

# TE Verg Bescheid 2008/3/14 N/0014-BVA/09/2008-28

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.03.2008

## Norm

BVergG 2006 §2 Z20 litc

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §13 Abs1

BVergG 2006 §141 Abs1

BVergG 2006 §141 Abs2

BVergG 2006 §141 Abs5

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §319 Abs3

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1 Z7

BVergG 2006 §321 Abs2 Z2

BVergG 2006 §324 Abs2

BVergG 2006 §325 Abs1

BVergG 2006 §325 Abs2

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 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
- 
1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
- 
1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
  3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

- [illegible]

3. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

## Text

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 9, Mag. Gerhard Prünster, sowie Dkfm Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl. I Nr. 86/2007 (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe "CALL MI – Ausbildung zur Call-Center Mitarbeiterin; 36/2008" des Auftraggebers Arbeitsmarktservice (AMS), vertreten durch das Arbeitsmarktservice (AMS) Wien, Landstraßer Hauptstraße 55-57, 1030 Wien, über die Anträge der A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, vom 1. Februar 2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 4. Februar 2008, verbessert eingebracht am 5. Februar 2008, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 9, Mag. Gerhard Prünster, sowie Dkfm Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe "CALL MI – Ausbildung zur Call-Center Mitarbeiterin; 36/2008" des Auftraggebers Arbeitsmarktservice (AMS), vertreten durch das Arbeitsmarktservice (AMS) Wien, Landstraßer Hauptstraße 55-57, 1030 Wien, über die Anträge der A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, vom 1. Februar 2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 4. Februar 2008, verbessert eingebracht am 5. Februar 2008, wie folgt entschieden:

## Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag "das Bundesvergabeamt wolle die Ausschreibung des Auftraggebers für nichtig erklären", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 141, 312 Abs 2 Z 2, 325 BVergG  
Rechtsgrundlage: Paragraphen 141, 312, Absatz 2, Ziffer 2, 325, BVergG

II.römisch zwei.

Dem Eventualantrag "das Bundesvergabeamt wolle den Punkt 7.1.10. der Verdingungsunterlage für nichtig erklären", wird insofern stattgegeben, als der erste Spiegelstrich des Punktes 7.1.10. der Verdingungsunterlage:

"die überwiegend (51% oder mehr) Frauen als Führungskräfte haben - und daher die Meinungen, Bedürfnisse und Kompetenzen von Frauen als wesentliche Akteurinnen in den Mittelpunkt rücken" und der letzte Absatz des Punktes 7.1.10. der Verdingungsunterlage mit der darauf Bezug nehmenden Formulierung "Unter Führungskräfte sind alle Personen eines Unternehmens zu verstehen, die leitende Stellen mit Anweisungskompetenz inne haben (GeschäftsführerIn/EigentümerIn und AbteilungsleiterInnen sowie BereichsleiterInnen. Stellvertretungen sowie ProjektleiterInnen werden nicht dazugerechnet)"

und der zweite Spiegelstrich des Punktes 7.1.10. der Verdingungsunterlage:

"die ihre Geschäftstätigkeit auf die Förderung der Qualifikation und Beschäftigung von Frauen im Sinne der Verbesserung der Chancengleichheit auf dem Arbeitsmarkt ausgerichtet haben (Nachweise zB Vereinsstatuten oder spezifische Referenzprojekte)" für nichtig erklärt werden.

Insofern sich der Antrag auf die Nichtigerklärung des dritten Spiegelstriches des Punktes 7.1.10. der Verdingungsunterlage bezieht, wird dieser abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 141 Abs 1, 2 und 5, 312 Abs 2 Z 2, 325 Abs 2 BVergG  
Rechtsgrundlage: Paragraphen 141, Absatz eins, 2 und 5, 312 Absatz 2, Ziffer 2, 325, Absatz 2, BVergG

III.römisch drei.

Dem Antrag "das Bundesvergabeamt wolle die gesondert anfechtbare Anfragebeantwortung vom 24. Jänner 2008 für nichtig erklären", wird insofern stattgegeben, als die erste Antwort sowie der erste Teil der dritten Antwort der Anfragebeantwortung vom 24. Jänner 2008 für nichtig erklärt werden.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 141 Abs 1, 2 und 5, 312 Abs 2 Z 2, 325 BVergG  
Rechtsgrundlage: Paragraphen 141, Absatz eins, 2 und 5, 312 Absatz 2, Ziffer 2, 325, BVergG

IV.römisch vier.

Dem Antrag "das Bundesvergabeamt wolle für den Fall einer nachträglichen Entrichtung der Pauschalgebühren der Antragstellerin den Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Gebühren zuerkennen", wird stattgegeben.

Der Auftraggeber Arbeitsmarktservice (AMS), vertreten durch Arbeitsmarktservice (AMS) Wien, hat der Antragstellerin A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, die für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und für den Nachprüfungsantrag entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt Euro 3.680,- zu Händen ihres Rechtsvertreters binnen vier Wochen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: § 319 Abs 1, 2 und 3 BVergG  
Rechtsgrundlage: Paragraph 319, Absatz eins, 2 und 3 BVergG

#### Begründung

Die A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\* (in der Folge Antragstellerin) stellte mit Schriftsatz vom 1. Februar 2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 4. Februar 2008, verbessert eingebracht am 5. Februar 2008, Anträge auf Nichtigklärung der Ausschreibung und auf Nichtigklärung einer sonstigen Festlegung während der Angebotsfrist (Anfragebeantwortung vom 24.1.2008), auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Akteneinsicht sowie auf Ersatz der (nachträglich) entrichteten Pauschalgebühren.

Mit Schriftsatz vom 1. Februar 2008 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass das gegenständliche Vergabeverfahren als nicht prioritäre Dienstleistung der Kategorie 24 des Anhanges IV zum BVergG ausgeschrieben worden sei. Die Absendung der Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften sei am 17. Jänner 2008 erfolgt. Mit Schriftsatz vom 1. Februar 2008 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass das gegenständliche Vergabeverfahren als nicht prioritäre Dienstleistung der Kategorie 24 des Anhanges römisch vier zum BVergG ausgeschrieben worden sei. Die Absendung der Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften sei am 17. Jänner 2008 erfolgt.

Das gemäß § 141 BVergG konzipierte Vergabeverfahren sei in Anlehnung an das offene Verfahren gestaltet worden. Es handle sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich. Der Zuschlag solle dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Die Angebotsfrist ende am 19. Februar 2008, 09:59 Uhr. Das Vergabeverfahren befinde sich derzeit demnach in der Phase der offenen Angebotsfrist. Das gemäß Paragraph 141, BVergG konzipierte Vergabeverfahren sei in Anlehnung an das offene Verfahren gestaltet worden. Es handle sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich. Der Zuschlag solle dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Die Angebotsfrist ende am 19. Februar 2008, 09:59 Uhr. Das Vergabeverfahren befinde sich derzeit demnach in der Phase der offenen Angebotsfrist.

Punkt 7.1 "Eignungsnachweise betreffend Bieter (MUSS-Kriterien)", Unterpunkt 7.1.10 der Verdingungsunterlage, laute:

Bei der Vergabe von spezifischen Bildungsmaßnahmen für Frauen sind in ein Verfahren nur Träger einzubeziehen, die frauenspezifische Kernkompetenz nachweisen können.

Frauenspezifische Kernkompetenz besitzen Träger,

- -Strichaufzählung  
die überwiegend (51% oder mehr) Frauen als Führungskräfte haben – und daher die Meinungen, Bedürfnisse und Kompetenzen von Frauen als wesentliche Akteurinnen in den Mittelpunkt rücken und
- -Strichaufzählung  
die ihre Geschäftstätigkeit auf die Förderung der Qualifikation und Beschäftigung von Frauen im Sinne der Verbesserung der Chancengleichheit auf dem Arbeitsmarkt ausgerichtet haben (Nachweise z.B. Vereinsstatuten oder spezifische Referenzprojekte) und

- -Strichaufzählung  
die über ein Qualitätssicherungssystem zur Erhaltung, Entwicklung und Verbesserung der Gleichstellungskompetenz der eigenen Beschäftigten und Trainerinnen verfügen (Weiterbildung, Organisationsentwicklung, Forschung, Teilnahme an EU-Projekten)

Unter Führungskräfte sind alle Personen eines Unternehmens zu verstehen, die leitende Stellen mit Anweisungskompetenz innehaben (GeschäftsführerIn/ EigentümerIn und AbteilungsleiterInnen sowie BereichsleiterInnen. Stellvertretungen sowie ProjektleiterInnen werden nicht dazugerechnet).

In der Anfragebeantwortung vom 24. Jänner 2008 habe der Auftraggeber darüber hinaus Folgendes festgehalten:

1. 1.Ziffer eins

Frage:

Ist es richtig, dass Sie tatsächlich die Gesamtstruktur des gesamten Unternehmens abgebildet haben wollen?

Stellungnahme zu Frage 1:

Das ist richtig, um den geforderten relativen Frauenanteil an den Führungskräften ermitteln zu können."

Wenn ja, 2. Frage:

Wie verhält sich die Relevanz der Gesamtdarstellung des europaweiten Unternehmens auf die erfolgreiche Projektumsetzung für die Call mi Ausbildung in Wien? Wie begründet sich hier der Zusammenhang, nachdem die auszubildenden Frauen ohnehin ausschließlich von kompetenten Frauen ausgebildet werden und das gesamte Projektumfeld von Frauen getragen ist?

Stellungnahme zu Frage 2:

Klarstellen möchten wir, dass bei Trainerinnen lediglich eine Quote von zumindest 51% Frauen vorgegeben wurde. 100% Frauenanteil gelten für die inhaltlichprojektverantwortlich/en Person/en und die sozialpädagogische Betreuung.

Bildungsmaßnahmen des AMS sind Dienstleistungen gem. BVergG 2006, Anhang IV (nicht prioritäre Dienstleistungen), Kategorie 24: Bildungsmaßnahmen des AMS sind Dienstleistungen gem. BVergG 2006, Anhang römisch vier (nicht prioritäre Dienstleistungen), Kategorie 24:

Unterrichtswesen und Berufsausbildung, CPC-Referenz-Nr. 92.

Für diese Dienstleistungen gilt lt. § 141 BVergG 2006 ein verdünntes Vergaberegime. Unter diesen gesetzlichen Bestimmungen hat das AMS unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes eine eigene Vergaberichtlinie vorgegeben, das das genannte Eignungskriterium in der zitierten Form enthält. Für diese Dienstleistungen gilt lt. Paragraph 141, BVergG 2006 ein verdünntes Vergaberegime. Unter diesen gesetzlichen Bestimmungen hat das AMS unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes eine eigene Vergaberichtlinie vorgegeben, das das genannte Eignungskriterium in der zitierten Form enthält.

Wenn es eine transparente Relevanz gibt, 3. Frage:

Welchen Bereich unseres Unternehmens, um im Relevanzbereich für das Projekt zu bleiben, sollen wir abbilden?

Stellungnahme zur Frage 3:

Dies ergibt sich aus den mit einer und – Verknüpfung zitierten Absätzen 2 und 3 des Eignungskriteriums, sofern das Wirtschaftsspektrum der Firma weiter als die geforderte Geschäftstätigkeit gespannt ist:

und

- -Strichaufzählung  
die ihre Geschäftstätigkeit auf die Förderung der Qualifikation und Beschäftigung von Frauen im Sinne der Verbesserung der Chancengleichheit auf dem Arbeitsmarkt ausgerichtet haben (Nachweise zB Vereinstatuten oder spezifische Referenzprojekte) und
- -Strichaufzählung  
die über ein Qualitätssicherungssystem zur Erhaltung, Entwicklung und Verbesserung der Gleichstellungskompetenz der eigenen Beschäftigten und Trainerinnen verfügen (Weiterbildung, Organisationsentwicklung, Forschung, Teilnahme an EU-Projekten)"

Die Antragstellerin führe für den Auftraggeber seit vielen Jahren auch speziell frauenspezifische Bildungsmaßnahmen durch (aktuell: "Berufsorientierung für Frauen"). Dem Auftraggeber sei bekannt, dass sich die Antragstellerin inner- und außerbetrieblich aktiv für Frauenförderung engagiere und seit Beginn des Jahres 2005 auch über ein innerbetriebliches Genderqualitätssicherungssystem in Form einer Top-down-Strategie verfüge. Dies in der gesamten "A\*\*\*-Unternehmensgruppe". Darüber hinaus betreibe die Antragstellerin auch Frauen- und Männerförderung und setze einen Schwerpunkt im Genderqualitätssicherungssystem auch auf das Diversity-Management.

Die Antragstellerin erfülle das in Spiegelstrich 1 des Punktes

7.1.10 der Verdingungsunterlagen geforderte Kriterium des Überwiegens des Frauenanteiles bei Führungskräften nicht.

Durch die Rechtswidrigkeit der gesondert anfechtbaren Entscheidungen (Ausschreibung/Anfragebeantwortung) sei die Antragstellerin in ihrem Recht auf Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren, insbesondere in ihrem Recht auf Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung verletzt, sowie weiters in ihrem Recht auf ordnungsgemäße und rechtskonforme Durchführung, Fortsetzung und Beendigung des Vergabeverfahrens unter Einhaltung der Grundsätze des fairen und lauten Wettbewerbs sowie des Gleichbehandlungsgrundsatzes und in ihrem Recht auf fehlerfreie und rechtskonforme Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen sowie weiterer Festlegungen des Auftraggebers.

Der Auftraggeber hätte bei ordnungsgemäßem Vorgehen die Ausschreibung ohne die vorliegend inkriminierte Formulierung (Punkt 7.1.10 der Verdingungsunterlage sowie die Anfragebeantwortung vom 24. Jänner 2008) gestalten müssen. Dadurch hätte der Auftraggeber der Antragstellerin eine ordnungsgemäße und chancenreiche Teilnahme am Vergabeverfahren zu gewährleisten gehabt. Der Antragstellerin sei durch die derzeitige Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen jedenfalls die Möglichkeit genommen, mit einem chancenreichen Angebot am Vergabeverfahren teilzunehmen, wodurch der Entgang des Auftrags und auch der Verlust eines Referenzprojektes drohen würden.

Rechtswidrige Auftraggeberentscheidungen:

Die angefochtenen Entscheidungen seien insbesondere deswegen rechtswidrig, da diese nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprechen und vor allem gegen die gemeinschaftlichen Grundfreiheiten, das Diskriminierungsverbot sowie gegen die Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbs verstoßen würden. Im Speziellen komme es zu einer unzulässigen Einschränkung des Bieterkreises durch die Festlegung diskriminierender und ungleichbehandelnder Eignungskriterien. Darüber hinaus seien die weiteren in Punkt 7.1.10 der Verdingungsunterlage festgelegten MUSS-Kriterien und deren Nachweise weitestgehend intransparent, sodass sich der Auftraggeber für die Eignungsprüfung einen unüberprüfbaren Beurteilungsspielraum offen gelassen habe.

Auch auf Verfahren zur Beschaffung nicht prioritärer Dienstleistungen würden v.a. die allgemeinen Grundsätze für Vergabeverfahren Anwendung finden. Zu den Vorschriften und Grundsätzen des EG-Vertrages würden u.a. die Gebote der Nicht-Diskriminierung, der Gleichbehandlung, der Transparenz und der Verhältnismäßigkeit zählen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit würden auch eine Transparenzpflicht einschließen, wonach der Auftraggeber zugunsten potentieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen habe, der u.a. die Nachprüfung ermögliche, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden seien. Dies umfasse auch die Pflicht zur Gewährleistung eines fairen und unparteiischen Verfahrens. Aus diesen, auch auf nicht prioritäre Dienstleistungen anwendbaren Vorschriften ergebe sich, dass Vergabeunterlagen keine Bestimmungen enthalten dürften, die die Teilnahme ohne sachliche Rechtfertigung erschweren bzw. verhindern und in der Folge den freien Wettbewerb ungerechtfertigt einschränken würden.

Die Anfragebeantwortung vom 24. Jänner 2008 wiederhole die Festlegungen des Punktes 7.1.10. und erweitere diese noch dahingehend, dass eine umfassende Gesamtstruktur – sohin auch die gesamte Gruppenstruktur – des Bieters in diese Betrachtung einbezogen würde. Somit sei nicht nur die Rechtsperson des Bieters, sondern die gesamte Struktur der Gruppe maßgebend, ohne dass dies sachlich zu rechtfertigen wäre.

Entgegen der Vorgaben des Transparenzgebotes seien die genannten Teilkriterien 2 und 3 für sich intransparent und würden eine nachvollziehbare Beurteilung nicht zulassen. So sei gänzlich unergründlich, wie ein spezifisches Referenzprojekt auszusehen habe und welchen weiteren Anforderungen dieses zu entsprechen habe. Auch die

Ausgestaltung der erforderlichen Vereinsstatuten sei nicht ausreichend dargelegt und überlasse dem Auftraggeber einen unzulässig großen Beurteilungsspielraum im Rahmen der Eignungsprüfung und dadurch die Möglichkeit einer willkürlichen Angebotsprüfung.

Das in Teilkriterium 3 angesprochene Qualitätssicherungssystem sei ebenfalls intransparent und nicht nachvollziehbar. Es sei nicht einmal klar, ob dieses System formal eingerichtet sein müsse und etwa durch Zertifikate zu belegen sei oder ob eine faktische Umsetzung durch den Bieter genügen würde. Auch die sonstigen Anforderungen an derartige Systeme und ihre Mindestkriterien seien vollkommen unklar.

Die Festlegung in Teilkriterium 1 (Führungskräfteanteil) verstoße gegen das Diskriminierungsverbot des EG-Vertrages und sei daher rechtswidrig. Insbesondere widerspreche dieses Kriterium auch dem Gebot der Verhältnismäßigkeit und dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Durch diese Anforderung diskriminiere der Auftraggeber potentielle Bieter mit nicht überwiegend weiblicher Führungsstruktur, da diesen Unternehmen allein aufgrund des Geschlechtes ihrer Führungskräfte völlig unsachlich die gewünschte frauenspezifische Kernkompetenz abgesprochen würde. Durch diese Festlegung sei die Antragstellerin an der Teilnahme am vorliegenden Vergabeverfahren ohne sachliche Rechtfertigung gehindert, wodurch es zu einer ungerechtfertigten Einschränkung des Vergabewettbewerbes komme.

Die Antragstellerin bestreite nicht das hinter den Festlegungen des Auftraggebers stehende Interesse zur Optimierung von Maßnahmen, die im Besonderen für Frauen gestaltet seien. Die angefochtenen Entscheidungen bzw. Bestimmungen seien jedoch überschießend und darüber hinaus nicht geeignet, die entsprechende Intention des Auftraggebers sicherzustellen. So sei es aus vergaberechtlicher Sicht unbestritten zulässig, bestimmte Anforderungen an das Personal eines Bieters zu stellen, das die konkrete Maßnahme durchführen werde. Rechtswidrig sei es allerdings, Voraussetzungen an die Führungsstruktur von Bietern zu stellen, die keinerlei Einfluss auf die Durchführung der zu beschaffenden Leistung hätten, insbesondere wenn dadurch Bieter ungerechtfertigt ausgeschlossen würden.

Es sei unzulässig, Unternehmen von der Teilnahme am Vergabeverfahren allein aus dem Grund auszuschließen, dass mit der Umsetzung der Maßnahme in keinem Zusammenhang stehende Personen nicht überwiegend Frauen seien. Gesellschaften mit einer nicht weiblich dominierten Führungsstruktur würden aus unsachlichen Gründen, die in keinem Zusammenhang mit der Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen stünden, diskriminiert. Noch unsachlicher würden die Festlegungen des Auftraggebers dadurch, indem er mit der Anfragebeantwortung vom 24. Jänner 2008 in die Betrachtung der Führungskräfte nicht nur die Rechtsperson der Antragstellerin, sondern die gesamte Gruppenstruktur einbeziehe.

Mit Schriftsatz vom 4. Februar 2008, beim BVA eingelangt am 6. Februar 2008, gab der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. In einer weiteren Stellungnahme vom 11.2.2008 brachte der Auftraggeber im Wesentlichen vor wie folgt:

Für nicht prioritäre Dienstleistungen gelte lt. BVergG 2006 ein verdünntes Vergaberegime (§ 141). Zur bundeseinheitlichen Regelung sei vom AMS Österreich dazu die "Vorstandsrichtlinie zur Vergabe von Bildungsmaßnahmen, (BM1)" mit Wirksamkeit 1.1.2007 erlassen worden. In dieser Vergaberichtlinie seien die Anforderungen der frauenspezifischen Kernkompetenz- wie sie auch in ie Ausschreibung übernommen worden seien – angeführt. Diese Vorgaben hinsichtlich der frauenspezifischen Kernkompetenz seien vom AMS Wien im Bereich der Definition "Führungskräfte" um "BereichsleiterInnen" erweitert worden: Für nicht prioritäre Dienstleistungen gelte lt. BVergG 2006 ein verdünntes Vergaberegime (Paragraph 141,). Zur bundeseinheitlichen Regelung sei vom AMS Österreich dazu die "Vorstandsrichtlinie zur Vergabe von Bildungsmaßnahmen, (BM1)" mit Wirksamkeit 1.1.2007 erlassen worden. In dieser Vergaberichtlinie seien die Anforderungen der frauenspezifischen Kernkompetenz- wie sie auch in ie Ausschreibung übernommen worden seien – angeführt. Diese Vorgaben hinsichtlich der frauenspezifischen Kernkompetenz seien vom AMS Wien im Bereich der Definition "Führungskräfte" um "BereichsleiterInnen" erweitert worden:

Zu Punkt 3.3 – letzter Absatz des Nachprüfungsantrages sei festzuhalten, dass in der Beantwortung der Bieteranfrage vom 23.1.2008 sehr wohl die einschränkende Aussage erfolgt sei, dass sich Referenzprojekte auf die im 2. Kriterium definierten Geschäftsfelder beziehen müssten – also auf "die Förderung der Qualifikation und Beschäftigung von Frauen im Sinne der Verbesserung der Chancengleichheit auf dem Arbeitsmarkt". Anzumerken sei ferner, dass in dieser Anfragebeantwortung die fehlerhafte Annahme der Bieterin, dass 100% weibliche Trainerinnen gefordert sind, auf 51% korrigiert worden sei.

Zum Qualitätssicherungssystem (Punkt 3.4 – 2. Absatz des Nachprüfungsantrages) sei anzumerken, dass grundsätzlich für jeden Bieter die Ausführungen unter Punkt 7.1.6 der Verdingungsunterlage heranzuziehen seien, die als Standardegungskriterium in jeder AMS Ausschreibung enthalten seien (1. Eignungskriterium). Dazu kämen nun die Bestimmungen der aus der AMS Richtlinie vorgegebenen Definition der frauenspezifischen Kernkompetenz (Teilkriterium 3) als 2. Eignungskriterium:

Daraus sei eindeutig ableitbar und auch beschrieben, dass sich die Forderungen an das 1. Eignungskriterium auf "die Durchführung der Bildungsmaßnahmen bezogenes Qualitätssicherungssystem" beziehen würden, und ausdrücklich "andere Unternehmensbereiche (z.B. Beschaffungswesen, Personalrecruiting, usw.) ausgenommen seien. Die Forderungen des 2. Eignungskriteriums würden sich nun eindeutig und unmissverständlich auf das Personal des Bieters "Gleichstellungskompetenz der eigenen Beschäftigten und Trainerinnen" richten und taxativ die Unternehmensstrukturen definieren, für die diese nachzuweisen seien. Dass es sich bei der Form der Nachweisführung, wie unter dem 1. Eignungskriterium angeführt, um eine Beschreibung handeln könne, sei ableitbar und sei daher auch seitens der Bieterin nicht Bestandteil ihrer Bieteranfrage vom 23.1.2008 gewesen.

Es werde daher beantragt, die Anträge der Antragstellerin zurück-, in eventu abzuweisen.

Mit Schreiben vom 15.2.2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 18.2.2008, brachte die Firma B\*\*\*, vertreten durch Y\*\*\*, begründete Einwendungen gegen die von der Antragstellerin begehrten Entscheidungen ein. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass sie an der gegenständlichen Ausschreibung großes Interesse habe, die Ausschreibungsunterlagen angefordert habe sowie ein Angebot bereits abgabefertig bereithalte. Ihrer Ansicht nach würden die in Punkt 7.1.10. der Verdingungsunterlage beschriebenen Anforderungen den Richtlinien des Bundesvergabegesetzes und des Gleichbehandlungsgesetzes entsprechen. Deshalb betrachte sie auch die Beantwortung der 1. Bieteranfrage vom 24. Jänner 2008 als ausschreibungs- und gesetzeskonform. Eine Nichtigerklärung der Auftraggeberentscheidungen komme ihrer Ansicht nach daher nicht in Betracht. Gemäß Artikel 1 § 8 des Gleichbehandlungsgesetzes würden "positive Maßnahmen" zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern, insbesondere durch Beseitigung tatsächlich bestehender Ungleichheiten im Sinne des Artikel 7 Abs. 2 B-VG, nicht als Diskriminierung gelten. Die Forderung, die frauenspezifische Kernkompetenz dadurch nachzuweisen, dass bei Bieterinnen zumindest 51 % der Führungskräfte Frauen seien müssten, werde als Beispiel dafür gesehen, dass Gleichbehandlung nicht nur in den Bereichen der unteren Einkommen gefördert, sondern auch in den Führungsebenen anzustreben sei. Es werde daher beantragt, den Nachprüfungsantrag abzuweisen. Mit Schreiben vom 15.2.2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 18.2.2008, brachte die Firma B\*\*\*, vertreten durch Y\*\*\*, begründete Einwendungen gegen die von der Antragstellerin begehrten Entscheidungen ein. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass sie an der gegenständlichen Ausschreibung großes Interesse habe, die Ausschreibungsunterlagen angefordert habe sowie ein Angebot bereits abgabefertig bereithalte. Ihrer Ansicht nach würden die in Punkt 7.1.10. der Verdingungsunterlage beschriebenen Anforderungen den Richtlinien des Bundesvergabegesetzes und des Gleichbehandlungsgesetzes entsprechen. Deshalb betrachte sie auch die Beantwortung der 1. Bieteranfrage vom 24. Jänner 2008 als ausschreibungs- und gesetzeskonform. Eine Nichtigerklärung der Auftraggeberentscheidungen komme ihrer Ansicht nach daher nicht in Betracht. Gemäß Artikel 1 Paragraph 8, des Gleichbehandlungsgesetzes würden "positive Maßnahmen" zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern, insbesondere durch Beseitigung tatsächlich bestehender Ungleichheiten im Sinne des Artikel 7 Absatz 2, B-VG, nicht als Diskriminierung gelten. Die Forderung, die frauenspezifische Kernkompetenz dadurch nachzuweisen, dass bei Bieterinnen zumindest 51 % der Führungskräfte Frauen seien müssten, werde als Beispiel dafür gesehen, dass Gleichbehandlung nicht nur in den Bereichen der unteren Einkommen gefördert, sondern auch in den Führungsebenen anzustreben sei. Es werde daher beantragt, den Nachprüfungsantrag abzuweisen.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 3. März 2008 brachte der Auftraggeber ergänzend vor, dass hinter der verfahrensgegenständlichen Maßnahme kein konkreter Auftraggeber stehe. Nach Ende der Ausbildung versuche das AMS, die ausgebildeten Frauen an die verschiedenen Call-Center zu vermitteln.

Über Befragen, warum nach Ansicht der Auftraggebers ein überwiegender Anteil von Frauen in den Führungskräften für den gegenständlichen Auftrag relevant sei, erklärte der Vertreter des Auftraggebers, C\*\*\*, dass diese Maßnahme als Frauenmaßnahme konzipiert worden sei und daher die Richtlinienbestimmungen BM1, die das genannte Kriterium enthalte, anzuwenden seien. Der Frauenanteil an den Führungskräften ergebe sich eben aus der Richtlinie. Falls nicht genügend Träger bekannt seien, die das Kriterium der frauenspezifischen Kernkompetenz erfüllen würden, würde es

genügen, dass mehr als 50 % der Trainer weiblich seien.

Weiters sei der Anteil weiblicher Führungskräfte für den gegenständlichen Ausschreibungsinhalt deshalb relevant, da die Führungskräfte Kraft ihrer Anweisungskompetenz "maßnahmenbeeinflussend" seien. Eine Frauenmaßnahme sei eine Maßnahme, an der ausschließlich Frauen teilnehmen würden. Es werde ausschließlich auf das Geschlecht der Teilnehmerinnen abgestellt, nicht jedoch auf den Inhalt der Maßnahme. Nutznießer dieser Maßnahme seien die Frauen, die an dieser Maßnahme teilnehmen würden. Als Ziel der Richtlinie könne nicht ausdrücklich festgehalten werden, dass Gegenstand die Frauenförderung bei Bietern sei.

Über Befragen, was in Spiegelstrich 1 des Punktes 7.1.10 unter dem Begriff "Träger" zu verstehen sei, erklärte C\*\*\*, dass entscheidend sei, wer als Bieter auftrete. Wenn dies ein Konzern sei, so beziehe sich das Kriterium in Spiegelstrich 1 auf den als Bieter auftretenden Konzern. Wenn als Bieter hingegen eine Tochtergesellschaft eines Konzerns auftrete, würden sich die Kriterien des Spiegelstrichs 1 naturgemäß nur auf die als Bieter auftretende Tochtergesellschaft beziehen.

Über Befragung von RA Z\*\*\* erklärt C\*\*\*, dass es sich bei der Richtlinie BM1 um eine interne Anweisung für die vergebenen Stellen handle und diese keine Außenwirkung entfalte. C\*\*\* führte weiters aus, dass der Wiener Markt der größte Bietermarkt Österreichs sei und das AMS Wien den in Rede stehenden Passus der Richtlinie BM1 erstmalig angewendet habe. Der Auftraggeber sei der Ansicht, dass zumindest in Wien der Markt dermaßen groß sei, dass genügend Träger vorhanden seien, die das Kriterium der frauenspezifischen Kernkompetenz (Spiegelstrich 1 in Punkt 7.1.10) erfüllen würden.

Über Befragen, was der Auftraggeber unter einem "spezifischen Referenzprojekt" verstehe, erklärte C\*\*\*, dass es sich bei diesen Projekten um Bildungsmaßnahmen gehandelt haben müsse und zwar um Qualifikation und Beschäftigung, nicht jedoch um Beratungsleistungen. In den Richtlinien sei das geforderte "spezifische Referenzprojekt" jedoch nicht näher beschrieben. Konkrete Anforderungen an das Referenzprojekt enthalte die Richtlinie BM1 nicht. Es sei richtig, dass der Bewertungsspielraum des Auftraggebers nur dadurch eingeschränkt werde, dass beim Referenzprojekt die Teilnehmerinnen Frauen sein müssten. Zum Zeitraum des Referenzprojektes, zum geschätzten Auftragswert oder sonstigen Anforderungen an das Referenzprojekt sei der Richtlinie BM1 – und auch der Ausschreibung – nichts zu entnehmen. Der Spielraum des Auftraggebers bei der Beurteilung des verlangten Referenzprojektes sei demgemäß natürlich sehr groß.

Die Antragstellerin gab im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 3. März 2008 ergänzend an, dass sie das Kriterium des Spiegelstriches 1 des Punktes 7.1.10. nicht erfülle, und zwar weder bei den Kommanditisten noch bei den Tochtergesellschaften. Die Richtlinie BM1 werde bei dieser Ausschreibung zum 1. Mal in dieser Schärfe angewandt. Die Antragstellerin habe – seit Wirksamkeit der Richtlinie BM1 – bereits an Ausschreibungen des AMS teilgenommen, die frauenspezifische Maßnahmen betroffen hätten.

Über Befragen erklärte der Vertreter der Antragstellerin, D\*\*\*, dass sich die erste Frage der Bieteranfrage auf alle 3 Spiegelstriche des Punktes 7.1.10. bezogen hätte. Die Antragstellerin habe konkret wissen wollen, ob der Gesamtkonzern die jeweiligen Forderungen der Spiegelstriche 1 bis 3 des Punktes

7.1.10. erfüllen müsse, oder nur die A\*\*\*. Natürlich beinhaltet die erste Frage auch das Thema "51 % Anteil weiblicher Führungskräfte" bei der A\*\*\*. Der Antragstellerin seien neben Spiegelstrich 1 auch die Spiegelstriche 2 und 3 unklar gewesen.

RA Z\*\*\* erklärte, dass die Antragstellerin weiterhin der Ansicht sei, dass Spiegelstrich 3 des Punktes 7.1.10. intransparent sei, da sich Punkt 7.1.6. "Qualitätssicherungssystem" nur auf den Bieter beziehe, während Punkt 7.1.10. den gesamten "Träger" umfasse. In Punkt 7.1.10. finde sich auch kein Hinweis darauf, dass der 3. Spiegelstrich mit Punkt 7.1.6. "zusammenzulesen" wäre. Die beiden Bestimmungen würden inhaltlich in keiner Weise zusammenhängen. Jedenfalls könne dies aus den Formulierungen nicht zweifelsfrei geschlossen werden.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 3. März 2008 hat die Vertreterin der mitbeteiligten Partei, Y\*\*\*, ergänzend vorgebracht, dass sie die Bestimmung des Spiegelstriches 3 in Punkt 7.1.10. zusammen mit der Bestimmung des Punktes 7.1.6 gelesen habe. Dies sei ihr klar gewesen, ansonsten hätte sie eine Bieteranfrage gestellt.

Hinsichtlich des Referenzprojektes gab Y\*\*\* an, dass für sie das geforderte Referenzprojekt "eine Fragen aufgeworfen habe". Sie gehe davon aus, dass sich durch die Formulierung dieses Kriteriums "sehr viele Bieter eingeladen fühlen konnten", da das Kriterium keinen konkreten Zeitraum und keine konkrete Teilnehmerzahl vorgesehen habe.

Aufgrund der Vorbringen der Parteien, dem Inhalt der vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 3. März 2008 wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang wurde am 17.1.2008 im Amtlichen Lieferungsanzeiger bekannt gemacht. Die Absendung der Bekanntmachung an das Supplement zum Amtsblatt der EG erfolgte ebenfalls am 17.1.2008.

Auftraggeber ist das Arbeitsmarktservice (AMS), vergebende Stelle ist das Arbeitsmarktservice (AMS) Wien. Es sollen nicht prioritäre Dienstleistungen der Kategorie 24 des Anhangs IV zur Vergabe gelangen. Auftraggeber ist das Arbeitsmarktservice (AMS), vergebende Stelle ist das Arbeitsmarktservice (AMS) Wien. Es sollen nicht prioritäre Dienstleistungen der Kategorie 24 des Anhangs römisch vier zur Vergabe gelangen.

Es handelt sich um ein "Standardverfahren des AMS", welches dem offenen Verfahren nachgebildet ist. Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen.

Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beläuft sich auf Euro XXX, wobei der Basiswert Euro XXX sowie der Wert der Option (zweimalige Wiederbeauftragung) Euro XXX beträgt. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beläuft sich auf Euro römisch 30, wobei der Basiswert Euro römisch 30 sowie der Wert der Option (zweimalige Wiederbeauftragung) Euro römisch 30 beträgt.

Es handelt sich gegenständlich um eine Frauenmaßnahme (Anm.: Teilnehmer zu 100% Frauen), was zur Folge hat, dass der Auftraggeber die internen "Vorstandsrichtlinien zur Vergabe von Bildungsmaßnahmen (BM1)" anwendet. Es wird ausschließlich auf das Geschlecht der Teilnehmer abgestellt, nicht jedoch auf den Inhalt der Maßnahme. Kein ausdrückliches Ziel der RL BM1 ist die Frauenförderung bei den Bietern (vgl. die diesbezüglichen Angaben des C\*\*\* in der mündlichen Verhandlung, VHS Seite 4). Es handelt sich gegenständlich um eine Frauenmaßnahme Anmerkung, Teilnehmer zu 100% Frauen), was zur Folge hat, dass der Auftraggeber die internen "Vorstandsrichtlinien zur Vergabe von Bildungsmaßnahmen (BM1)" anwendet. Es wird ausschließlich auf das Geschlecht der Teilnehmer abgestellt, nicht jedoch auf den Inhalt der Maßnahme. Kein ausdrückliches Ziel der RL BM1 ist die Frauenförderung bei den Bietern vergleiche die diesbezüglichen Angaben des C\*\*\* in der mündlichen Verhandlung, VHS Seite 4).

Punkt 7.1.10. der Verdingungsunterlage trägt die Überschrift Spezifische Kernkompetenz und lautet:

Bei der Vergabe von spezifischen Bildungsmaßnahmen für Frauen sind in ein Verfahren nur Träger einzubeziehen, die frauenspezifische Kernkompetenz nachweisen können.

Frauenspezifische Kernkompetenz besitzen Träger,

- -Strichaufzählung  
die überwiegend (51% oder mehr) Frauen als Führungskräfte haben – und daher die Meinungen, Bedürfnisse und Kompetenzen von Frauen als wesentliche Akteurinnen in den Mittelpunkt rücken und
- -Strichaufzählung  
die ihre Geschäftstätigkeit auf die Förderung der Qualifikation und Beschäftigung von Frauen im Sinne der Verbesserung der Chancengleichheit auf dem Arbeitsmarkt ausgerichtet haben (Nachweise z.B. Vereinsstatuten oder spezifische Referenzprojekte) und
- -Strichaufzählung  
die über ein Qualitätssicherungssystem zur Erhaltung, Entwicklung und Verbesserung der Gleichstellungskompetenz der eigenen Beschäftigten und Trainerinnen verfügen (Weiterbildung, Organisationsentwicklung, Forschung, Teilnahme an EU-Projekten)

Unter Führungskräfte sind alle Personen eines Unternehmens zu verstehen, die leitende Stellen mit Anweisungskompetenz innehaben (GeschäftsführerIn/ EigentümerIn und AbteilungsleiterInnen sowie BereichsleiterInnen. Stellvertretungen sowie ProjektleiterInnen werden nicht dazugerechnet).

Diese Festlegungen in Punkt 7.1.10. der Verdingungsunterlage zur "frauenspezifischen Kernkompetenz" ergeben sich aus der internen "Vorstandsrichtlinie zur Vergabe von Bildungsmaßnahmen (BM1) des Auftraggebers (vgl. RL BM1,

Seite 20). Diese ist mit 1.1.2007 in Kraft getreten. Bei der RL BM1 handelt es sich um eine interne Anweisung für die vergebenden Stellen des Auftraggebers. Eine Außenwirkung entfaltet diese RL nicht (vgl. diesbezügliche Aussagen des Vertreters des Auftraggebers, C\*\*\* in der mündlichen Verhandlung, VHS Seite 4). Das AMS Wien hat diese RL geringfügig erweitert und auch BereichsleiterInnen als Führungskräfte definiert (vgl. Stellungnahme des Auftraggebers vom 11.2.2008, OZ 13). Diese Festlegungen in Punkt 7.1.10. der Verdingungsunterlage zur "frauenspezifischen Kernkompetenz" ergeben sich aus der internen "Vorstandsrichtlinie zur Vergabe von Bildungsmaßnahmen (BM1) des Auftraggebers vergleiche RL BM1, Seite 20). Diese ist mit 1.1.2007 in Kraft getreten. Bei der RL BM1 handelt es sich um eine interne Anweisung für die vergebenden Stellen des Auftraggebers. Eine Außenwirkung entfaltet diese RL nicht vergleiche diesbezügliche Aussagen des Vertreters des Auftraggebers, C\*\*\* in der mündlichen Verhandlung, VHS Seite 4). Das AMS Wien hat diese RL geringfügig erweitert und auch BereichsleiterInnen als Führungskräfte definiert vergleiche Stellungnahme des Auftraggebers vom 11.2.2008, OZ 13).

Die Antragstellerin erfüllt den in Spiegelstrich 1 des Punktes

7.1.10. geforderten überwiegenden Frauenanteil an den Führungskräften nicht, u.z. weder bei den Kommanditisten noch bei den Tochtergesellschaften (vgl. die diesbezüglichen Angaben des GF D\*\*\* in der mündlichen Verhandlung, VHS Seite 5). 7.1.10. geforderten überwiegenden Frauenanteil an den Führungskräften nicht, u.z. weder bei den Kommanditisten noch bei den Tochtergesellschaften vergleiche die diesbezüglichen Angaben des GF D\*\*\* in der mündlichen Verhandlung, VHS Seite 5).

Am 23. Jänner 2008 stellte die Antragstellerin folgende Bieteranfrage (auszugsweise):

1. 1.Ziffer eins

Frage:

Ist es richtig, dass Sie tatsächlich die Gesamtstruktur des gesamten Unternehmens abgebildet haben wollen?

1. 2.Ziffer 2

Frage:

Wie verhält sich die Relevanz der Gesamtdarstellung des europaweiten Unternehmens auf die erfolgreiche Projektumsetzung für die Call mi Ausbildung in Wien? Wie begründet sich hier der Zusammenhang, nachdem die auszubildenden Frauen ohnehin ausschließlich von kompetenten Frauen ausgebildet werden und das gesamte Projektumfeld von Frauen getragen ist?

2. 3.Ziffer 3

Frage:

Welchen Bereich unseres Unternehmens, um im Relevanzbereich für das Projekt zu bleiben, sollen wir abbilden?

Nach Angaben des D\*\*\* hat sich die erste Frage der Antragstellerin auf sämtliche Spiegelstriche des Punktes 7.1.10. der Verdingungsunterlagen bezogen. Der Antragstellerin waren alle 3 Spiegelstriche unklar. Die Antragstellerin wollte erfahren, ob der "A\*\*\* Gesamtkonzern" die Vorgaben der Spiegelstriche 1 bis 3 des Punktes 7.1.10. erfüllen müsse, oder nur die Antragstellerin selbst (siehe VHS Seite 6).

Der Auftraggeber erstattete am 24. Jänner 2008 folgende

Beantwortung:

Stellungnahme zu Frage 1:

Das ist richtig, um den geforderten relativen Frauenanteil an den Führungskräften ermitteln zu können."

Stellungnahme zu Frage 2:

Klarstellen möchten wir, dass bei Trainerinnen lediglich eine Quote von zumindest 51% Frauen vorgegeben wurde. 100% Frauenanteil gelten für die inhaltlichprojektverantwortlich/en Person/en und die sozialpädagogische Betreuung."

[Bildungsmaßnahmen des AMS sind Dienstleistungen gern. BVergG 2006, Anhang IV (nicht prioritäre Dienstleistungen), Kategorie 24:[Bildungsmaßnahmen des AMS sind Dienstleistungen gern. BVergG 2006, Anhang römisch vier (nicht prioritäre Dienstleistungen), Kategorie 24:

Unterrichtswesen und Berufsausbildung, CPC-Referenz-Nr. 92.

Für diese Dienstleistungen gilt lt. § 141 BVergG 2006 ein verdünntes Vergaberegime. Unter diesen gesetzlichen

Bestimmungen hat das AMS unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes eine eigene Vergaberichtlinie vorgegeben, das das genannte Eignungskriterium in der zitierten Form enthält. Für diese Dienstleistungen gilt lt. Paragraph 141, BVergG 2006 ein verdünntes Vergaberegime. Unter diesen gesetzlichen Bestimmungen hat das AMS unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes eine eigene Vergaberichtlinie vorgegeben, das das genannte Eignungskriterium in der zitierten Form enthält.

Stellungnahme zur Frage 3:

Dies ergibt sich aus den mit einer und – Verknüpfung zitierten Absätzen 2 und 3 des Eignungskriteriums, sofern das Wirtschaftsspektrum der Firma weiter als die geforderte Geschäftstätigkeit gespannt ist:

und

- -Strichaufzählung  
die ihre Geschäftstätigkeit auf die Förderung der Qualifikation und Beschäftigung von Frauen im Sinne der Verbesserung der Chancengleichheit auf dem Arbeitsmarkt ausgerichtet haben (Nachweise zB Vereinstatuten oder spezifische Referenzprojekte) und
- -Strichaufzählung  
die über ein Qualitätssicherungssystem zur Erhaltung, Entwicklung und Verbesserung der Gleichstellungskompetenz der eigenen Beschäftigten und Trainerinnen verfügen (Weiterbildung, Organisationsentwicklung, Forschung, Teilnahme an EU- Projekten)"

Die Vorgaben der Spiegelstriche 1 bis 3 des Punktes 7.1.10. der Verdingungsunterlage müssen vom Bieter kumulativ erfüllt werden. Wenn der Bieter ein "Konzern" ist, müssen diese Vorgaben vom gesamten "Konzern" erfüllt werden (Anm. also auch von ev von Kommanditisten und Tochtergesellschaften), wenn Bieter eine Tochtergesellschaft eines "Konzerns" ist, müssen die Vorgaben nur von dieser erfüllt werden [(Anm.: und nicht etwa auch von Kommanditisten und anderen Tochtergesellschaften); vgl. die diesbezüglichen Klarstellungen des C\*\*\* in der mündlichen Verhandlung, VHS Seite 4]. Die Vorgaben der Spiegelstriche 1 bis 3 des Punktes 7.1.10. der Verdingungsunterlage müssen vom Bieter kumulativ erfüllt werden. Wenn der Bieter ein "Konzern" ist, müssen diese Vorgaben vom gesamten "Konzern" erfüllt werden Anmerkung also auch von ev von Kommanditisten und Tochtergesellschaften), wenn Bieter eine Tochtergesellschaft eines "Konzerns" ist, müssen die Vorgaben nur von dieser erfüllt werden [(Anm.: und nicht etwa auch von Kommanditisten und anderen Tochtergesellschaften); vergleiche die diesbezüglichen Klarstellungen des C\*\*\* in der mündlichen Verhandlung, VHS Seite 4].

Zu dem im zweiten Spiegelstrich des Punktes 7.1.10. geforderten "spezifischen Referenzprojekt" enthalten die RL BM1 und in der Folge auch die konkrete Ausschreibung keine näheren Mindestanforderungen (vgl. die Angaben des C\*\*\* in der mündlichen Verhandlung; VHS Seite 5/6). Zu dem im zweiten Spiegelstrich des Punktes 7.1.10. geforderten "spezifischen Referenzprojekt" enthalten die RL BM1 und in der Folge auch die konkrete Ausschreibung keine näheren Mindestanforderungen vergleiche die Angaben des C\*\*\* in der mündlichen Verhandlung; VHS Seite 5/6).

Zu dem in Spiegelstrich 3 des Punktes 7.1.10. geforderten Qualitätssicherungssystem enthält Punkt 7.1.6. der Verdingungsunterlage nähere Anforderungen. Sowohl Punkt 7.1.6. als auch Punkt 7.1.10. sind Unterpunkte des Punktes 7. der Verdingungsunterlage, welcher mit "Eignungskriterien" übertitelt ist.

Qualitätssicherungssystem

Ein nachweisbar beschriebenes und auf die Durchführung der Bildungsmaßnahmen bezogenes Qualitätssicherungssystem muss vorliegen. In diesem müssen Instrumente zur Erhebung der KundInnenzufriedenheit beschrieben sein, die Ergebnisse müssen dem AMS verfügbar sein. Eine Zertifizierung ist nicht notwendig.

Zumeist wird eine Teilnehmerinnenbefragung das wichtigste Instrument zur Erhebung der KundInnenzufriedenheit sein. Es reicht jedoch nicht aus, wenn von Seiten des Trägers im Rahmen des Aufnahmeansuchens nur angegeben wird, dass z.B. der Fragebogen des AMS verwendet wird, vielmehr muss z.B. beschrieben sein, wer für das Instrument an sich verantwortlich ist, wer den Fragebogen auswertet, wie Ergebnisse in die aktuelle Curriculaplanung und Maßnahmenorganisation einfließen und wie die Ergebnisse dem AMS zur Verfügung gestellt werden.

Das Qualitätssicherungssystem muss den Qualitätssicherungskreislauf beschreiben, der ausgehend von der Erhebung der KundInnenzufriedenheit zu einer ständigen Verbesserung der Maßnahmen führt. Andere Unternehmensbereiche

(z.B. Beschaffungswesen, Personalrecruiting, usw.) müssen nicht qualitätsgesichert sein.

Hinter der Maßnahme "Ausbildung zur Call-Center Mitarbeiterin" des AMS Wien steht kein konkreter Auftraggeber. Die Maßnahme dient dazu, beim AMS Wien als arbeitslos gemeldete Frauen bzw "Wiedereinsteigerinnen" zu Call-Center Mitarbeiterinnen auszubilden. Diese sollen in der Folge an "unterschiedliche" Call-Center vermittelt werden. Die ausgebildeten Frauen werden also nicht für "spezifisch frauenbezogene Call-Center" ausgebildet (vgl. die diesbezüglichen Angaben des C\*\*\* in der mündlichen Verhandlung, VHS Seite 3). Hinter der Maßnahme "Ausbildung zur Call-Center Mitarbeiterin" des AMS Wien steht kein konkreter Auftraggeber. Die Maßnahme dient dazu, beim AMS Wien als arbeitslos gemeldete Frauen bzw "Wiedereinsteigerinnen" zu Call-Center Mitarbeiterinnen auszubilden. Diese sollen in der Folge an "unterschiedliche" Call-Center vermittelt werden. Die ausgebildeten Frauen werden also nicht für "spezifisch frauenbezogene Call-Center" ausgebildet vergleiche die diesbezüglichen Angaben des C\*\*\* in der mündlichen Verhandlung, VHS Seite 3).

Das Ende der Angebotsfrist ist (war) mit 19.2.2008, 9.59 Uhr, festgesetzt. Das Verfahren befindet sich derzeit im Stadium der offenen Angebotsfrist. Die Angebote wurden noch nicht geöffnet, eine Zuschlagsentscheidung noch nicht getroffen. Das Verfahren wurde auch nicht widerrufen, der Zuschlag nicht erteilt.

Mit Schriftsatz vom 1.2.2008, beim BVA eingelangt am 4.2.2008, verbessert eingebracht am 5.2.2008, brachte die Antragstellerin Anträge auf Nichtigerklärung der Ausschreibung und einer "sonstigen Festlegung während der Angebotsfrist" (Anm.: Beantwortung einer Bieteranfrage vom 24.1.2008) sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, ein. Mit Schriftsatz vom 1.2.2008, beim BVA eingelangt am 4.2.2008, verbessert eingebracht am 5.2.2008, brachte die Antragstellerin Anträge auf Nichtigerklärung der Ausschreibung und einer "sonstigen Festlegung während der Angebotsfrist" Anmerkung, Beantwortung einer Bieteranfrage vom 24.1.2008) sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, ein.

Mit Bescheid des Bundesvergabebeamtes vom 8.2.2008, GZ N/0014- BVA/09/2008-EV12, wurde dem Auftraggeber bis längstens 18.3.2008 untersagt, die Angebote zu öffnen. Bis längstens 18.3.2008 wurde auch die Angebotsfrist ausgesetzt.

Mit Schreiben vom 15.2.2008, beim Bundesvergabebeamten eingelangt am 18.2.2008, erhob die B\*\*\* begründete Einwendungen gegen die von der Antragstellerin begehrten Entscheidungen auf Nichtigerklärung und beantragte die Abweisung des Nachprüfungsantrages.

Diese Feststellungen ergeben sich widerspruchsfrei aus dem Vorbringen der Parteien, aus den vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens und den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung.

Rechtliche Würdigung:

Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes und Zulässigkeit des Antrages Auftraggeber iSd 2 Z 8 BVergG ist das Arbeitsmarktservice (AMS). Das Arbeitsmarktservice (AMS) ist gemäß § 1 Abs 1 Arbeitsmarktservice-Gesetz, BGBl Nr. 313/1994 idgF, ein Dienstleistungsunternehmen öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit und als solches öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 22.3.1999, N-14/99-5; 18.8.2003, 10N-60/03-26; 3.9.2004, 10N-57/04-37; 17.1.2005, 10N- 130/04-19; 23.1.2005, 10N-134/04-22). Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG zu qualifizieren. Es handelt sich um eine nicht prioritäre Dienstleistung der Kategorie 24 des Anhangs IV zum BVergG. Der geschätzte Gesamtauftragswert des Vorhabens beträgt Euro XXX netto [Basiswert Euro XXX sowie der Wert der Option Euro XXX (der gemäß § 13 Abs 1 BVergG zu berücksichtigen ist)] und liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes und Zulässigkeit des Antrages Auftraggeber iSd 2 Ziffer 8, BVergG ist das Arbeitsmarktservice (AMS). Das Arbeitsmarktservice (AMS) ist gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Arbeitsmarktservice-Gesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 313 aus 1994, idgF, ein Dienstleistungsunternehmen öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit und als solches öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 22.3.1999, N-14/99-5; 18.8.2003, 10N-60/03-26; 3.9.2004, 10N-57/04-37; 17.1.2005, 10N- 130/04-19; 23.1.2005, 10N-134/04-22). Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG zu qualifizieren. Es handelt sich um eine nicht prioritäre Dienstleistung der Kategorie 24 des Anhangs römisch vier zum BVergG. Der geschätzte Gesamtauftragswert des Vorhabens beträgt Euro römisch 30 netto [Basiswert Euro römisch 30 sowie der Wert der Option Euro römisch 30 (der gemäß Paragraph 13, Absatz eins, BVergG zu berücksichtigen ist)] und liegt über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG,

sodass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG und damit nach Maßgabe von § 141 BVergG im Anwendungsbereich des BVergG. Die Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG und damit nach Maßgabe von Paragraph 141, BVergG im Anwendungsbereich des BVergG. Die Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG ist sohin gegeben.

Der Zuschlag wurde nach Auskunft des Auftraggebers noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen.

Gemäß § 321 Abs 2 Z 2 leg.cit. sind Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen spätestens 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist einzubringen. Die Angebotsfrist endet am 19.2.2008, der entsprechende Nichtigerklärungsantrag wurde am 1.2.2008 eingebracht. Der Antrag wurde somit iSd o.e. Bestimmung rechtzeitig eingebracht. Gemäß Paragraph 321, Absatz 2, Ziffer 2, leg.cit. sind Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen spätestens 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist einzubringen. Die Angebotsfrist endet am 19.2.2008, der entsprechende Nichtigerklärungsantrag wurde am 1.2.2008 eingebracht. Der Antrag wurde somit iSd o.e. Bestimmung rechtzeitig eingebracht.

Gemäß § 321 Abs 1 Z 7 BVergG sind Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Beantwortung der Bieteranfrage wurde der Antragstellerin am 24.1.2008 übermittelt. Die Antragstellerin hat am 1.2.2008 einen Nachprüfungsantrag eingebracht. Der Antrag ist daher rechtzeitig. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG sind Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Beantwortung der Bieteranfrage wurde der Antragstellerin am 24.1.2008 übermittelt. Die Antragstellerin hat am 1.2.2008 einen Nachprüfungsantrag eingebracht. Der Antrag ist daher rechtzeitig.

Die Pauschalgebühr wurde iSd Verbesserungsauftrages der Behörde vom 4.2.2008, OZ 5, ordnungsgemäß entrichtet. Der Antragstellerin fehlen auch nicht offensichtlich die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG. Die Formerfordernisse des § 322 Abs 1 BVergG sind erfüllt. Ein Grund für die Unzulässigkeit nach § 322 Abs 2 leg.cit. liegt nicht vor. Der Nachprüfungsantrag ist daher zulässig. Die Pauschalgebühr wurde iSd Verbesserungsauftrages der Behörde vom 4.2.2008, OZ 5, ordnungsgemäß entrichtet. Der Antragstellerin fehlen auch nicht offensichtlich die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG. Die Formerfordernisse des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG sind erfüllt. Ein Grund für die Unzulässigkeit nach Paragraph 322, Absatz 2, leg.cit. liegt nicht vor. Der Nachprüfungsantrag ist daher zulässig.

Zur Parteistellung der B\*\*\*:

Gemäß § 324 Abs 2 BVergG sind – neben dem Auftraggeber und dem Antragsteller – jene Unternehmer Partei des Nachprüfungsverfahrens, die durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlichen Interessen nachteilig betroffen sein können. Eine solche "andere Partei" iSd Abs 2 leg.cit. verliert ihre Parteistellung, wenn sie ihre begründeten Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrte Entscheidung nicht binnen zwei Wochen ab Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung nach § 323 Abs 1 leg.cit. erhebt. Die Verfahrenseinleitung wurde vom BVA am 4.2.2008 im Internet bekannt gemacht. Die B\*\*\* hat ihre begründeten Einwendungen am 18.2.2008 – sohin fristgerecht – erhoben und hat somit ihre Parteistellung im Nachprüfungsverfahren gewahrt. Gemäß Paragraph 324, Absatz 2, BVergG sind – neben dem Auftraggeber und dem Antragsteller – jene Unternehmer Partei des Nachprüfungsverfahrens, die durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlichen Interessen nachteilig betroffen sein können. Eine solche "andere Partei" iSd Absatz 2, leg.cit. verliert ihre Parteistellung, wenn sie ihre begründeten Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrte Entscheidung nicht binnen zwei Wochen ab Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung nach Paragraph 323, Absatz eins, leg.cit. erhebt. Die

Verfahrenseinleitung wurde vom BVA am 4.2.2008 im Internet bekannt gemacht. Die B\*\*\* hat ihre begründeten Einwendungen am 18.2.2008 – sohin fristgerecht – erhoben und hat somit ihre Parteistellung im Nachprüfungsverfahren gewahrt.

Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Zu Spruchpunkt I.: Zu Spruchpunkt römisch eins.:

Nach § 312 Abs 2 BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig. Nach Paragraph 312, Absatz 2, BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig.

1. 1. Ziffer eins  
zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie
2. 2. Ziffer 2  
zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Nach § 320 Abs 1 BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern. Nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. 1. Ziffer eins  
er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und
2. 2. Ziffer 2  
ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Beim Auftragsgegenstand "Ausbildung zur Call-Center Mitarbeiterin" handelt es sich um eine nicht prioritäre Dienstleistung iSv Anhang IV, Kategorie 24 (Unterrichtswesen und Berufsausbildung). Die gegenständlich zur Anwendung kommenden Rechtsvorschriften und die einzuhaltenden Verfahrensgrundsätze bestimmen sich somit nach § 141 Abs 1 und 2 BVergG. Beim Auftragsgegenstand "Ausbildung zur Call-Center Mitarbeiterin" handelt es sich um eine nicht prioritäre Dienstleistung iSv Anhang römisch vier, Kategorie 24 (Unterrichtswesen und Berufsausbildung). Die gegenständlich zur Anwendung kommenden Rechtsvorschriften und die einzuhaltenden Verfahrensgrundsätze bestimmen sich somit nach Paragraph 141, Absatz eins und 2 BVergG.

Nach § 141 Abs 5 BVergG gilt als gesondert anfechtbare Entscheidung jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers. [...]. Diese Voraussetzung trifft auf die von der Antragstellerin angefochtene Ausschreibung (Verdingungsunterlage) zu. Bei der Ausschreibung handelt es sich – als nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers – sohin um eine gesondert anfechtbare Entscheidung iSd § 141 Abs 5 BVergG. Nach Paragraph 141, Absatz 5, BVergG gilt als gesondert anfechtbare Entscheidung jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers. [...]. Diese Voraussetzung trifft auf die von der Antragstellerin angefochtene Ausschreibung (Verdingungsunterlage) zu. Bei der Ausschreibung handelt es sich – als nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers – sohin um eine gesondert anfechtbare Entscheidung iSd Paragraph 141, Absatz 5, BVergG.

Von der Antragstellerin wurde im Schriftsatz vom 1.2.2008 unter Punkt a) die Nichtigerklärung der Ausschreibung (Anm.: in ihrer Gesamtheit) beantragt. Begründend für den Antrag auf Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung führte die Antragstellerin im Wesentlichen an, dass die in Punkt 7.1.10. der Verdingungsunterlage festgelegten Eignungskriterien diskriminierend und ungleichbehandelnd (Anm.: Spiegelstrich 1) bzw intransparent (Anm.: Spiegelstriche 2 und 3) seien und zu einer unzulässigen Einschränkung des Bieterkreises führen bzw dem Auftraggeber einen unüberprüfbaren Beurteilungsspielraum einräumen würden. Von der Antragstellerin wurde im Schriftsatz vom 1.2.2008 unter Punkt a) die Nichtigerklärung der Ausschreibung Anmerkung, in ihrer Gesamtheit) beantragt.

Begründend für den Antrag auf Nichtigklärung der gesamten Ausschreibung führte die Antragstellerin im Wesentlichen an, dass die in Punkt 7.1.10. der Verdingungsunterlage festgelegten Eignungskriterien diskriminierend und ungleichbehandelnd (Anmerkung, Spiegelstrich 1) bzw. intransparent (Anmerkung, Spiegelstriche 2 und 3) seien und zu einer unzulässigen Einschränkung des Bieterkreises führen bzw. dem Auftraggeber einen unüberprüfbaren Beurteilungsspielraum einräumen würden.

Zu prüfen ist zunächst die Frage, ob die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit für nichtig zu erklären ist, oder aber mit einer Streichung konkret rechtswidriger Ausschreibungsteile in den Ausschreibungsunterlagen das Auslangen gefunden werden kann.

Hiezu ist Folgendes zu bemerken:

Nach § 325 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn nach Paragraph 325, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn

1. 1. Ziffer eins

sie oder eine ihr vorangegangene gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs 1 Z 5 geltend gemachten Recht verletzt, und sie oder eine ihr vorangegangene gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, geltend gemachten Recht verletzt, und

2. 2. Ziffer 2

die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Die Voraussetzungen der beiden genannten Punkte [(Anm.: Verletzung in einem geltend gemachten Recht und Wesentlichkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens) sind gegenständlich erfüllt (siehe hierzu unter Spruchpunkt II)]. Die Relevanzprüfung hat ergeben, dass bei rechtskonformer Vorgangsweise des Auftraggebers ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens möglich wäre. Bei rechtskonformer Vorgangsweise könnte sich gegenständlich nämlich durchaus ein erheblich weiterer Bieterkreis ergeben. Es könnten sich in der Folge am Vergabeverfahren nämlich auch Unternehmer beteiligen, die nicht über eine mehrheitlich weibliche Führungsstruktur verfügen. Die Voraussetzungen der beiden genannten Punkte [(Anm.: Verletzung in einem geltend gemachten Recht und Wesentlichkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens) sind gegenständlich erfüllt (siehe hierzu unter Spruchpunkt römisch zwei)]. Die Relevanzprüfung hat ergeben, dass bei rechtskonformer Vorgangsweise des Auftraggebers ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens möglich wäre. Bei rechtskonformer Vorgangsweise könnte sich gegenständlich nämlich durchaus ein erheblich weiterer Bieterkreis ergeben. Es könnten sich in der Folge am Vergabeverfahren nämlich auch Unternehmer beteiligen, die nicht über eine mehrheitlich weibliche Führungsstruktur verfügen.

Es ist zu beachten, dass § 325 Abs 2 leg.cit. jedoch grundsätzlich die Möglichkeit eröffnet, auch nur Teile der Ausschreibung für nichtig zu erklären. Nach dieser Bestimmung kommen für die Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen insbesondere auch die Streichung von für Unternehmer diskriminierender Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens in Betracht. Es ist zu beachten, dass Paragraph 325, Absatz 2, leg.cit. jedoch grundsätzlich die Möglichkeit eröffnet, auch nur Teile der Ausschreibung für nichtig zu erklären. Nach dieser Bestimmung kommen für die Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen insbesondere auch die Streichung von für Unternehmer diskriminierender Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens in Betracht.

In diesem Sinne hat das Bundesvergabeamt bereits mehrfach von der Möglichkeit einer "Teilnichtigklärung" Gebrauch gemacht (vgl. BVA 19.10.2006, N/0074-BVA/08/2006-65, 25.9.2007, N/0078-BVA/14/2007-3118.12.2007, N/0089-BVA/11/2007-28). In diesem Sinne hat das Bundesvergabeamt bereits mehrfach von der Möglichkeit einer "Teilnichtigklärung" Gebrauch gemacht (vergleiche BVA 19.10.2006, N/0074-BVA/08/2006-65, 25.9.2007, N/0078-BVA/14/2007-3118.12.2007, N/0089-BVA/11/2007-28).

Aus der bloß demonstrativen Aufzählung von für eine "Teilnichtigklärung" in Frage kommender Bestimmungen in § 325 Abs 2 BVergG (arg. "insbesondere") kann abgeleitet werden, dass neben der Streichung von diskriminierenden

Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit auch die Streichung sonstiger diskriminierender – wie etwa dem Bereich der technischen Leistungsfähigkeit zuzuordnender Eignungskriterien – in Betracht kommt (siehe Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, zu dem unverändert gebliebenen § 174 Rz 53). Aus der bloß demonstrativen Aufzählung von für eine "Teilnichtigklärung" in Frage kommender Bestimmungen in Paragraph 325, Absatz 2, BVergG (arg. "insbesondere") kann abgeleitet werden, dass neben der Streichung von diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit auch die Streichung sonstiger diskriminierender – wie etwa dem Bereich der technischen Leistungsfähigkeit zuzuordnender Eignungskriterien – in Betracht kommt (siehe Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, zu dem unverändert gebliebenen Paragraph 174, Rz 53).

Eine Nichtigklärung der gesamten Ausschreibung ist gegenständlich nicht erforderlich. Im Falle einer Weglassung bzw Neufassung einzelner, konkret für nichtig erklärten Ausschreibungsbestimmungen bzw Fragebeantwortungen durch den Auftraggeber wird die Rechtsposition der Antragstellerin nämlich ohnehin insofern gesichert, als sie sich nach einer entsprechenden Adaptierung der Ausschreibung durch Legung eines Angebotes grundsätzlich mit Aussicht auf Erfolg am Vergabeverfahren beteiligen könnte. Dem gegenüber wäre eine Nichtigklärung der gesamten Ausschreibung als überschießend anzusehen und würde den Auftraggeber übermäßig belasten, ohne für die Wahrung der Rechtsposition der Antragstellerin – nämlich der Wahrung der Möglichkeit einer späteren erfolgreichen Angebotslegung – erforderlich zu sein. Durch eine, den nachfolgenden Ausführungen des Spruchpunktes II. entsprechende, Neufassung lediglich der betreffenden Ausschreibungsbestimmungen (Anm.: Spiegelstriche 1 und 2 des Punktes 7.1.10. der Verdingungsunterlage) wäre es dem Auftraggeber möglich, die Ausschreibung zu "sanieren" und einen Widerruf der Ausschreibung mit den entsprechenden (Rechts)folgen und zeitlichen Verzögerungen zu vermeiden. Eine Nichtigklärung der gesamten Ausschreibung ist gegenständlich nicht erforderlich. Im Falle einer Weglassung bzw Neufassung einzelner, konkret für nichtig erklärten Ausschreibungsbestimmungen bzw Fragebeantwortungen durch den Auftraggeber wird die Rechtsposition der Antragstellerin nämlich ohnehin insofern gesichert, als sie sich nach einer entsprechenden Adaptierung der Ausschreibung durch Legung eines Angebotes grundsätzlich mit Aussicht auf Erfolg am Vergabeverfahren beteiligen könnte. Dem gegenüber wäre eine Nichtigklärung der gesamten Ausschreibung als überschießend anzusehen und würde den Auftraggeber übermäßig belasten, ohne für die Wahrung der Rechtsposition der Antragstellerin – nämlich der Wahrung der Möglichkeit einer späteren erfolgreichen Angebotslegung – erforderlich zu sein. Durch eine, den nachfolgenden Ausführungen des Spruchpunktes römisch zwei. entsprechende, Neufassung lediglich der betreffenden Ausschreibungsbestimmungen (Anmerkung, Spiegelstriche 1 und 2 des Punktes 7.1.10. der Verdingungsunterlage) wäre es dem Auftraggeber möglich, die Ausschreibung zu "sanieren" und einen Widerruf der Ausschreibung mit den entsprechenden (Rechts)folgen und zeitlichen Verzögerungen zu vermeiden.

Zu Spruchpunkt II.: Zu Spruchpunkt römisch zwei.:

Nach § 312 Abs 2 BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig. Nach Paragraph 312, Absatz 2, BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig.

1. 1. Ziffer eins  
zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie
2. 2. Ziffer 2  
zur Nichtigklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Nach § 320 Abs 1 BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern. Nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern.

1. 1.Ziffer eins

er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. 2.Ziffer 2

ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Nach § 141 Abs 1 BVergG gelten für die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen durch Auftraggeber ausschließlich die Bestimmungen dieses Abschnittes, der 1. Teil mit Ausnahme des § 2 Z 16, die §§ 3 Abs 1, 6, 9, 10, 12 Abs 1 und 3, 13, 16, 20 Abs 2, 3 und 5, 21, 44, 49, 98, 132 Abs 3 und 140 Abs 10 sowie der 4. bis 6. Teil des

BVergG. Nach Paragraph 141, Absatz eins, BVergG gelten für die Vergabe von nicht prioritären

Dienstleistungsaufträgen durch Auftraggeber ausschließlich die Bestimmungen dieses Abschnittes, der 1. Teil mit Ausnahme des Paragraph 2, Ziffer 16,, die Paragraphen 3, Absatz eins, 6, 9, 10, 12, Absatz eins und 3, 13, 16, 20 Absatz 2, 3 und 5, 21, 44, 49, 98, 132 Absatz 3 und 140 Absatz 10, sowie der 4. bis 6. Teil des BVergG.

Nach § 141 Abs 2 BVergG sind nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge von Auftraggebern unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes zu vergeben. Soweit dies auf Grund des Wertes und des Gegenstandes des Auftrages erforderlich erscheint, sind nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist und das dem Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbes entspricht, zu vergeben. Von einer Bekanntmachung eines Verfahrens kann insbesondere Abstand genommen werden, wenn eine der in den §§ 30 Abs 2 bzw 38 Abs 2 Z 2 oder 4 genannten Voraussetzungen vorliegt. Aus § 141 Abs 2 leg.cit. ergibt sich somit, dass die Entscheidungen und Maßnahmen eines Auftraggebers im Zusammenhang mit der Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen an der Einhaltung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, des Diskriminierungsverbotes und des Grundsatzes des freien und lauten Wettbewerbes zu messen sind. Nach Paragraph 141, Absatz 2, BVergG sind nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge von Auftraggebern unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes zu vergeben. Soweit dies auf Grund des Wertes und des Gegenstandes des Auftrages erforderlich erscheint, sind nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist und das dem Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbes entspricht, zu vergeben. Von einer Bekanntmachung eines Verfahrens kann insbesondere Abstand genommen werden, wenn eine der in den Paragraphen 30, Absatz 2, bzw 38 Absatz 2, Ziffer 2, oder 4 genannten Voraussetzungen vorliegt. Aus Paragraph 141, Absatz 2, leg.cit. ergibt sich somit, dass die Entscheidungen und Maßnahmen eines Auftraggebers im Zusammenhang mit der Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen an der Einhaltung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, des Diskriminierungsverbotes und des Grundsatzes des freien und lauten Wettbewerbes zu messen sind.

Nach § 141 Abs 5 BVergG gilt als gesondert anfechtbare Entscheidung jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers. [...]. Nach Paragraph 141, Absatz 5, BVergG gilt als gesondert anfechtbare Entscheidung jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers. [...].

Laut Punkt 3.1. der Verdingungsunterlage, "Verfahrensgrundlagen", unterliegt das Vergabeverfahren den Regelungen des BVergG 2006. Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass "auf die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen ausschließlich die Bestimmungen des § 141 BVergG Anwendung finden und dass nicht prioritäre Dienstleistungen unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes vergeben werden". Laut Punkt 3.1. der Verdingungsunterlage, "Verfahrensgrundlagen", unterliegt das Vergabeverfahren den Regelungen des BVergG 2006. Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass "auf die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen ausschließlich die Bestimmungen des Paragraph 141, BVergG Anwendung finden und dass nicht prioritäre Dienstleistungen unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes vergeben werden".

Beim Auftragsgegenstand "Ausbildung zur Call-Center Mitarbeiterin" handelt es sich um eine nicht prioritäre Dienstleistung iSd Anhang IV, Kategorie 24 (Unterrichtswesen und Berufsausbildung). Die gegenständlich zur Anwendung kommenden Rechtsvorschriften und die einzuhaltenden Verfahrensgrundsätze bestimmen sich somit nach § 141 Abs 1 und 2 BVergG (siehe bereits oben). Beim Auftragsgegenstand "Ausbildung zur Call-Center Mitarbeiterin" handelt es sich um eine nicht prioritäre Dienstleistung iSd Anhang römisch vier, Kategorie 24 (Unterrichtswesen und Berufsausbildung). Die gegenständlich zur Anwendung kommenden Rechtsvorschriften und die einzuhaltenden Verfahrensgrundsätze bestimmen sich somit nach Paragraph 141, Absatz eins und 2 BVergG (siehe

bereits oben).

Dem Auftraggeber kommt bei der Beschaffung nicht prioritärer Dienstleistungen ein relativ großer Gestaltungsspielraum zu. Dies deshalb, da sich nicht prioritäre Dienstleistungen in der Regel nicht in derselben Art und Weise für ein Vergabeverfahren eignen wie prioritäre Dienstleistungen. Dessen ungeachtet hat der Auftraggeber nicht prioritäre Dienstleistungen jedoch in einem transparenten und den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechtes Rechnung tragenden Verfahren zu vergeben. Anders als im BVergG 2002 findet nunmehr auch keine Einschränkung auf die im BVergG vorgesehenen Verfahrenstypen mehr statt. Dem Auftraggeber steht es insoweit frei, ein Verfahren zu kreieren, das den Anforderungen des Gesetzes Rechnung trägt. In diesem Sinne hat der Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens ein – dem offenen Verfahren nach BVergG – nachgebildetes Verfahren ("Standardverfahren" des AMS) gewählt (vgl. hierzu Erläuternde Bemerkungen 1171 der Beilagen XXII. GP). Dem Auftraggeber kommt bei der Beschaffung nicht prioritärer Dienstleistungen ein relativ großer Gestaltungsspielraum zu. Dies deshalb, da sich nicht prioritäre Dienstleistungen in der Regel nicht in derselben Art und Weise für ein Vergabeverfahren eignen wie prioritäre Dienstleistungen. Dessen ungeachtet hat der Auftraggeber nicht prioritäre Dienstleistungen jedoch in einem transparenten und den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechtes Rechnung tragenden Verfahren zu vergeben. Anders als im BVergG 2002 findet nunmehr auch keine Einschränkung auf die im BVergG vorgesehenen Verfahrenstypen mehr statt. Dem Auftraggeber steht es insoweit frei, ein Verfahren zu kreieren, das den Anforderungen des Gesetzes Rechnung trägt. In diesem Sinne hat der Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens ein – dem offenen Verfahren nach BVergG – nachgebildetes Verfahren ("Standardverfahren" des AMS) gewählt vergleiche hierzu Erläuternde Bemerkungen 1171 der Beilagen römisch 22 . GP).

Von der Antragstellerin wurde im Schriftsatz vom 1.2.2008 unter Punkt a) neben der Nichtigerklärung der Ausschreibung in ihrer Gesamtheit (siehe hierzu Spruchpunkt I. dieses Bescheides), in eventu die Nichtigerklärung des Punktes 7.1.10. der Verdingungsunterlage beantragt. Von der Antragstellerin wurde im Schriftsatz vom 1.2.2008 unter Punkt a) neben der Nichtigerklärung der Ausschreibung in ihrer Gesamtheit (siehe hierzu Spruchpunkt römisch eins. dieses Bescheides), in eventu die Nichtigerklärung des Punktes 7.1.10. der Verdingungsunterlage beantragt.

Punkt 7.1.10. "Spezifische Kernkompetenz" der Verdingungsunterlage lautet:

Bei der Vergabe von spezifischen Bildungsmaßnahmen für Frauen sind in ein Verfahren nur Träger einzubeziehen, die frauenspezifische Kernkompetenz nachweisen können.

Frauenspezifische Kernkompetenz besitzen Träger,

- -Strichaufzählung  
die überwiegend (51% oder mehr) Frauen als Führungskräfte haben – und daher die Meinungen, Bedürfnisse und Kompetenzen von Frauen als wesentliche Akteurinnen in den Mittelpunkt rücken und
- -Strichaufzählung  
die ihre Geschäftstätigkeit auf die Förderung der Qualifikation und Beschäftigung von Frauen im Sinne der Verbesserung der Chancengleichheit auf dem Arbeitsmarkt ausgerichtet haben (Nachweise z.B. Vereinsstatuten oder spezifische Referenzprojekte) und
- -Strichaufzählung  
die über ein Qualitätssicherungssystem zur Erhaltung, Entwicklung und Verbesserung der Gleichstellungskompetenz der eigenen Beschäftigten und Trainerinnen verfügen (Weiterbildung, Organisationsentwicklung, Forschung, Teilnahme an EU-Projekten.)

Unter Führungskräfte sind alle Personen eines Unternehmens zu verstehen, die leitende Stellen mit Anweisungskompetenz innehaben (GeschäftsführerIn/ EigentümerIn und AbteilungsleiterInnen sowie BereichsleiterInnen. Stellvertretungen sowie ProjektleiterInnen werden nicht dazugerechnet).

Begründend für den Antrag auf Nichtigerklärung führte die Antragstellerin im Wesentlichen an, dass die in Punkt 7.1.10. der Verdingungsunterlage festgelegten Eignungskriterien diskriminierend, ungleichbehandelnd bzw intransparent seien und zu einer unzulässigen Einschränkung des Bieterkreises führen bzw dem Auftraggeber einen unüberprüfbaren Beurteilungsspielraum einräumen würden.

Die Antragstellerin sieht sich durch die in Punkt 7.1.10. "Spezifische Kernkompetenz" der Verdingungsunterlage festgelegten Kriterien daran gehindert, mit Aussicht auf Erfolg ein Angebot zu legen. Diese Festlegungen in der Ausschreibung sind nach Ansicht der Antragstellerin rechtswidrig.

Die Rechtswidrigkeit der Bestimmungen des ersten Spiegelstriches ergebe sich ihrer Ansicht nach daraus, dass diese Festlegungen v. a. gegen die gemeinschaftlichen Grundfreiheiten, das Diskriminierungsverbot der Art. 2 und 3 EGV sowie gegen die Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbs verstoßen würden. Durch diese Festlegungen käme es zu einer unzulässigen Einschränkung des Bieterkreises. Die Rechtswidrigkeit der Bestimmungen des ersten Spiegelstriches ergebe sich ihrer Ansicht nach daraus, dass diese Festlegungen v. a. gegen die gemeinschaftlichen Grundfreiheiten, das Diskriminierungsverbot der Artikel 2 und 3 EGV sowie gegen die Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbs verstoßen würden. Durch diese Festlegungen käme es zu einer unzulässigen Einschränkung des Bieterkreises.

Darüber hinaus seien nach Ansicht der Antragstellerin die - ebenfalls in Punkt 7.1.10. der Verdingungsunterlage festgelegten - MUSS-Kriterien und deren Nachweise (Anm.: Spiegelstriche 2 und 3) weitestgehend intransparent, sodass der Auftraggeber bei der Eignungsprüfung einen unüberprüfbaren Beurteilungsspielraum habe. Darüber hinaus seien nach Ansicht der Antragstellerin die - ebenfalls in Punkt 7.1.10. der Verdingungsunterlage festgelegten - MUSS-Kriterien und deren Nachweise Anmerkung, Spiegelstriche 2 und 3) weitestgehend intransparent, sodass der Auftraggeber bei der Eignungsprüfung einen unüberprüfbaren Beurteilungsspielraum habe.

Aufgrund dieser Rechtswidrigkeiten erachtet sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren, insbesondere in ihrem Recht auf Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung, verletzt. Weiters erachtet sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf ordnungsgemäße und rechtskonforme Durchführung, Fortsetzung und Beendigung des Vergabeverfahrens unter Einhaltung der Grundsätze des fairen und lauten Wettbewerbes sowie des Gleichbehandlungsgrundsatzes und in ihrem Recht auf fehlerfreie und rechtskonforme Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen sowie weiterer Festlegungen des Auftraggebers, verletzt.

Zur Bestimmung des ersten Spiegelstriches des Punktes 7.1.10. der Verdingungsunterlage:

Bei Spiegelstrich 1 des Punktes 7.1.10. samt dem letzten Absatz des Punktes 7.1.10. handelt es sich um die Festlegung eines Eignungskriteriums, also um ein bieterbezogenes Kriterium, das ein Bieter erfüllt oder eben nicht erfüllt (sog. KO-Kriterium).

Wie sich aus § 141 Abs 1 BVergG ergibt, ist der Auftraggeber bei Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen hinsichtlich der Festlegung von Eignungsanforderungen und -nachweisen zwar nicht an das "Korsett" der Regelungen der § 69ff BVergG gebunden. Die Bestimmung des § 2 Z 20 lit.c BVergG, wonach Eignungskriterien die vom Auftraggeber festgelegten, nicht diskriminierenden, auf den Leistungsinhalt abgestimmten Mindestanforderungen an den Bewerber oder Bieter sind, die gemäß den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes nachzuweisen sind, findet jedoch Anwendung (vgl. § 141 Abs. 1 BVergG, wonach für die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen u. a. der 1. Teil mit Ausnahme des § 2 Z 16 leg. cit gilt). Wie sich aus Paragraph 141, Absatz eins, BVergG ergibt, ist der Auftraggeber bei Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen hinsichtlich der Festlegung von Eignungsanforderungen und -nachweisen zwar nicht an das "Korsett" der Regelungen der Paragraph 69 f, f, BVergG gebunden. Die Bestimmung des Paragraph 2, Ziffer 20, Litera c, BVergG, wonach Eignungskriterien die vom Auftraggeber festgelegten, nicht diskriminierenden, auf den Leistungsinhalt abgestimmten Mindestanforderungen an den Bewerber oder Bieter sind, die gemäß den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes nachzuweisen sind, findet jedoch Anwendung vergleiche Paragraph 141, Absatz eins, BVergG, wonach für die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen u. a. der 1. Teil mit Ausnahme des Paragraph 2, Ziffer 16, leg. cit gilt).

Zudem stellt § 141 Abs 2 BVergG ausdrücklich und unmissverständlich klar, dass nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge vom Auftraggeber unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes in einem dem Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbes entsprechenden Verfahren vergeben werden müssen. Zudem stellt Paragraph 141, Absatz 2, BVergG ausdrücklich und unmissverständlich klar, dass nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge vom Auftraggeber unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes in einem dem Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbes entsprechenden Verfahren vergeben werden müssen.

Der Auftraggeber hat unter Punkt 7.1.10., erster Spiegelstrich, geregelt, dass der Frauenanteil an den Führungskräften mindestens 51% zu betragen hat. Wenn auch der Auftraggeber diese Forderung eines mindestens 51%igen Führungskräfteanteils ausdrücklich unter dem Titel "Eignungsnachweise" nennt, ist dem Bundesvergabeamt nicht

ersichtlich, in wiefern es sich bei der in Rede stehenden Forderung überhaupt um eine die Eignung eines Bieters zur Erfüllung der ausgeschriebenen Dienstleistung dartuende - in der Terminologie des § 2 Z 20 lit c BVergG gesprochen - eine auf den Leistungsinhalt abgestimmte Mindestanforderung - handeln sollte: Der Auftraggeber hat unter Punkt 7.1.10., erster Spiegelstrich, geregelt, dass der Frauenanteil an den Führungskräften mindestens 51% zu betragen hat. Wenn auch der Auftraggeber diese Forderung eines mindestens 51%igen Führungskräfteanteils ausdrücklich unter dem Titel "Eignungsnachweise" nennt, ist dem Bundesvergabeamt nicht ersichtlich, in wiefern es sich bei der in Rede stehenden Forderung überhaupt um eine die Eignung eines Bieters zur Erfüllung der ausgeschriebenen Dienstleistung dartuende - in der Terminologie des Paragraph 2, Ziffer 20, Litera c, BVergG gesprochen - eine auf den Leistungsinhalt abgestimmte Mindestanforderung - handeln sollte:

Ein Zusammenhang zwischen der konkret verlangten geschlechtsspezifischen Zusammensetzung der Führungskräftestruktur eines Bieters und dem Auftragsgegenstand, der in der Ausbildung von Frauen zu Call-Center Mitarbeiterinnen besteht, ist vielmehr nicht erkennbar. Hiezu kommt, dass die Führungsstruktur in die Auftragsabwicklung gar nicht involviert ist. Die Auftragsdurchführung, die in der Ausbildung von Call-Center Mitarbeiterinnen besteht, wird vielmehr von Trainerinnen vorgenommen. Für diesen unmittelbar mit der Auftragserfüllung befassten Personenkreis ist aber ohnedies - und zwar an anderer Stelle der Ausschreibung, nämlich in Pkt. 7.2.1. - ein mindestens 51%iger Anteil an weiblichen Trainern festgelegt.

Hat sich der Auftraggeber schon in seiner Stellungnahme vom 11.2.2008 zum Nachprüfungsantrag der Antragstellerin im Wesentlichen mit einer Wiedergabe der in Rede stehenden Ausschreibungsbestimmungen unter Wiederholung des Inhaltes seiner Bieteranfragebeantwortung vom 24.1.2008 begnügt, ohne auf die von der Antragstellerin erhobenen Vorwürfe, insbesondere auf das Vorbringen, dass kein Zusammenhang zwischen dem geforderten Frauenanteil der Führungskräfte und dem konkreten Auftragsgegenstand bestünde, einzugehen, beschränkt, so vermochte er auch in der mündlichen Verhandlung nicht darzulegen, in wiefern die konkret erhobene Forderung eines mindestens 51%-igen Frauenanteiles bei Führungskräften eine auf den konkreten Leistungsinhalt abgestimmte Mindestanforderung darstellen sollte. Der Auftraggeber gab hiezu in der mündlichen Verhandlung lediglich an, dass es sich gegenständlich um eine "Frauenmaßnahme" handle (Anm.: 100% der Teilnehmer sind Frauen) und in der Folge die "Vorstandsrichtlinie zur Vergabe von Bildungsmaßnahmen (BM1)" zur Anwendung zu gelangen habe. In dieser Richtlinie seien die - in Punkt 7.1.10. der Verdingungsunterlage aufgestellten Anforderungen - enthalten. Die Anforderungen würden sich also konkret aus der RL BM1 ergeben und seien in die gegenständliche Ausschreibung übernommen worden (siehe VHS Seite 3). Wie der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung jedoch selbst eingestand, kann "als Ziel der Richtlinie BM1 nicht ausdrücklich festgehalten werden, dass deren Gegenstand die Frauenförderung bei Biestern ist" (siehe VHS Seite 4). Hat sich der Auftraggeber schon in seiner Stellungnahme vom 11.2.2008 zum Nachprüfungsantrag der Antragstellerin im Wesentlichen mit einer Wiedergabe der in Rede stehenden Ausschreibungsbestimmungen unter Wiederholung des Inhaltes seiner Bieteranfragebeantwortung vom 24.1.2008 begnügt, ohne auf die von der Antragstellerin erhobenen Vorwürfe, insbesondere auf das Vorbringen, dass kein Zusammenhang zwischen dem geforderten Frauenanteil der Führungskräfte und dem konkreten Auftragsgegenstand bestünde, einzugehen, beschränkt, so vermochte er auch in der mündlichen Verhandlung nicht darzulegen, in wiefern die konkret erhobene Forderung eines mindestens 51%-igen Frauenanteiles bei Führungskräften eine auf den konkreten Leistungsinhalt abgestimmte Mindestanforderung darstellen sollte. Der Auftraggeber gab hiezu in der mündlichen Verhandlung lediglich an, dass es sich gegenständlich um eine "Frauenmaßnahme" handle (Anmerkung, 100% der Teilnehmer sind Frauen) und in der Folge die "Vorstandsrichtlinie zur Vergabe von Bildungsmaßnahmen (BM1)" zur Anwendung zu gelangen habe. In dieser Richtlinie seien die - in Punkt 7.1.10. der Verdingungsunterlage aufgestellten Anforderungen - enthalten. Die Anforderungen würden sich also konkret aus der RL BM1 ergeben und seien in die gegenständliche Ausschreibung übernommen worden (siehe VHS Seite 3). Wie der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung jedoch selbst eingestand, kann "als Ziel der Richtlinie BM1 nicht ausdrücklich festgehalten werden, dass deren Gegenstand die Frauenförderung bei Biestern ist" (siehe VHS Seite 4).

Auch das weitere Vorbringen des Auftraggebers, dass der Anteil weiblicher Führungskräfte deshalb relevant sei, da "die Führungskräfte Kraft ihrer Anweisungskompetenz maßnahmenbeeinflussend" seien (vgl VHS Seite 4), erscheint dem erkennenden Senat nicht hinreichend stichhaltig. Wie der Auftraggeber nämlich über Befragen zugestehen musste, "steht hinter der konkreten Maßnahme gar kein konkreter Auftraggeber". Anders ausgedrückt, die auszubildenden Frauen werden nach der Ausbildung nicht von einem konkreten - etwa auf Frauenfragen spezialisierten - Call-Center

übernommen, sondern es müssen sich die ganz allgemein für eine Call-Center-Tätigkeit ausgebildeten Frauen dann auf dem "freien Call-Center-Markt" (etwa beim Call-Center einer Bank oder eines Telekommunikationsanbieters) bewerben. Inwiefern eine vom Auftraggeber behauptete maßnahmenbeeinflussende Anweisungskompetenz des weiblichen Führungskräfteanteils von Relevanz sein sollte, wo ja die Ausbildung der Frauen nur ganz allgemein zu Call-Center Mitarbeiterinnen, nicht aber für den Einsatz in frauenspezifischen Bereichen erfolgen soll, ist nicht nachvollziehbar. Die Forderung nach einem überwiegenden Frauenanteil bei den Führungskräften findet somit keine inhaltliche Rechtfertigung und keinen Bezug zum konkreten Leistungsinhalt. Diese widerspricht damit den Vorgaben des § 2 Z 20 lit. c BVergG, wonach die Mindestanforderung an den Bewerber oder Bieter auf den Leistungsinhalt abgestimmt zu sein haben. Es ist in keiner Weise nachvollziehbar und vermochte der Auftraggeber auch in der mündlichen Verhandlung nicht darzulegen, was die besagte Anforderung an die Führungskräftestruktur mit dem Ziel der gegenständlichen Maßnahme zu tun haben sollte. Auch das weitere Vorbringen des Auftraggebers, dass der Anteil weiblicher Führungskräfte deshalb relevant sei, da "die Führungskräfte Kraft ihrer Anweisungskompetenz maßnahmenbeeinflussend" seien (vergleiche VHS Seite 4), erscheint dem erkennenden Senat nicht hinreichend stichhaltig. Wie der Auftraggeber nämlich über Befragen zugestehen musste, "steht hinter der konkreten Maßnahme gar kein konkreter Auftraggeber". Anders ausgedrückt, die auszubildenden Frauen werden nach der Ausbildung nicht von einem konkreten – etwa auf Frauenfragen spezialisierten – Call-Center übernommen, sondern es müssen sich die ganz allgemein für eine Call-Center-Tätigkeit ausgebildeten Frauen dann auf dem "freien Call-Center-Markt" (etwa beim Call-Center einer Bank oder eines Telekommunikationsanbieters) bewerben. Inwiefern eine vom Auftraggeber behauptete maßnahmenbeeinflussende Anweisungskompetenz des weiblichen Führungskräfteanteils von Relevanz sein sollte, wo ja die Ausbildung der Frauen nur ganz allgemein zu Call-Center Mitarbeiterinnen, nicht aber für den Einsatz in frauenspezifischen Bereichen erfolgen soll, ist nicht nachvollziehbar. Die Forderung nach einem überwiegenden Frauenanteil bei den Führungskräften findet somit keine inhaltliche Rechtfertigung und keinen Bezug zum konkreten Leistungsinhalt. Diese widerspricht damit den Vorgaben des Paragraph 2, Ziffer 20, Litera c, BVergG, wonach die Mindestanforderung an den Bewerber oder Bieter auf den Leistungsinhalt abgestimmt zu sein haben. Es ist in keiner Weise nachvollziehbar und vermochte der Auftraggeber auch in der mündlichen Verhandlung nicht darzulegen, was die besagte Anforderung an die Führungskräftestruktur mit dem Ziel der gegenständlichen Maßnahme zu tun haben sollte.

Die Mindestanforderungen nach Spiegelstrich 1. des Punktes 7.1.10. der Verdingungsunterlage sind aber nicht nur nicht auf den Leistungsinhalt abgestimmt, sondern darüber hinaus auch noch – zumindest versteckt – "diskriminierend". Bei der in Rede stehenden Anforderung handelt es sich ihrem Inhalt nach um eine so genannte "versteckte Diskriminierung" potenzieller Bieter aus Gründen des Geschlechtes. Dass zwischen dem geforderten mindestens 51%igen Führungskräfteanteil von Frauen und dem Auftragsgegenstand kein plausibler Zusammenhang besteht, wird auch durch die vom Auftraggeber mit 24.1.2008 vorgenommene Bieteranfragebeantwortung bestätigt. So soll – wenn es sich beim Bieter um einen "Konzern" handelt – das Erfordernis des mindestens 51%-igen Frauenteils bei den Führungskräften für den gesamten Konzern gelten, dieser also im konkreten Fall auch die Kommanditisten und die Tochtergesellschaften betreffen. Diese Anforderung ist umso weniger auf den konkreten Leistungsinhalt der Ausschreibung abgestimmt, als wenn dies nur für den, die konkrete Leistung erbringenden, "Konzernteil" gelten würde.

Die konkret vom Auftraggeber normierte Anforderung weist somit nicht nur nicht den Charakter einer auf den Leistungsinhalt abgestimmten Mindestanforderung iSd § 2 Z 20 lit c BVergG auf, sondern ist darüber hinaus auch als diskriminierend aufgrund des Geschlechtes einzustufen. Auch das zweite im § 2 Z 20 lit.c normierte Tatbestandselement, nämlich, dass es sich bei Eignungskriterien um nichtdiskriminierende Mindestanforderungen zu handeln hat, ist somit nicht erfüllt: Der diskriminierende Charakter der vom Auftraggeber konkret getroffenen Regelung besteht darin, dass aufgrund der Forderung eines 51%igen weiblichen Führungskräfteanteils eindeutig eine geschlechtsbezogene Präferenzierung und damit eine Diskriminierung vorgenommen werden, ohne dass dies sachlich nachvollziehbar bzw. begründbar wäre. Die Diskriminierung ergibt sich im Ergebnis dadurch, dass solche Bieter bevorzugt werden, deren – wie erwähnt, noch dazu auf die gesamte Unternehmensstruktur bezogene Führungsstruktur – zu mindestens 51% aus weiblichen Führungskräften besteht und Bieter, die dieses – wie dargelegt keinen Bezug zum ausgeschriebenen Leistungsinhalt aufweisende – Erfordernis nicht erfüllen, von vornherein von einer erfolgreichen Angebotslegung ausgeschlossen werden. Eine sachliche und objektiv nachvollziehbare Rechtfertigung, die Teilnahme der Bieter am Vergabeverfahren von vornherein ausschließlich auf solche Bieter zu

beschränken, die die in Rede stehende Voraussetzung erfüllen, ist, wie ausgeführt, nicht gegeben, zumal auch andere Unternehmen, deren Führungsstruktur nicht den vom Auftraggeber gewünschten weiblichen Führungskräfteanteil aufweist, zur Erbringung der zu vergebenden Dienstleistung durchaus in der Lage sein mögen. So führt die Antragstellerin, die die Vorgabe der vom Auftraggeber erstmals angewendete Richtlinie BM1 nicht erfüllt - vom Auftraggeber auch unbestritten - bereits jahrelang auch frauenspezifische Tätigkeiten für den Auftraggeber (zuletzt "Berufsorientierung für Frauen") durch. Die konkret vom Auftraggeber normierte Anforderung weist somit nicht nur nicht den Charakter einer auf den Leistungsinhalt abgestimmten Mindestanforderung iSd Paragraph 2, Ziffer 20, Litera c, BVergG auf, sondern ist darüber hinaus auch als diskriminierend aufgrund des Geschlechtes einzustufen. Auch das zweite im Paragraph 2, Ziffer 20, Litera c, normierte Tatbestandselement, nämlich, dass es sich bei Eignungskriterien um nichtdiskriminierende Mindestanforderungen zu handeln hat, ist somit nicht erfüllt: Der diskriminierende Charakter der vom Auftraggeber konkret getroffenen Regelung besteht darin, dass aufgrund der Forderung eines 51%igen weiblichen Führungskräfteanteils eindeutig eine geschlechtsbezogene Präferenzierung und damit eine Diskriminierung vorgenommen werden, ohne dass dies sachlich nachvollziehbar bzw. begründbar wäre. Die Diskriminierung ergibt sich im Ergebnis dadurch, dass solche Bieter bevorzugt werden, deren - wie erwähnt, noch dazu auf die gesamte Unternehmensstruktur bezogene Führungsstruktur - zu mindestens 51% aus weiblichen Führungskräften besteht und Bieter, die dieses - wie dargelegt keinen Bezug zum ausgeschriebenen Leistungsinhalt aufweisende - Erfordernis nicht erfüllen, von vornherein von einer erfolgreichen Angebotslegung ausgeschlossen werden. Eine sachliche und objektiv nachvollziehbare Rechtfertigung, die Teilnahme der Bieter am Vergabeverfahren von vornherein ausschließlich auf solche Bieter zu beschränken, die die in Rede stehende Voraussetzung erfüllen, ist, wie ausgeführt, nicht gegeben, zumal auch andere Unternehmen, deren Führungsstruktur nicht den vom Auftraggeber gewünschten weiblichen Führungskräfteanteil aufweist, zur Erbringung der zu vergebenden Dienstleistung durchaus in der Lage sein mögen. So führt die Antragstellerin, die die Vorgabe der vom Auftraggeber erstmals angewendete Richtlinie BM1 nicht erfüllt - vom Auftraggeber auch unbestritten - bereits jahrelang auch frauenspezifische Tätigkeiten für den Auftraggeber (zuletzt "Berufsorientierung für Frauen") durch.

Wie der EuGH am 17.9.2002, Rs C-513/99 (Concordia Bus Finland), Rdn 69, festgestellt hat, kann der Auftraggeber vergabefremde Kriterien (zB Umweltschutzkriterien) berücksichtigen, sofern sie mit dem Gegenstand des Auftrages zusammenhängen, dem Auftraggeber keine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen, ausdrücklich im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung genannt sind und bei ihnen alle wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere das Diskriminierungsverbot, beachtet werden. Zwar handelt es sich gegenständlich nicht um ein Zuschlagskriterium, sondern um ein den Zugang zum Vergabeverfahren regelndes "Eignungskriterium". Dennoch kann insofern von einer vergleichbaren Konstellation gesprochen werden, als auch im vorliegenden Fall der verlangte mindestens 51 % betragende weibliche Führungskräfteanteil (zudem für die gesamte Unternehmensgruppe) den Bezug zum konkret zu vergebenden Auftragsinhalt vermissen lässt und zudem gegen das Diskriminierungsverbot verstößt.

Im gegebenen Zusammenhang ist weiters darauf hinzuweisen, dass der EuGH in seiner jüngeren Rechtsprechung das Diskriminierungsverbot aus seinem unmittelbaren Zusammenhang der unzulässigen Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit herausgelöst und zu einem allgemeinen Verbot sachlich nicht gerechtfertigter Differenzierungen entwickelt hat (vgl. Estermann in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005) Seite 3). Im gegebenen Zusammenhang ist weiters darauf hinzuweisen, dass der EuGH in seiner jüngeren Rechtsprechung das Diskriminierungsverbot aus seinem unmittelbaren Zusammenhang der unzulässigen Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit herausgelöst und zu einem allgemeinen Verbot sachlich nicht gerechtfertigter Differenzierungen entwickelt hat (vergleiche Estermann in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005) Seite 3).

Die Bestimmung des ersten Teilstriches des Punktes 7.1.10. der Verdingungsunterlage bewirkt weiters einen Verstoß gegen den - gemäß § 141 Abs 2 BVergG auch für die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen geltenden - Grundsatz des freien Wettbewerbs. Der "freie Wettbewerb" zielt darauf ab, dass Vergabevorgänge keinen ungerechtfertigten Zugangsbeschränkungen unterliegen [vgl. Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005) Seite 178]. Genau dies ist aber gegenständlich der Fall, da der potenzielle Bieterkreis unzulässigerweise (vgl. oben) auf Bieter mit einem mindestens 51%igen weiblichen Führungskräfteanteil eingeschränkt wird, ohne dass es eine objektiv nachvollziehbare Rechtfertigung hierfür gäbe. Die Bestimmung des ersten Teilstriches des Punktes 7.1.10. der Verdingungsunterlage bewirkt weiters einen Verstoß gegen den - gemäß Paragraph 141, Absatz 2, BVergG auch für die

Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen geltenden - Grundsatz des freien Wettbewerbs. Der "freie Wettbewerb" zielt darauf ab, dass Vergabevorgänge keinen ungerechtfertigten Zugangsbeschränkungen unterliegen [vgl. Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005) Seite 178]]. Genau dies ist aber gegenständlich der Fall, da der potenzielle Bieterkreis unzulässigerweise vergleiche oben) auf Bieter mit einem mindestens 51%igen weiblichen Führungskräfteanteil eingeschränkt wird, ohne dass es eine objektiv nachvollziehbare Rechtfertigung hierfür gäbe.

Durch den in Rede stehenden 1. Teil des Pkt. 7.1.10. der Verdingungsunterlage wird schließlich auch der gemäß ausdrücklicher Regelung des § 141 Abs 2 BVergG auch bei der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen zu beachtende Grundsatz des lautereren Wettbewerbs verletzt, da sich der Auftraggeber mit seiner Forderung, wonach er nur Bieter mit einem mindestens 51%- igem Frauenführungskräfteanteil zulässt, nicht auf durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigte Forderungen beschränkt (vgl. idS auch Kaufmann/Schnabl, Vergaberecht in der Praxis, Praxishandbuch, Seite 54). Durch den in Rede stehenden 1. Teil des Pkt. 7.1.10. der Verdingungsunterlage wird schließlich auch der gemäß ausdrücklicher Regelung des Paragraph 141, Absatz 2, BVergG auch bei der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen zu beachtende Grundsatz des lautereren Wettbewerbs verletzt, da sich der Auftraggeber mit seiner Forderung, wonach er nur Bieter mit einem mindestens 51%- igem Frauenführungskräfteanteil zulässt, nicht auf durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigte Forderungen beschränkt vergleiche idS auch Kaufmann/Schnabl, Vergaberecht in der Praxis, Praxishandbuch, Seite 54).

Schließlich sei noch festgehalten, dass die Aussage des Vertreters des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung, dass seiner Ansicht nach der Wiener Bietermarkt dermaßen groß sei, dass ohnehin genügend Bieter die Anforderungen des ersten Spiegelstriches erfüllen könnten, verfehlt ist. Das Verfahren wurde nämlich einerseits als über dem Schwellenwert liegend, (rechtsrichtiger Weise) europaweit ausgeschrieben, andererseits wäre ein (indirekter) Ausschluss nicht in Wien beheimateter Bieter jedenfalls als eine territoriale Diskriminierung zu werten. Zudem würde sich durch die Tatsache, dass "genügend" Wiener Bieter die gestellte Anforderung erfüllen mögen, am Charakter der Regelung als einer geschlechterspezifisch diskriminierenden Regelung nichts ändern.

Die Behörde verkennt nicht, dass in Vergabeverfahren auch auf sozialpolitische Belange Bezug genommen werden kann. So kann es daher auch durchaus Fälle geben, in denen die Vorgaben der "Vorstandsrichtlinie zur Vergabe von Bildungsmaßnahmen BM1", d.h. ein mind. 51%-iger Frauenanteil bei den Führungskräften, den gesetzlichen Anforderungen des § 2 Z 20 lit c BVergG entsprechen mag. Wenn also die Festlegung eines 51%-igen Frauenanteils an den Führungskräften auf den konkreten Leistungsinhalt abgestimmt sein sollte, ist nicht auszuschließen, dass auch das genannte Eignungskriterium durchaus den vergaberechtlichen Vorgaben entsprechen könnte. Eine "schablonenhafte" Anwendung der "Vorstandsrichtlinie zur Vergabe von Bildungsmaßnahmen BM1" auf sämtliche Maßnahmen des Auftraggebers, die allgemein Frauenmaßnahmen zum Inhalt haben, ist aber ohne Differenzierung im Hinblick auf den konkreten Leistungsinhalt nicht zulässig. Die Behörde verkennt nicht, dass in Vergabeverfahren auch auf sozialpolitische Belange Bezug genommen werden kann. So kann es daher auch durchaus Fälle geben, in denen die Vorgaben der "Vorstandsrichtlinie zur Vergabe von Bildungsmaßnahmen BM1", d.h. ein mind. 51%-iger Frauenanteil bei den Führungskräften, den gesetzlichen Anforderungen des Paragraph 2, Ziffer 20, Litera c, BVergG entsprechen mag. Wenn also die Festlegung eines 51%-igen Frauenanteils an den Führungskräften auf den konkreten Leistungsinhalt abgestimmt sein sollte, ist nicht auszuschließen, dass auch das genannte Eignungskriterium durchaus den vergaberechtlichen Vorgaben entsprechen könnte. Eine "schablonenhafte" Anwendung der "Vorstandsrichtlinie zur Vergabe von Bildungsmaßnahmen BM1" auf sämtliche Maßnahmen des Auftraggebers, die allgemein Frauenmaßnahmen zum Inhalt haben, ist aber ohne Differenzierung im Hinblick auf den konkreten Leistungsinhalt nicht zulässig.

Zur Bestimmung des zweiten Spiegelstriches des Punktes 7.1.10. der Verdingungsunterlage:

In Spiegelstrich 2 des Punktes 7.1.10. ist als Eignungskriterium festgelegt, dass Bieter zumindest einen Teil ihrer Geschäftstätigkeiten auf die Förderung der Qualifikation und Beschäftigung von Frauen im Sinne der Verbesserung der Chancengleichheit auf dem Arbeitsmarkt ausgerichtet haben müssen.

Als Nachweis der Erfüllung dieses Kriteriums sind die Vorlage der Vereinsstatuten oder eines spezifischen Referenzprojektes normiert. Nähere Angaben hinsichtlich der Mindestanforderungen an ein solches spezifisches Referenzprojekt enthält die Ausschreibung jedoch nicht.

Die Antragstellerin erachtet diese Bestimmung als intransparent. Wie ein solches spezifisches Referenzprojekt

anzusehen habe und welchen weiteren Anforderungen dieses zu entsprechen habe, sei ihrer Ansicht nach unklar. Die Bestimmung räume dadurch dem Auftraggeber einen unzulässig großen Beurteilungsspielraum im Rahmen der Eignungsprüfung und dadurch die Möglichkeit einer willkürlichen Angebotsprüfung, ein.

Hiezu ist Folgendes anzumerken:

Zwar ist der Auftraggeber bei der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen nicht an die, die Eignungsanforderungen und Eignungsnachweise regelnden §§ 69 ff BVergG gebunden, jedoch muss auch bei der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen die Nachvollziehbarkeit von Auftraggeberentscheidungen gewährleistet sein. Dies schon deshalb, um der Rechtsschutzbehörde die Nachprüfung einer allenfalls angefochtenen Entscheidung zu ermöglichen. Aus § 141 Abs 1 BVergG ergibt sich aber, dass die gesetzlichen Bestimmungen zum Rechtsschutz auch auf nicht prioritäre Dienstleistungen zur Anwendung zu gelangen haben (vgl. erläuternde Bemerkungen 1171 der Beilagen XXII. GP – Regierungsvorlage zu § 141, 91 von 148). Daraus ist abzuleiten, dass eine Auftraggeberentscheidung im Rahmen des Vergabeverfahrens für die Nachprüfungsbehörde jedenfalls nachvollziehbar sein muss. Zwar ist der Auftraggeber bei der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen nicht an die, die Eignungsanforderungen und Eignungsnachweise regelnden Paragraphen 69, ff BVergG gebunden, jedoch muss auch bei der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen die Nachvollziehbarkeit von Auftraggeberentscheidungen gewährleistet sein. Dies schon deshalb, um der Rechtsschutzbehörde die Nachprüfung einer allenfalls angefochtenen Entscheidung zu ermöglichen. Aus Paragraph 141, Absatz eins, BVergG ergibt sich aber, dass die gesetzlichen Bestimmungen zum Rechtsschutz auch auf nicht prioritäre Dienstleistungen zur Anwendung zu gelangen haben vergleiche erläuternde Bemerkungen 1171 der Beilagen römisch 22 . Gesetzgebungsperiode – Regierungsvorlage zu Paragraph 141, 91, von 148). Daraus ist abzuleiten, dass eine Auftraggeberentscheidung im Rahmen des Vergabeverfahrens für die Nachprüfungsbehörde jedenfalls nachvollziehbar sein muss.

Wie auch der Vertreter des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung bestätigt hat, enthalten die Richtlinie BM1 - und in der Folge auch die Ausschreibung selbst - keine näheren Anforderungen an das geforderte Referenzprojekt (siehe VHS, Seiten 5 und 6). Aus der Ausschreibung selbst geht lediglich hervor, dass das Referenzprojekt "spezifisch" zu sein hat, es sich also um ein Projekt im Bereich von Bildungsmaßnahmen für Frauen handeln muss (siehe Punkt 7.1.10. sowie die diesbezüglichen Angaben des Vertreters des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung; VHS Seite 5).

Auch der Beantwortung der Bieteranfrage vom 24.1.2008, die sich laut Angaben des Vertreters der Antragstellerin auch auf Spiegelstrich zwei bezogen hat (siehe VHS, Seite 6), sind keine näheren inhaltlichen Anforderungen an das Referenzprojekt zu entnehmen.

Der Vertreter des Auftraggebers musste in der mündlichen Verhandlung schlussendlich selbst einbekennen, dass durch das Nichtvorliegen von Angaben etwa zum Zeitraum, zum geschätzten Auftragswert, zur Anzahl der Teilnehmerinnen etc des Referenzprojektes, der Beurteilungsspielraum des Auftraggebers ein sehr großer ist (siehe VHS Seite 6).

Da die Festlegungen hinsichtlich konkreter Anforderungen an das geforderte spezifische Referenzprojekt in der Ausschreibung (Punkt 7.1.10., zweiter Spiegelstrich) gänzlich fehlen, wird dem Auftraggeber ein unangemessener Beurteilungsspielraum eingeräumt, der im Endeffekt auch dazu führt, dass es der Nachprüfungsbehörde nicht möglich ist, eine solche Auftraggeberentscheidung auf ihre Nachvollziehbarkeit hin zu überprüfen.

Da eine Nachvollziehbarkeit der Entscheidung durch die Nachprüfungsinstanz aber jedenfalls gewährleistet sein muss, war die entsprechende Bestimmung der Verdingungsunterlage für nichtig zu erklären.

Zur Bestimmung des dritten Spiegelstriches des Punktes 7.1.10. der Verdingungsunterlage:

Diese Bestimmung legt als weiteres Eignungskriterium fest, dass der Bieter über ein Qualitätssicherungssystem zur Erhaltung, Entwicklung und Verbesserung der Gleichstellungskompetenz der eigenen Beschäftigten und TrainerInnen verfügen muss (und zwar. hinsichtlich der Weiterbildung, Organisationsentwicklung, Forschung und Teilnahme an EU-Projekten). Nähere Anforderungen an das Qualitätssicherungssystem enthält der dritte Spiegelstrich nicht.

Die Antragstellerin erachtet diese Bestimmung daher als intransparent und nicht nachvollziehbar. So sei ihrer Ansicht nach nicht einmal ersichtlich, ob dieses System formal eingerichtet zu sein hätte und etwa durch Zertifikate zu belegen wäre oder ob eine faktische Umsetzung durch den Bieter ausreichend wäre. Auch zum Nachweis des Systems lasse

sich aus den Ausschreibungsunterlagen nichts entnehmen. Auch sonstige Anforderungen und Mindestkriterien würden gegenständlich fehlen.

Hiezu ist Folgendes anzumerken:

Zwar ist es richtig, dass zum Eignungskriterium "Qualitätssicherungssystem" in Punkt 7.1.10., dritter Spiegelstrich, "nur" die oben angeführten Anforderungen enthalten sind. Die dort enthaltenen Anforderungen könnten, für sich alleine betrachtet, tatsächlich den Eindruck erwecken, nicht hinreichend konkret zu sein und in der Folge dem Auftraggeber im Rahmen der Eignungsprüfung einen zu weiten Beurteilungsspielraum einzuräumen. Die Antragstellerin übersieht hierbei jedoch, dass in Punkt 7.1.6. der Verdingungsunterlage "Qualitätssicherungssystem", welcher jedenfalls mit Punkt 7.1.10. "zusammen zu lesen" ist, weitere, detaillierte Anforderungen an das Qualitätssicherungssystem aufgestellt werden.

So muss nach Punkt 7.1.6. ein "nachweisbar beschriebenes und auf die Durchführung von Bildungsmaßnahmen bezogenes Qualitätssicherungssystem" vorliegen. In diesem müssen weiters Instrumente zur Erhebung der Kundinnenzufriedenheit beschrieben und die Ergebnisse dem AMS verfügbar sein. Es muss weiters beschrieben sein, wer für das Instrument an sich verantwortlich ist, wer den Fragebogen auswertet [...] und wie die Ergebnisse dem AMS zur Verfügung gestellt werden. Auch hat das Qualitätssicherungssystem den Qualitätssicherungskreislauf zu beschreiben, der zu einer ständigen Verbesserung der Maßnahmen führt. Andere Unternehmensbereiche (zB Beschaffungswesen, Personalrecruiting usw.) müssen hingegen nicht beschrieben werden.

Eine Zertifizierung des Systems ist nach dem klaren Wortlaut der Bestimmung jedenfalls nicht erforderlich.

Die oben zitierten Anforderungen der Ausschreibung an das Qualitätssicherungssystem eines Unternehmens sind nach Ansicht der Behörde jedenfalls ausreichend und detailliert genug, um eine nachvollziehbare Beurteilung dieses Kriteriums durch den Auftraggeber sicherzustellen. Auch die Nachprüfungsbehörde wäre im Zuge eines Nachprüfungsverfahrens aufgrund der Fülle der Anforderungen an das Qualitätssicherungssystem in der Lage, die entsprechende Entscheidung des Auftraggebers auf ihre Nachvollziehbarkeit und damit auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen.

Das Vorbringen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, dass sich Punkt 7.1.6. nur an den Bieter, Punkt 7.1.10. hingegen an den gesamten Träger richten würde (siehe VHS Seite 6), ist nicht nachvollziehbar und stellt sich als bloße Schutzbehauptung dar. Auch der Vorhalt der Antragstellerin, dass sich in Punkt

7.1.10. kein Hinweis auf die Bestimmungen des Punktes 7.1.6. finde, ist nicht geeignet ihr Vorbringen zu stützen. So ist es einem durchschnittlichen, fachkundigen Bieter bei der Anwendung der üblichen Sorgfalt zumutbar, die Bestimmungen zu den Eignungskriterien (Punkt 7.) in ihrer Gesamtheit zu lesen und in einen entsprechenden Zusammenhang zu bringen [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN – AG Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.1004, 2002(04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 11.1.2008, N/112-BVA/14/2007-20 uva]. Die Antragstellerin hat nach eigenen Angaben bereits jahrelang für das AMS verschiedene Leistungen erbracht und ist daher davon auszugehen, dass ihr die oben dargestellte Vorgangsweise zumutbar ist. Dies umso mehr, als es sich bei dem genannten Kriterium um ein "Standardeignungskriterium" handelt, das in jeder AMS-Ausschreibung findet (vgl. Stellungnahme des Auftraggebers vom 12.1.2008). 7.1.10. kein Hinweis auf die Bestimmungen des Punktes 7.1.6. finde, ist nicht geeignet ihr Vorbringen zu stützen. So ist es einem durchschnittlichen, fachkundigen Bieter bei der Anwendung der üblichen Sorgfalt zumutbar, die Bestimmungen zu den Eignungskriterien (Punkt 7.) in ihrer Gesamtheit zu lesen und in einen entsprechenden Zusammenhang zu bringen [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN – AG Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.1004, 2002(04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 11.1.2008, N/112-BVA/14/2007-20 uva]. Die Antragstellerin hat nach eigenen Angaben bereits jahrelang für das AMS verschiedene Leistungen erbracht und ist daher davon auszugehen, dass ihr die oben dargestellte Vorgangsweise zumutbar ist. Dies umso mehr, als es sich bei dem genannten Kriterium um ein "Standardeignungskriterium" handelt, das in jeder AMS-Ausschreibung findet vergleiche Stellungnahme des Auftraggebers vom 12.1.2008).

Darauf hat auch der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung zu Recht hingewiesen. Auch die mitbeteiligte Partei, B\*\*\*, hat dies offensichtlich ohne Probleme so verstanden und die Bestimmungen der Punkte 7.1.10. und 7.1.6. "zusammen gelesen" (siehe die diesbezüglichen Angaben der Y\*\*\* in der mündlichen Verhandlung, VHS Seite 6).

Der vom Eventualantrag mit umfasste Antrag auf Nichtigkeitserklärung des dritten Spiegelstriches des Punktes 7.1.10. der Verdingungsunterlage war daher abzuweisen.

Nach § 325 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn Nach Paragraph 325, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn

1. 1.Ziffer eins

sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs 1 Z 5 geltend gemachten Recht verletzt, und sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, geltend gemachten Recht verletzt, und

2. 2.Ziffer 2

die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Nach § 325 Abs 2 leg.cit. kommt als Nichtigkeitserklärung rechtswidriger Entscheidungen insbesondere auch die Streichung von für Unternehmer diskriminierender Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens in Betracht. Nach Paragraph 325, Absatz 2, leg.cit. kommt als Nichtigkeitserklärung rechtswidriger Entscheidungen insbesondere auch die Streichung von für Unternehmer diskriminierender Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens in Betracht.

Die in Punkt 7.1.10., Spiegelstriche 1 und 2 der Verdingungsunterlage, festgelegten Anforderungen an potenzielle Bieter sind nach dem oben Gesagten diskriminierend (erster Spiegelstrich) bzw intransparent (zweiter Spiegelstrich) und waren daher gemäß § 325 Abs 2 BVergG für nichtig zu erklären. Über den zweiten Eventualantrag in Punkt a) des Nachprüfungsantrages war nicht mehr abzusprechen. Die in Punkt 7.1.10., Spiegelstriche 1 und 2 der Verdingungsunterlage, festgelegten Anforderungen an potenzielle Bieter sind nach dem oben Gesagten diskriminierend (erster Spiegelstrich) bzw intransparent (zweiter Spiegelstrich) und waren daher gemäß Paragraph 325, Absatz 2, BVergG für nichtig zu erklären. Über den zweiten Eventualantrag in Punkt a) des Nachprüfungsantrages war nicht mehr abzusprechen.

Zu Spruchpunkt III.: Zu Spruchpunkt römisch drei.:

Bei der Beantwortung der Bieteranfrage vom 24.1.2008 handelt es sich – als nach außen in Erscheinung tretende Festlegungen des Auftraggebers – um gesondert anfechtbare Entscheidungen iSd § 141 Abs 5 BVergG. Bei der Beantwortung der Bieteranfrage vom 24.1.2008 handelt es sich – als nach außen in Erscheinung tretende Festlegungen des Auftraggebers – um gesondert anfechtbare Entscheidungen iSd Paragraph 141, Absatz 5, BVergG.

Die Bieteranfrage vom 23.1.2008 hat sich auf alle in den Spiegelstrichen 1 bis 3 des Punktes 7.1.10. der Verdingungsunterlage normierten Anforderungen bezogen (vgl auch die diesbezüglichen Angaben des D\*\*\* in der mündlichen Verhandlung). Die Antworten vom 24.1.2008 konkretisieren und präzisieren die Bestimmungen des Punktes 7.1.10. der Verdingungsunterlage und sind auch nach außen in Erscheinung getreten. Nach Ansicht der Antragstellerin stellt die Beantwortung zur 1. Frage sogar eine "Erweiterung" des Ausschreibungstextes dar. So würden nach Ansicht der Antragstellerin durch die Antwort zu Frage 1. die in den Spiegelstrichen 1 bis 3 aufgestellten Anforderungen auch auf den "Gesamtkonzern" und nicht nur auf den tatsächlichen Bieter "ausgedehnt" werden. Die Bieteranfrage vom 23.1.2008 hat sich auf alle in den Spiegelstrichen 1 bis 3 des Punktes 7.1.10. der Verdingungsunterlage normierten Anforderungen bezogen vergleiche auch die diesbezüglichen Angaben des D\*\*\* in der mündlichen Verhandlung). Die Antworten vom 24.1.2008 konkretisieren und präzisieren die Bestimmungen des Punktes 7.1.10. der Verdingungsunterlage und sind auch nach außen in Erscheinung getreten. Nach Ansicht der Antragstellerin stellt die Beantwortung zur 1. Frage sogar eine "Erweiterung" des Ausschreibungstextes dar. So würden nach Ansicht der Antragstellerin durch die Antwort zu Frage 1. die in den Spiegelstrichen 1 bis 3 aufgestellten Anforderungen auch auf den "Gesamtkonzern" und nicht nur auf den tatsächlichen Bieter "ausgedehnt" werden.

Zu Antwort 1 vom 24.1.2008:

Aus der Antwort auf die 1. Frage des Bieters vom 24.1.2008 ergibt sich, dass "die Gesamtstruktur des gesamten Unternehmens abgebildet werden soll, um den geforderten relativen Frauenanteil an den Führungskräften ermitteln zu können".

Aus dieser Antwort ergibt sich, dass das Kriterium des ersten Spiegelstriches (Anm.: ein mindestens 51%-iger Frauenanteil an den Führungskräften) jedenfalls beim jeweiligen Bieter gefordert ist. Falls also der konkrete Bieter ein "Konzern" sein sollte, soll die gesamte Führungskräftestruktur der gesamten "Konzernstruktur" maßgeblich sein. Wenn es sich beim konkreten Bieter aber etwa um die Tochtergesellschaft eines "Konzerns" handeln sollte, muss auch (nur) diese bietende Tochter den geforderten Frauenanteil an den Führungskräften aufweisen, nicht jedoch der "Gesamtkonzern" (siehe hierzu die nachvollziehbaren und unwidersprochen gebliebenen Angaben des C\*\*\* in der mündlichen Verhandlung, VHS Seite 4). Eine "Erweiterung" der Anforderungen des Spiegelstriches 1 liegt – entgegen der Annahme der Antragstellerin – gegenständlich daher nicht vor. Eine, wie von der Antragstellerin vermutete "Erweiterung" der Anforderungen des 1. Spiegelstriches, ist der Antwort zu Frage 1 nicht zu entnehmen. Da es sich bei der fragestellenden, an der Legung eines Angebotes interessierten, Antragstellerin um einen "Konzern" handelt (Kommanditisten, Tochtergesellschaften) konnte die Antwort des Auftraggebers naturgemäß nur dahin gehend lauten, dass die Gesamtstruktur des gesamten Unternehmens abzubilden sei. Aus der Antwort (arg. "des Unternehmens") ist jedoch e contrario abzuleiten, dass – falls Bieter etwa eine Tochtergesellschaft eines "Konzerns" wäre, eben nur diese (Tochter) die Kriterien des ersten Spiegelstriches zu erfüllen hätte. Aus dieser Antwort ergibt sich, dass das Kriterium des ersten Spiegelstriches Anmerkung, ein mindestens 51%-iger Frauenanteil an den Führungskräften) jedenfalls beim jeweiligen Bieter gefordert ist. Falls also der konkrete Bieter ein "Konzern" sein sollte, soll die gesamte Führungskräftestruktur der gesamten "Konzernstruktur" maßgeblich sein. Wenn es sich beim konkreten Bieter aber etwa um die Tochtergesellschaft eines "Konzerns" handeln sollte, muss auch (nur) diese bietende Tochter den geforderten Frauenanteil an den Führungskräften aufweisen, nicht jedoch der "Gesamtkonzern" (siehe hierzu die nachvollziehbaren und unwidersprochen gebliebenen Angaben des C\*\*\* in der mündlichen Verhandlung, VHS Seite 4). Eine "Erweiterung" der Anforderungen des Spiegelstriches 1 liegt – entgegen der Annahme der Antragstellerin – gegenständlich daher nicht vor. Eine, wie von der Antragstellerin vermutete "Erweiterung" der Anforderungen des 1. Spiegelstriches, ist der Antwort zu Frage 1 nicht zu entnehmen. Da es sich bei der fragestellenden, an der Legung eines Angebotes interessierten, Antragstellerin um einen "Konzern" handelt (Kommanditisten, Tochtergesellschaften) konnte die Antwort des Auftraggebers naturgemäß nur dahin gehend lauten, dass die Gesamtstruktur des gesamten Unternehmens abzubilden sei. Aus der Antwort (arg. "des Unternehmens") ist jedoch e contrario abzuleiten, dass – falls Bieter etwa eine Tochtergesellschaft eines "Konzerns" wäre, eben nur diese (Tochter) die Kriterien des ersten Spiegelstriches zu erfüllen hätte.

Wenngleich auch der Inhalt der Anfragebeantwortung nicht über den Inhalt des ersten Spiegelstriches hinausgeht, so ist doch festzuhalten, dass die Antwort die Festlegungen des ersten Spiegelstriches doch bekräftigt. Es soll also nach Ansicht des Auftraggebers nur ein solcher Träger die frauenspezifische Kernkompetenz erfüllen und somit als Bieter in Betracht kommen, dessen Führungskräfte zu mindestens 51% aus Frauen besteht. Wie aber bereits in Spruchpunkt II des Bescheides dargestellt, ist diese Anforderung nicht auf den Leistungsinhalt des konkreten Auftrages abgestimmt (vgl. § 2 Z 20 lit c BVergG) und war sohin für nichtig zu erklären. Wenngleich auch der Inhalt der Anfragebeantwortung nicht über den Inhalt des ersten Spiegelstriches hinausgeht, so ist doch festzuhalten, dass die Antwort die Festlegungen des ersten Spiegelstriches doch bekräftigt. Es soll also nach Ansicht des Auftraggebers nur ein solcher Träger die frauenspezifische Kernkompetenz erfüllen und somit als Bieter in Betracht kommen, dessen Führungskräfte zu mindestens 51% aus Frauen besteht. Wie aber bereits in Spruchpunkt römisch zwei des Bescheides dargestellt, ist diese Anforderung nicht auf den Leistungsinhalt des konkreten Auftrages abgestimmt vergleiche Paragraph 2, Ziffer 20, Litera c, BVergG) und war sohin für nichtig zu erklären.

Da also die "Grundlage" für die erste Antwort in Folge der Nichtigerklärung (siehe Spruchpunkt II.) nicht mehr existent ist, kann auch die darauf fußende Antwort (Anm.: obzwar sie für sich allein genommen eine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellt) nicht für sich alleine bestehen bleiben und war ebenfalls für nichtig zu erklären. Da also die "Grundlage" für die erste Antwort in Folge der Nichtigerklärung (siehe Spruchpunkt römisch zwei.) nicht mehr existent ist, kann auch die darauf fußende Antwort Anmerkung, obzwar sie für sich allein genommen eine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellt) nicht für sich alleine bestehen bleiben und war ebenfalls für nichtig zu erklären.

Zu Antwort 2 vom 24.1.2008:

Die zweite Antwort des Auftraggebers enthält eine Klarstellung dahin gehend, dass der Anteil von weiblichen Trainern mindestens 51% zu betragen hat und nicht –wie von der Antragstellerin irrtümlich angenommen – 100% zu betragen habe. Ein darüber hinausgehender spezifischer Inhalt ist der Antwort 2 nicht zu entnehmen. Es werden lediglich "Allgemeinplätze" wiederholt, dass es sich bei Bildungsmaßnahmen um nicht prioritäre Dienstleistungen handelt, dass diese einem verdünnten Vergaberechtsregime unterliegen sowie dass die Kriterien der Vergaberichtlinie BM1 entspringen.

Da die Festlegung, dass mindestens 51% der Trainer weiblich sein müssen, von der Antragstellerin nicht bekämpft wurde und es sich beim ersten Teil der entsprechenden Antwort lediglich um eine diesbezügliche Klarstellung seitens des Auftraggebers handelt, und der weitere Antwortinhalt unspezifisch ist, war der Antrag auf Nichtigerklärung der 2. Antwort abzuweisen

Zu Antwort 3 vom 24.1.2008:

Da mit Spruchpunkt II des Bescheides die Festlegungen der Ausschreibung, die sich auf das Qualitätssicherungssystem beziehen, nicht für nichtig erklärt wurden, kann der sich darauf beziehende Teil der dritten Antwort bestehen bleiben. Dem Antrag auf Nichtigerklärung der dritten Frage war somit nur teilweise stattzugeben. Da mit Spruchpunkt römisch zwei des Bescheides die Festlegungen der Ausschreibung, die sich auf das Qualitätssicherungssystem beziehen, nicht für nichtig erklärt wurden, kann der sich darauf beziehende Teil der dritten Antwort bestehen bleiben. Dem Antrag auf Nichtigerklärung der dritten Frage war somit nur teilweise stattzugeben.

Zu Spruchpunkt IV.: Zu Spruchpunkt römisch vier.:

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

Gemäß § 319 Abs 2 BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn

1. 1.Ziffer eins  
dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. 2.Ziffer 2  
dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt. Dies spätestens drei Wochen ab dem Zeitpunkt, ab dem fest steht, dass ein Anspruch auf Gebührenersatz besteht. Die Antragstellerin hat Anträge auf Nichtigerklärung der Ausschreibung und einer sonstigen Festlegung des Auftraggebers während der Angebotsfrist (Anfragebeantwortung vom 24.1.2008) sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt. Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt. Dies spätestens drei Wochen ab dem Zeitpunkt, ab dem fest steht, dass ein Anspruch auf Gebührenersatz besteht. Die Antragstellerin hat Anträge auf Nichtigerklärung der Ausschreibung und einer sonstigen Festlegung des Auftraggebers während der Angebotsfrist (Anfragebeantwortung vom 24.1.2008) sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt.

Nach § 318 Abs 1 BVergG hat der Antragsteller für Anträge gemäß den §§ 320 Abs 1, 328 Abs 1 und 331 Abs 1 und 2 nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten. Gemäß Abs 4 leg.cit. sind für Anträge gemäß § 328 Abs 1 Gebühren in der Höhe von 50% der festgesetzten Gebühr zu entrichten. Nach Abs 5 leg.cit. hat ein Antragsteller, der zum selben Vergabeverfahren bereits einen Antrag gemäß § 320 Abs 1 [...] eingebracht hat für jeden weiteren Antrag gemäß § 320 Abs 1 [...] eine Gebühr in Höhe von 80% der festgesetzten Gebühr zu entrichten. Nach Paragraph 318, Absatz eins, BVergG hat der Antragsteller für Anträge gemäß den Paragraphen 320,

Absatz eins, 328, Absatz eins und 331 Absatz eins und 2 nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten. Gemäß Absatz 4, leg.cit. sind für Anträge gemäß Paragraph 328, Absatz eins, Gebühren in der Höhe von 50% der festgesetzten Gebühr zu entrichten. Nach Absatz 5, leg.cit. hat ein Antragsteller, der zum selben Vergabeverfahren bereits einen Antrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, [...] eingebracht hat für jeden weiteren Antrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, [...] eine Gebühr in Höhe von 80% der festgesetzten Gebühr zu entrichten.

Gegenständlich handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich, der in einem offenen Verfahren vergeben werden soll. Gemäß Verordnung der Bundesregierung betreffen die Gebühren für die Inanspruchnahme des Bundesvergabebeamtes, BGBl II Nr. 366/2007, ist für einen Antrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG vom Antragsteller bei Antragstellung eine Pauschalgebühr in Höhe von Euro 1.600,-- zu entrichten. Für den weiteren Antrag gemäß § 320 Abs 1 ist nach § 318 Abs 5 BVergG ist eine Gebühr in Höhe von 80% der festgesetzten Gebühr - gegenständlich somit 80% von Euro 1.600,--, das sind Euro 1.280,-- - zu entrichten. Für die Anträge auf Nichtigerklärung der Ausschreibung sowie auf Nichtigerklärung der Anfragebeantwortung waren vom Antragsteller sohin insgesamt Euro 2.880,-- an Gebühren zu entrichten. Diese Gebühren wurden vom Antragsteller auch entrichtet. Gegenständlich handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich, der in einem offenen Verfahren vergeben werden soll. Gemäß Verordnung der Bundesregierung betreffen die Gebühren für die Inanspruchnahme des Bundesvergabebeamtes, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 366 aus 2007,, ist für einen Antrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG vom Antragsteller bei Antragstellung eine Pauschalgebühr in Höhe von Euro 1.600,-- zu entrichten. Für den weiteren Antrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, ist nach Paragraph 318, Absatz 5, BVergG ist eine Gebühr in Höhe von 80% der festgesetzten Gebühr - gegenständlich somit 80% von Euro 1.600,--, das sind Euro 1.280,-- - zu entrichten. Für die Anträge auf Nichtigerklärung der Ausschreibung sowie auf Nichtigerklärung der Anfragebeantwortung waren vom Antragsteller sohin insgesamt Euro 2.880,-- an Gebühren zu entrichten. Diese Gebühren wurden vom Antragsteller auch entrichtet.

Für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist vom Antragsteller bei Antragstellung eine Gebühr in Höhe von 50% der festgesetzten Gebühr zu entrichten (siehe § 318 Abs 4 BVergG). Die festgesetzte Gebühr beträgt Euro 1.600,--, sodass der Antragsteller für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im konkreten Fall Euro 800,--, zu entrichten hatte und dies auch getan hat. Für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist vom Antragsteller bei Antragstellung eine Gebühr in Höhe von 50% der festgesetzten Gebühr zu entrichten (siehe Paragraph 318, Absatz 4, BVergG). Die festgesetzte Gebühr beträgt Euro 1.600,--, sodass der Antragsteller für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im konkreten Fall Euro 800,--, zu entrichten hatte und dies auch getan hat.

Insgesamt hat der Antragsteller für sämtliche Anträge eine Pauschalgebühr in Höhe von Euro 3.680,-- entrichtet. Das Bundesvergabeamt hat den Nichtigerklärungsanträgen (siehe Spruchpunkte I. und II.) sowie dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (siehe N/0014-BVA/09/2008-EV 12) stattgegeben. Insgesamt hat der Antragsteller für sämtliche Anträge eine Pauschalgebühr in Höhe von Euro 3.680,-- entrichtet. Das Bundesvergabeamt hat den Nichtigerklärungsanträgen (siehe Spruchpunkte römisch eins. und römisch zwei.) sowie dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (siehe N/0014-BVA/09/2008-EV 12) stattgegeben.

Der Antragsteller hat somit teilweise obsiegt, der Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und die beiden Nichtigerklärungsanträge besteht daher zu Recht.

#### **Dokumentnummer**

VERGT\_20080314\_N\_0014\_BVA\_09\_2008\_28\_00

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