufforderung im Verhandlungsgespräch am 31.1.2008 - mit Telefax vom 1.2.2008 Name und Daten dieser (männlichen) Person (Herr D***), bekannt gegeben hat, führt zu keiner abweichenden Beurteilung. Wie vom Antragsteller in der mündlichen Verhandlung explizit bestätigt wurde, handelt es sich bei diesem "nach benannten" männlichen Mitarbeiter (Berater) nämlich nicht um einen iSd Pkt. 5.6. der Teilnahmeantragsunterlage mit Zustimmung des Auftraggebers an die Stelle eines der im Teilnahmeantrag benannten 6 MitarbeiterInnen tretenden Mitarbeiter, sondern um einen zu den im Teilnahmeantrag benannten Personen hinzutretenden, zusätzlichen Mitarbeiter. Der Auftraggeber hatte den Antragsteller im Verhandlungsgespräch vom 31.1.2008 nicht darüber zu informieren, ob es sich bei diesem nach benannten Mitarbeiter um einen zu den im Teilnahmeantrag angeführten Mitarbeitern hinzukommenden weiteren Mitarbeiter oder aber um einen der im Teilnahmeantrag benannten Mitarbeiter ersetzenden Mitarbeiter handeln sollte. Der Antragsteller hat den Auftraggeber, wie er in der mündlichen Verhandlung vom 3.4.2008 selbst eingeräumt hat, auch nicht danach gefragt - und zwar weder im Verhandlungsgespräch vom 31.1.2008 noch zuvor im Telefongespräch vom 21.1.2008 -. Dem Antragsteller wäre es jedenfalls offen gestanden, von der in der Teilnahmeantragsunterlage grundsätzlich vorgesehenen Möglichkeit, mit Zustimmung des Auftraggebers im Teilnahmeantrag genannte Mitarbeiter nachträglich auszutauschen, Gebrauch zu machen. Dies hat der Antragsteller jedoch nicht getan.

Das Zuschlagskriterium des "ausgewogenen Geschlechterverhältnisses" ist mit den in Pkt. 5.6 und Pkt. 5.7 der Teilnahmeantragsunterlage an Zahl und Qualifikation der - bereits im Teilnahmeantrag zu benennenden - 6 MitarbeiterInnen gestellten Anforderungen zusammen zu lesen und die Erfüllung dieses Zuschlagskriteriums somit auf die von einem Bieter in seinem Teilnahmeantrag namentlich genannten 6 MitarbeiterInnen bezogen, zu beurteilen.

Der vom Antragsteller nachträglich bekannt gegebene Einsatz eines weiteren, 7. (männlichen) (Teilzeit)mitarbeiters ist demnach ohne Einfluss auf die von ihm in seinem Teilnahmeantrag für die Leistungserbringung zu nennen gewesenen - von ihm auch benannten und nachträglich nicht mehr ausgetauschten - 6 MitarbeiterInnen einschließlich deren

geschlechtermäßiger Aufteilung auf 5 weibliche und einen männlichen - Mitarbeiter. Die Bewertung des in Rede stehenden Zuschlagskriteriums wird dadurch nicht beeinflusst. Am dargestellten Ergebnis der mangelnden geschlechtermäßigen Ausgewogenheit der vom Antragsteller für die Leistungserbringung im Teilnahmeantrag benannten MitarbeiterInnen vermag sich durch die besagte "Nachbenennung" eines männlichen (Teilzeit)mitarbeiters nichts zu ändern.

Selbst eine - abzulehnende - von den in der Teilnahmeantragsunterlage hinsichtlich Anzahl und Qualifikation an den Personaleinsatz gestellten Bedingungen losgelöste Betrachtung des Zuschlagskriteriums des "ausgewogenen Geschlechterverhältnisses", würde mit insgesamt 5 weiblichen Mitarbeitern, einem männlichen Mitarbeiter und einem weiteren, nicht einmal vollzeitbeschäftigten männlichen Mitarbeiter, nur eine unwesentliche Ausweitung des männlichen (Gesamt)mitarbeiteranteiles des Antragstellers und damit ebenfalls keine, auch nur annähernd in einem Verhältnis der geschlechtermäßigen Ausgewogenheit stehende Mitarbeiteranzahl bedeuten.

Dem Angebot der für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Bietergemeinschaft wurde sohin - als einem Angebot, zu dem im Sinne des Zuschlagskriteriums des "ausgewogenen Geschlechterverhältnisses" im Teilnahmeantrag eine paritätische Aufteilung der Mitarbeiter auf drei Frauen und drei Männer vorgenommen wurde - dementsprechend die maximal erzielbare Punktezah von 10 Punkten zugewiesen. Dies entspricht einer gewichteten Gesamtpunktezah von 50 Punkten bei diesem Zuschlagskriterium. Dem Angebot des Antragstellers wurden bei diesem Zuschlagskriterium - und zwar mit (auch verbaler) nachvollziehbarer Begründung - im Hinblick darauf, dass dieser in seinem Teilnahmeantrag fünf weibliche und einen männlichen Mitarbeiter benannt hatte, lediglich 2 Punkte, somit eine gewichtete Gesamtpunktezah von 10 Punkten, zuerkannt. Dass dem Angebot des Antragstellers bei diesem Zuschlagskriterium, ebenso wie dem Angebot der für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Bietergemeinschaft, die maximale Punktezah zuzuweisen gewesen wäre, trifft angesichts vorstehender Ausführungen nicht zu.

Ein Vorbringen, dass das Angebot des Antragstellers allenfalls bei anderen Zuschlagskriterien, verglichen mit dem Bestbieterangebot, "zu wenig" Punkte erhalten haben sollte, hat der Antragsteller weder erstattet noch vermag das Bundesvergabeamt Anhaltspunkte in diese Richtung zu erkennen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

1. b)Litera b

Zu Spruchpunkt II:

Gemäß § 319 Abs. 1 1. Satz BVergG 2006 idFBGBl I Nr. 86/2007, hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller, Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1. Satz BVergG 2006 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller, Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (§ 319 Abs. 2 leg.cit). Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (Paragraph 319, Absatz 2, leg.cit).

Der Antragsteller hat mit seinem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt; Der Nachprüfungsantrag wurde abgewiesen (siehe Spruchpunkt I). Der Gebührenersatzantrag war daher sowohl hinsichtlich der für den Nachprüfungsantrag als auch der für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren abzuweisen. Der Antragsteller hat mit seinem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt; Der Nachprüfungsantrag wurde abgewiesen (siehe Spruchpunkt römisch eins). Der Gebührenersatzantrag war daher sowohl hinsichtlich der für den Nachprüfungsantrag als auch der für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren abzuweisen.

Zuletzt aktualisiert am

26.11.2008

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