

TE Verg Bescheid 2008/2/11 N/0006-BVA/04/2008-24

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 11.02.2008

Norm

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §325 Abs1 Z2

BVergG 2006 §345 Abs13 Z1

BVergG 2006 §345 Abs13 Z2

GewO 1994 §1 Abs1

GewO 1994 §1 Abs2

GewO 1994 §1 Abs3

GewO 1994 §1 Abs4

GewO 1994 §1 Abs6

GewO 1994 §8

GewO 1994 §9

GewO 1994 §39 Abs2

GewO 1994 §365

1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007

6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
 4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
 7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007
-
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
 4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
 7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007
-
1. GewO 1994 § 1 heute
 2. GewO 1994 § 1 gültig ab 13.07.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2018
 3. GewO 1994 § 1 gültig von 19.03.1994 bis 12.07.2018
-
1. GewO 1994 § 1 heute
 2. GewO 1994 § 1 gültig ab 13.07.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2018
 3. GewO 1994 § 1 gültig von 19.03.1994 bis 12.07.2018
-
1. GewO 1994 § 1 heute
 2. GewO 1994 § 1 gültig ab 13.07.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2018
 3. GewO 1994 § 1 gültig von 19.03.1994 bis 12.07.2018
-
1. GewO 1994 § 1 heute
 2. GewO 1994 § 1 gültig ab 13.07.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2018
 3. GewO 1994 § 1 gültig von 19.03.1994 bis 12.07.2018
-
1. GewO 1994 § 1 heute
 2. GewO 1994 § 1 gültig ab 13.07.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2018
 3. GewO 1994 § 1 gültig von 19.03.1994 bis 12.07.2018
-
1. GewO 1994 § 8 heute
 2. GewO 1994 § 8 gültig ab 01.08.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
 3. GewO 1994 § 8 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
 4. GewO 1994 § 8 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997
-
1. GewO 1994 § 9 heute
 2. GewO 1994 § 9 gültig ab 01.01.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 161/2006
 3. GewO 1994 § 9 gültig von 02.12.2006 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 161/2006
 4. GewO 1994 § 9 gültig von 01.08.2002 bis 01.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
 5. GewO 1994 § 9 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
 6. GewO 1994 § 9 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997
-
1. GewO 1994 § 39 heute
 2. GewO 1994 § 39 gültig ab 01.01.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2018
 3. GewO 1994 § 39 gültig von 14.09.2012 bis 31.12.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
 4. GewO 1994 § 39 gültig von 27.02.2008 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
 5. GewO 1994 § 39 gültig von 01.08.2002 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002

6. GewO 1994 § 39 gültig von 11.08.2000 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2000
 7. GewO 1994 § 39 gültig von 01.01.1998 bis 10.08.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
 8. GewO 1994 § 39 gültig von 01.07.1997 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
 9. GewO 1994 § 39 gültig von 01.07.1996 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997
 10. GewO 1994 § 39 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1996
-
1. GewO 1994 § 365 heute
 2. GewO 1994 § 365 gültig ab 01.10.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2018
 3. GewO 1994 § 365 gültig von 29.03.2016 bis 30.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
 4. GewO 1994 § 365 gültig von 14.01.2015 bis 28.03.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 18/2015
 5. GewO 1994 § 365 gültig von 01.07.1996 bis 13.01.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997
 6. GewO 1994 § 365 gültig von 01.02.1996 bis 30.06.1996
 7. GewO 1994 § 365 gültig von 19.03.1994 bis 31.01.1996

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, und Gen.Lt. Ing. Mag. Dr. Ernst Hladik als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007, (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Implementierung eines Unternehmensservice in Wien für Klein- und Mittelbetriebe" des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch das Bundessozialamt Landesstelle Wien, Babenbergerstraße 5, 1010 Wien, vertreten durch X***, über die Anträge der Bewerbungsgemeinschaft bestehend aus: 1. A*** und 2. B***, vertreten durch Y***, eingebracht am 2.1.2008, eingelangt am 3.1.2008, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, und Gen.Lt. Ing. Mag. Dr. Ernst Hladik als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Implementierung eines Unternehmensservice in Wien für Klein- und Mittelbetriebe" des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch das Bundessozialamt Landesstelle Wien, Babenbergerstraße 5, 1010 Wien, vertreten durch X***, über die Anträge der Bewerbungsgemeinschaft bestehend aus: 1. A*** und 2. B***, vertreten durch Y***, eingebracht am 2.1.2008, eingelangt am 3.1.2008, wie folgt entschieden:

Spruch

Die Anträge gerichtet auf

1. 1.Ziffer eins
Nichtigerklärung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme vom 18.12.2007 und
2. 2.Ziffer 2
"Zuspruch der Gebühren des Verfahrens" an den Antragsteller werden abgewiesen.

Begründung

Die Ausschreibungsbekanntmachung zum Vergabeverfahren "Implementierung eines Unternehmensservice in Wien für Klein- und Mittelbetriebe" wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht. Der als Dienstleistungsauftrag qualifizierte Auftragsgegenstand soll in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Als Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge wurde der 7.12.2007, 12.00 Uhr, fixiert. Als Beginn der Auftragsausführung wurden der 1.3.2008 und als Ende der 31.12.2010 genannt.

In den Teilnahmeantragsunterlagen wurde unter Pkt. 1.4 auf das Regierungsprogramm verwiesen, das Schwerpunkte für die Unterstützung von Unternehmen bei der Beschäftigung von Menschen mit Behinderung vorsehe. Zur Erfüllung dieser Aufgaben sei die Errichtung eines Unternehmensservice vorgesehen. Der Aufbau einer langfristigen Beziehung zu Unternehmen sollte insbesondere durch gezielte Beratung und das Angebot verschiedener Unterstützungsstrukturen erfolgen. Damit sollten Informationsdefizite beseitigt und Einstellungsbarrieren entgegen

gewirkt werden. Zu den Aufgaben des ausgeschriebenen Unternehmensservice zähle die Herstellung einer Kontaktstelle, die Durchführungen von Beratungen, die Hilfe beim Rekrutierung, das Anbieten durchgängiger Betreuung, Key-Account-Management, Vernetzung und Öffentlichkeitsarbeit.

Zum Verfahrensablauf wurde unter Pkt. 3.2 der Teilnahmeunterlagen zur ersten Stufe ausgeführt, dass im Eignungsverfahren die Angaben und Nachweise der Bewerber in ihren Teilnahmeanträgen auf Vorliegen von Ausschlussgründen und Eignungskriterien (zwingende Mindestanforderungen) geprüft würden. Bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes oder bei Nichterfüllung eines Eignungskriteriums könne ein Bewerber jedenfalls nicht zur Angebotsabgabe geladen werden.

Unter Pkt. 5 (Eignungskriterien) wurde Nachfolgendes ausgeführt:

".....

5.1 Befugnis

Teilnahmeberechtigt sind in den EU- bzw. EWR- Mitgliedstaaten ansässige natürliche und juristische Personen, die nachweislich gemäß den Rechtsvorschriften ihres Heimatstaates zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen befugt sind.

BEWERBERGEMEINSCHAFTEN UND SUBUNTERNEHMERINNEN

Bewerbergemeinschaften

sind zulässig, die Teilnahme eines Unternehmens an mehreren Bewerbergemeinschaften gleichzeitig oder die Abgabe eines Teilnahmeantrages zusätzlich als EinzelanbieterIn ist nicht zulässig. Alle Teilnahmeanträge werden in diesem Falle ausgeschlossen.

Es ist anzugeben, welche Leistungen in welchem Umfang durch welche Organisation in der Bewerbergemeinschaft erbracht werden sollen.

Sie müssen einen Verhandlungsbevollmächtigten nennen und erklären, im Falle einer Beauftragung die Leistungen in Form einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE) durchzuführen.

Die beabsichtigte Bildung einer Bewerbergemeinschaft ist bei sonstiger Mangelhaftigkeit des Angebots dem Auftraggeber spätestens vor Ablauf der halben Frist des Teilnahmeantrages der ausschreibenden Stelle mitzuteilen. Jedes Mitglied einer Bewerbergemeinschaft hat die Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil nachzuweisen. Der Auftraggeber behält sich das Recht vor, die Bildung einer Bewerbergemeinschaft zu untersagen, wenn hierdurch der Wettbewerb beeinträchtigt würde.

.....

ÖSTERREICHISCHE UND AUSLÄNDISCHE BEWERBERINNEN

Österreichische BewerberInnen müssen zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe über alle für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen notwendigen gesetzlichen Befugnisse verfügen. Gleiches gilt für "erforderliche SubunternehmerInnen", an die die BewerberInnen Leistungen zu vergeben beabsichtigten. Die BewerberInnen haben die aufrechte Befugnis durch Vorlage eines entsprechenden Nachweises grundsätzlich bereits im Teilnahmeantrag nachzuweisen. Dies gilt gegebenenfalls auch für SubunternehmerInnen.

Folgende Befugnisse sind jedenfalls nachzuweisen:

Gewerberechtliche Befugnis als Unternehmensberatung. Die BewerberInnen müssen spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe über alle für die Erbringung des gegenständlichen Projekts notwendigen gesetzlichen Befugnisse verfügen (bei ausländischen EU- BewerberInnen bzw. EWR-BewerberInnen gemäß Anhang VII BVergG). Gewerberechtliche Befugnis als Unternehmensberatung. Die BewerberInnen müssen spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe über alle für die Erbringung des gegenständlichen Projekts notwendigen gesetzlichen Befugnisse verfügen (bei ausländischen EU- BewerberInnen bzw. EWR-BewerberInnen gemäß Anhang VII BVergG).

....."

In Pkt. 5.6 (Technische Leistungsfähigkeit) der Teilnahmeantragsunterlagen wurde festgelegt, dass das Vorliegen der

technischen Leistungsfähigkeit anhand des Nachweises der Bewerber über in der Vergangenheit erbrachte Leistungen in Form von Referenzen geprüft werde. Dazu wurden Anforderungen an die namhaft zu machenden Referenzen festgelegt. Außerdem wurden Anforderungen an den Personaleinsatz vorgegeben. Es waren von den Bewerbern für die Leistungserbringung Mitarbeiter namentlich zu nennen und deren Qualifikation in den dafür vorgesehenen Beilagen anzugeben. Unter Pkt. 5.7. (Mindestqualifikation der MitarbeiterInnen) waren die Mindestanforderungen für genannte Mitarbeiter vorgegeben. Diese hatten mindestens über eine dreijährige Branchenerfahrung in der Unternehmensberatung zu verfügen. Von den sechs zu nennenden Personen hatte darüber hinaus ein erfahrener Projektleiter zusätzlich drei Jahre Erfahrung im Projektmanagement aufzuweisen.

Unter Pkt. 8.1 (Anlagen-Teilnahmeschreiben) der Teilnahmeantragsunterlagen war unter der Rubrik "Beigeschlossene Unterlagen" Nachfolgendes angeführt:

"Nachweis der Befugnis - auch von jedem Mitglied einer allfälligen Bewerbergemeinschaft, Auszug des Gewerberegisters (max. 3 Monate) und des Gewerbescheines (Unternehmensberatung)."

Unter Pkt. 8.6 (Erklärungen Bewerbergemeinschaft) der Ausschreibungsunterlagen war unter anderem Folgendes ausgeführt:

".....

Wir erklären als Mitglieder der Bewerbergemeinschaft
rechtsverbindlich, dass
als bevollmächtigter VertreterIn (Federführer) alle oben
angeführten Mitglieder der Bewerbergemeinschaft gegenüber dem
Auftraggeber, im gegenständlichen Vergabeverfahren und in
sämtlichen Belangen der Vertragsabwicklung, rechtsverbindlich
ohne jede Einschränkung vertritt. Sämtliche Zustellungen an den
bevollmächtigten VertreterIn sind unter der (rechtskräftig
zustellfähigen)

Adresse

per Fax

E-Mail

vorzunehmen....."

Als Auswahlkriterien der als geeignet ermittelten Bewerber, die in der Folge zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren eingeladen würden, wurden 1. die mit 40% gewichteten Referenzen, 2. die mit 40% gewichtete Qualifikation der MitarbeiterInnen und 3. die mit 20% gewichtete Erfahrung der Projektleitung genannt. Die die höchsten Werte erzielenden drei Bewerber sollten in der Folge zur Angebotslegung eingeladen werden.

Von verschiedenen Interessenten wurden in der Folge Anfragen an den Auftraggeber zu den Teilnahmeantragsunterlagen gestellt. Unter anderem wandte sich Herr K*** vom A*** am 9.11.2007 per email an den Auftraggeber mit folgender Frage:

"....

trotz unseres Telefongesprächs vom 7.11. bleiben für mich/uns noch Fragen hinsichtlich der Eignungskriterien für die Teilnahme an den Ausschreibungen zur Implementierung eines Unternehmensservices für Großbetriebe sowie für Klein- und Mittelbetriebe in Wien offen.

Teilnahmeanträge jew. S. 13, Punkt 5.6:

Die verwendete Formulierung lautet:

"Der [die] BewerberInnen haben für die Leistungsbringung MitarbeiterInnen namentlich zu nennen und dessen [deren] Qualifikation in den dafür vorgesehenen Beilagen anzugeben."

Nach meinem Verständnis bedeutet dies, dass bereits im Teilnahmeantrag MitarbeiterInnen [1 Projektleitung + 5 MitarbeiterInnen] genannt werden müssen, die die Leistung [Unternehmensservice] zu erbringen in der Lage wären. Wenn dem tatsächlich so ist, dann wird zumindest mit dem für das Unternehmensservice für Großbetriebe in Wien vorgesehenen Maximalbudget [Eur 710.000 für 34 Monate] bei dieser Anzahl von MitarbeiterInnen [6!] nicht das Auslangen zu finden sein. Wenn ich die Ausführung unter 5.6 nicht richtig interpretiert habe, ersuche ich um Aufklärung bzw. eine Interpretationshilfe.

Teilnahmeanträge jew. S 14, Punkt 5.7:

Unter 5.7 wird weiter ausgeführt:

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

5 MitarbeiterInnen und eine erfahrene Projektleitung mit im Projektmanagement.

Die Berufserfahrung der MitarbeiterInnen ist in der Anlage Punkt 5 anzugeben"

Auch hier wird nochmals auf diese 6 zu nennenden MitarbeiterInnen hingewiesen.

Bedeutet "Branchenerfahrung in der Unternehmensberatung" auch, dass diese Person eine Gewerbeberechtigung für das Gewerbe des/r Unternehmensberaters/in besitzen müssen bzw die entsprechenden Voraussetzungen zu erfüllen haben, einen solchen bei Bedarf beantragen zu können?

Vielen Dank für Deine rasche Antwort,

....."

Diese Anfrage beantwortete der Auftraggeber am 12.11.2007 wie

folgt:

".....

Diese Passage ist zugegebener Maßen etwas missverständlich, aber

es geht hier nur um die allgemeine Leistungsfähigkeit des

Unternehmers - und auch das müssen wird überprüfen können,

deshalb so ausführlich. Die zum konkreten Einsatz kommenden

Personen müssen erst in der zweiten Ausschreibungsphase bekannt gegeben werden.

Liebe Grüße

....."

Darauf hin stellte K*** am 12.11.2007 eine weitere Anfrage an

den Auftraggeber:

".....

Wir können also, wenn ich die entsprechende Passage jetzt richtig verstehe, die Mitglieder unseres sehr aktiven A***-Vorstandes anführen [auch wenn diese nicht bei A*** angestellt sind] und auch die Gewerbeberechtigung eines der Vorstandsmitglieder für den Teilnahmeantrag geltend machen. Bitte nochmals um eine kurze Bestätigung - Du kannst Dir vermutlich vorstellen, dass wir nicht riskieren wollen, aufgrund eines Formalfehlers nicht zur Ausschreibung zugelassen zu werden.

Vielen Dank und lieben Gruß,

....."

Diese Anfrage beantwortete der Auftraggeber am 12.11.2007 wie

folgt:

".....

Als MitarbeiterInnen würde ich nicht nur Angestellte, sondern auch Vorstandsmitglieder ansehen, aber nur wenn sie auch mitarbeiten - und das muss nachgewiesen werden (können). Liebe Grüße....."

Weitere Anfragen stellte Herr K*** am 16.11.2007. Diese bezogen sich auf den Zeitpunkt der Abgabe der Patronatserklärungen und Gewerbeberechtigung bzw auf Dokumente gemäß 4.1. [Nachweis für das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen] und auf den letztgültigen Kontoauszug der Sozialversicherung und die letztgültige Lastschriftanzeige der zuständigen Finanzbehörde. Auf die am 21.11.2007 gestellte Frage von Herrn K***, ob die künftigen Projektmitarbeiter mit ihren entsprechenden Lebensläufen anzugeben seien, antwortete der Auftraggeber wie folgt:

".....

Nach nochmaliger Recherche, folgendes Ergebnis:

Wie im Teilnahmeantrag ausgeführt- "Als MitarbeiterInnen gelten vollversicherte Personen mit einer bisherigen durchgehenden Gesamtvertragslaufzeit von zumindest 6 Monaten". Deshalb können Vorstandsmitglieder nur anerkannt werden, wenn sie vollversichert sind. Auch WerksvertragsnehmerInnen sind keine MitarbeiterInnen im Sinn von Punkt 5.4. Um die hinkünftigen MitarbeiterInnen geht es noch nicht.

Liebe Grüße..."

Die weiteren Anfragen von K*** vom 29.11.2007 bezogen sich auf Referenzprojekte und Subunternehmer. Diese wurden vom Auftraggeber am 30.11.2007 beantwortet. Mit e-mail-Mitteilung vom 1.12.2007 machte K*** den Auftraggeber darauf aufmerksam, dass ein Teil der Frage vom 29.11.2007 nicht beantwortet worden sei.

Außerdem übermittelte der Auftraggeber gesammelt Anfragen und Antworten zu den Teilnahmeantragsunterlagen an Personen, die Anfragen zu den Teilnahmeantragsunterlagen gestellt hatten. Zu diesen zählte auch K***. Aus diesen gesammelten Anfragen und Auftraggeberantworten ergibt sich unter anderem, dass der Auftraggeber die Anfrage, ob auch gemeinnützige Organisationen eine Gewerbeberechtigung oder andere Befugnisse haben müssten bzw ob sich solche Organisationen an der vorliegenden Ausschreibung beteiligen dürften, damit beantwortete, dass sich jede Organisation beteiligen dürfe und auch gemeinnützige Organisationen die Gewerbeberechtigung nachweisen müssten. Die Antwort des Auftraggebers auf die Anfrage, ob es im Fall einer Bewerbungsgemeinschaft mit einer Unternehmensberatung erforderlich sei, dass beide Bewerber über einen Gewerbeschein verfügen müssten oder es ausreichend sei, wenn ein Unternehmer einen Gewerbeschein habe, lautete dahingehend, dass die gewerberechtliche Befugnis zur Durchführung von Unternehmensberatung für all jene Mitglieder einer Bietergemeinschaft erforderlich sei, welche mit diesen Leistungsteilen betraut seien. Auch die Anfrage, ob sämtliche Mitglieder der Bietergemeinschaft sowie weiters sämtliche Subunternehmer zumindest über die gewerberechtliche Befugnis "Unternehmensberatung" verfügen müssten, wurde vom Auftraggeber damit beantwortet, dass die Befugnisse für jenen Teil der Leistung vorliegen müssten, für die die BewerberInnen tätig seien. Bei weiteren auf das Thema "Befugnis bei Bewerbungsgemeinschaften" gerichteten Anfragen lautete die Antwort des Auftraggebers ebenfalls dahingehend, dass die entsprechende Befugnis für den zuzuordnenden Leistungsteil vorliegen müsse.

Bis zum 7.12.2007 legte neben weiteren Bewerbern unter anderem die Bewerbungsgemeinschaft bestehend aus: 1. A*** und 2. B*** (in der Folge Antragsteller) einen Teilnahmeantrag. Als zustellungsbevollmächtigter Vertreter des Antragstellers wurde das A*** mit dem Ansprechpartner Herr K***, per Adresse A***, genannt.

Im Teilnahmeantrag stellt sich das erste Mitglied der antragstellenden Bewerbungsgemeinschaft als gemeinnütziger Verein, der sich aus Experten unterschiedlicher Professionen zusammensetze, dar. Ziel des interdisziplinären Expertenpools sei es, den aktuellen Herausforderungen der heutigen Arbeitswelt mit ethischen Prinzipien zu begegnen sowie die Wirtschaft und interessierte Organisationen bei der erfolgreichen Umsetzung einer humanen Unternehmensführung zu begleiten. Zu den Tätigkeitsschwerpunkten würden beispielsweise die Beratung österreichischer Großbetriebe zum Thema Menschen mit Behinderung oder die strategische Beratung von Unternehmen in Fragen ihrer gesellschaftlichen Verantwortung zählen.

Das zweite Mitglied der antragstellenden Bewerbungsgemeinschaft präsentierte sich als Vorreiter und Nummer 1 in Osteuropa, der mit über 30 Büros in 19 Ländern vertreten sei. Unternehmensziel sei es, umfassende Beratung durch ExpertInnen in allen Personal- und Managementfragen zu bieten.

Der Gesamtumsatz im Jahr 2004 wird mit Euro 922.515,--, im Jahr 2005 mit Euro 1.534.173,-- und im Jahr 2006 mit Euro 1.753.288,-

- beziffert. Der Mitarbeiterstand beträgt im Jahr 2004 10, im Jahr 2005 13 und im Jahr 2006 16 Mitarbeiter.

Als spezifisches Referenzprojekt wird vom ersten Mitglied der antragstellenden Bewerbergemeinschaft die sechsjährige Beratungstätigkeit im Auftrag des Bundessozialamtes Landesstelle Wien für Großbetriebe zur Integration von Menschen mit Behinderung genannt. Als allgemeines Referenzprojekt wurde im Teilnahmeantrag des Antragstellers vom erstgenannten Mitglied der antragstellenden Bewerbergemeinschaft die Vernetzung und Beratung österreichischer Krankenanstalten und deren Träger zum Thema Menschen mit Behinderung für den Auftraggeber Bundessozialamt Landesstelle Niederösterreich genannt.

Der Leistungsanteil des ersten Mitgliedes der antragstellenden Bewerbergemeinschaft wurde im Teilnahmeantrag mit 55%, der des zweiten Mitgliedes der antragstellenden Bewerbergemeinschaft mit 20% und der Leistungsanteil der Subunternehmer mit 25% festgelegt. Im Teilnahmeantrag bestätigt der Antragsteller zu den Punkt 8.1. beigeschlossenen Unterlagen, dass die Nachweise der Befugnis - auch für jedes Mitglied der Bewerbergemeinschaft - mit dem Auszug aus dem Gewerbeverzeichnis und der Gewerbebeschein (Unternehmensberatung) dem Teilnahmeantrag beiliegen würden. Dem Teilnahmeantrag des Antragstellers lag ein Auszug aus dem Gewerbeverzeichnis bei. Darin schien als Gewerbeinhaber das zweite Mitglied der antragstellenden Bewerbergemeinschaft, die B***, mit der Gewerbeberechtigung für Unternehmensberatung einschließlich der Unternehmensorganisation eingeschränkt auf die Personalberatung auf. Als gewerberechtlicher Geschäftsführer wurde L*** genannt. Für das erste Mitglied der Bewerbergemeinschaft, dem Verein A***, lag dem Teilnahmeantrag weder ein Gewerbeverzeichnisauszug noch ein Gewerbebeschein bei.

Nach Prüfung der Teilnahmeanträge wurde mit Schreiben vom 18.12.2007 der A*** z.H. K*** eingeschrieben mitgeteilt, dass keine Einladung zur Angebotslegung erfolgen könne, da A*** über keine gewerberechtliche Befugnis zur Unternehmensberatung verfüge.

Mit Schriftsatz vom 2.1.2008, eingelangt am 3.1.2008, stellte der Antragsteller einen Nachprüfungsantrag mit den im Spruch ersichtlichen Begehren sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, dem mit Bescheid vom 10.1.2008, N/0006- BVA/04/2008-EV8 teilweise stattgegeben wurde.

Begründend wurde in diesem Nachprüfungsantrag sowie in einem weiteren Schriftsatz vom 14.1.2008 im wesentlichen vorgebracht, dass sich der Antragsteller am zweistufigen Verfahren mit vorheriger europaweiter Bekanntmachung als Bewerbergemeinschaft beteiligt und einen Teilnahmeantrag zum Vergabeverfahren fristgerecht eingebracht habe.

Das erste Mitglied der Bewerbergemeinschaft habe die ausgeschriebene Leistung bereits seit 2002 jährlich mittels Fördervertrages erbracht. Daraus ergebe sich auch das Interesse am Vertragsabschluss. Aufgrund seiner langjährigen Tätigkeit in dem nunmehr dem Vergabeverfahren unterliegenden Bereich bestehe die Gefahr, dass der wirtschaftliche Bestand des Antragstellers A*** durch die unsachliche Nichtzulassung zur Teilnahme nicht mehr gewährleistet werden könne.

Würde der Antragsteller nicht den Zuschlag erhalten, hätte dies für A*** zur Folge, dass die Tätigkeit infolge fehlender wirtschaftlicher Mittel einzustellen und sämtliche Dienstverhältnisse aufzulösen wären. Die bisherige erfolgreiche Tätigkeit lasse jedoch auf gute Möglichkeiten zur Erlangung des Zuschlages schließen. Durch die unsachliche Weigerung der Einladung zur Angebotslegung seien die Aufwendungen frustriert. Der Antragsteller - insbesondere A*** - sei durch die angefochtene Entscheidung in seinem Recht auf Gleichbehandlung bzw. Gleichheit verletzt.

Die vom Auftraggeber herangezogenen Bestimmungen der Pkt. 5.1 bzw 8.1 der Bestimmungen für den Teilnahmeantrag seien einerseits unklar und andererseits rechtlich diskriminierend und würden dem Gleichheitsgrundsatz widersprechen. Eine Interpretation der Ausschreibungsbestimmungen dahingehend, dass entgegen den gesetzlichen Bestimmungen auch ein gemeinnütziger Verein eine Gewerbeberechtigung nachweisen müsse, sei unsachlich und diskriminierend. Aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe sich nämlich auch, dass zur Erfüllung sämtlicher Ausschreibungskriterien das Bilden von Bewerbergemeinschaften zugelassen sei.

Gemäß Pkt. 5.1 der Teilnahmeunterlagen würden sogar natürliche und juristische Personen, die nachweislich zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung befugt seien, zur Teilnahme aufgefordert. Selbstverständlich seien auch

gemeinnützige Vereine, die durch ihre Tätigkeit nicht gegen die Gemeinnützigkeitsbestimmungen verstoßen würden, zur Erbringung der ausgeschriebenen Dienstleistung befugt. Für einen solchen Verein sei keine Gewerbeberechtigung erforderlich. Würde Pkt. 8.1 der Teilnahmeunterlagen dahingehend interpretiert werden, dass ein gemeinnütziger Verein einen Auszug aus dem Gewerberegister und einen Gewerbeschein vorzulegen hätte, würde ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen, zumal dadurch in undifferenzierter Weise eine Vielzahl von Marktteilnehmern von der Bewerbung ausgeschlossen wären. Ein gemeinnütziger Verein, der zur Ausübung der geforderten Tätigkeit befugt sei, könne keine solche gewerberechtliche Befugnis vorlegen, da eine solche nach dem Gesetz nicht benötigt werde.

Der Nachweis einer gewerberechtlichen Befugnis könne daher nicht verlangt werden. Vielmehr liege eine Ausnahme von dieser Ausschreibungsvoraussetzung vor. Dies umso mehr, als das zweite Mitglied der Bewerbungsgemeinschaft ohnehin über eine entsprechende gewerberechtliche Befugnis verfüge.

Auch wenn sich aus den Ausschreibungsunterlagen bzw. dem Teilnahmeantrag ergebe, dass die Zustellung der gesondert anfechtbaren Entscheidung an das erste Mitglied der Bewerbungsgemeinschaft erfolgen könne, ändere dies nichts daran, dass eine solche gesondert anfechtbare Entscheidung an die betreffende Bewerbungsgemeinschaft zu richten sei. Die Zustellbefugnis substituiere nicht das grundsätzliche Erfordernis der formal richtigen Bezeichnung der Bewerbungsgemeinschaft im Hinblick auf das Bestimmtheitsanfordernis. Die mit 18.12.2007 datierte angefochtene Auftraggeberentscheidung sei am 21.12.2007 zugegangen. Es hätte daher erst ab diesem Zeitpunkt die Anfechtungsfrist zu laufen begonnen.

Der Ausschluss einer bestimmten Gruppe von Bewerbern aufgrund ihrer rechtlichen Stellung lasse auf sachlich nicht gerechtfertigte Ausschreibungskriterien schließen. Die Möglichkeit der Gründung von Bietergemeinschaften impliziere auch die Möglichkeit, dass durch die Bietergemeinschaft sämtliche Kriterien, die für die Teilnahme am Vergabeverfahren vorgeschrieben würden, gemeinschaftlich und nicht von jedem Mitglied der Bewerbungsgemeinschaft für sich gesondert erbracht werden müsste.

Dem Nachprüfungsantrag des Antragstellers lag auch eine Stellungnahme der WKÖ Wien vom 20.12.2007 bei, die sich mit dem Thema "gewerberechtlichen Beurteilung" des Vereins A*** auseinandersetzte. Darin wurde die Schlussfolgerung gezogen, für den Fall dass der Verein die ausgeschriebene Leistung zu den Selbstkosten oder unter den Selbstkosten erbringen sollte, der Nachweis einer Gewerbeberechtigung (Unternehmensberatung) zur Ausführung des Auftrages nicht erforderlich sei.

Mit Schriftsatz vom 4.1.2008 bezifferte der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert mit Euro 1.108.333,33 (ohne Ust.). Der in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung europaweit ausgeschriebene Dienstleistungsauftrag der Dienstleistungskategorie 11 sei daher dem Oberschwellenbereich zuzuordnen.

Derzeit befinde sich das Verfahren im Stadium der Angebotslegung, wofür eine Frist bis zum 14.1.2008 vorgesehen sei. Die Zuschlagsentscheidung sei bis 20.2.2008 geplant. Der Umsetzungsbeginn sei mit 1.3.2008 vorgesehen. Gemäß Pkt. 5.1. des Teilnahmeantrages seien natürliche und juristische Personen, die nachweislich zur Erbringung der ausgeschriebenen Dienstleistung befugt seien, zur Teilnahme mittels Bekanntmachung aufgefordert worden. Für den Befugnisnachweis seien gemäß Pkt. 8.1 des Teilnahmeantrages ein aktueller Auszug aus dem Gewerberegister und der Gewerbeschein vorzulegen. Bei einer Bewerbungsgemeinschaft habe jedes Mitglied die Befugnis für die ihm zuzuordnenden Leistungsteile nachzuweisen.

Das 55% der Beratungsleistung erbringende erste Mitglied der Bewerbungsgemeinschaft verfüge allerdings nicht über die entsprechende gewerberechtliche Befugnis, sodass mit 18.12.2007 eine Mitteilung dahingehend erfolgt sei, dass eine Zulassung zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens nicht erfolgen könne. Die Eignung sei Grundlage für das Auswahlkriterium zur Zulassung im zweistufigen Verhandlungsverfahren. Allein zur Durchführung von Unternehmensberatung befugte Organisationen seien zur Angebotslegung eingeladen worden.

Aus den nach Aufforderung des Bundesvergabebeamten vorgelegten Statuten des Vereins des ersten Mitgliedes der antragstellenden Bewerbungsgemeinschaft geht hervor, dass dessen Tätigkeit nicht auf Gewinn gerichtet sei, sondern bezweckt werde, humanistisches Gedankengut in der Arbeitswelt zu unterstützen. Dem ausgeprägten materiellen Profitdenken sollte mit der Bereicherung um die soziale Wertschöpfung begegnet werden. Angestrebt werde in der Wirtschaftswelt das Bewusstsein für Humanressourcen zu fördern. Dies sollte unabhängig von politischen und religiösen Ideologien geschehen. Dieser Vereinszweck sollte durch ideelle und materielle Mittel erreicht werden, wobei zu den ideellen Mitteln Seminare, Arbeitsgruppen, Vorträge, Versammlungen, Diskussionsabende, Forschung, Studien,

Indizes, Kommentare, Kooperationen mit universitären Einrichtungen, Errichtung einer Datenbank, Bibliothek und internationale Kontakte zählen würden. Als erforderliche materielle Mittel werden in den Statuten die Beitrittsgebühren und Mitgliedsbeiträge, Zertifizierungen, Auditveranstaltungen, vereinseigene Unternehmungen, öffentliche Förderungen, Spendensammlungen, Vermächtnisse und sonstige Zuwendungen genannt.

Unter der Internetadresse "A***" präsentiert sich das erste Mitglied der antragstellenden Bewerbergemeinschaft als interdisziplinäres Netzwerk, das als praxisorientierter Think Tank aktuelle Herausforderungen der Arbeitswelt aufgreife und Lösungsvorschläge erarbeite. Die Leistungen werden wie folgt beschrieben:

"A*** erkennt den Faktor Mensch im Unternehmen nicht nur als Kostenfaktor, sondern als das eigentliche Potenzial der Wertschöpfung. Jede/r MitarbeiterIn ist wesentlicher Bestandteil der gesamten Organisation, ohne den/die Qualitätsstandards, Innovationskraft, Wettbewerbsfähigkeit etc. nicht zu erlangen sind.

Ihr Nutzen

- -Strichaufzählung
höhere KundInnenzufriedenheit und KundInnenloyalität
- -Strichaufzählung
Kontinuität im Unternehmen durch integrative Personalpolitik
- -Strichaufzählung
loyale und motivierte MitarbeiterInnen
- -Strichaufzählung
Instrumente für Qualitätsoffensive, Marketing, Öffentlichkeitsarbeit
- -Strichaufzählung
Verbesserte Kommunikation
- -Strichaufzählung
Verbesserte finanzielle Performance durch Stakeholder-Orientierung
- -Strichaufzählung
weniger Krankenstände und Fluktuation
- -Strichaufzählung
hohe MitarbeiterInnenzufriedenheit durch dauerhafte Arbeitsplätze
- -Strichaufzählung
Vermeidung von Opportunitätskosten
- -Strichaufzählung
Verbesserung der gesamten Corporate Identity

A*** Leistungen im Überblick

- [A***] Management:

Beratung, Umsetzung und Begleitung für Unternehmen und Organisationen im Bereich: Soziale Verantwortung, Mediation, betriebliche Sozialberatung, u.v.m

[A***]Unternehmerservice:

Unterstützung bei sozialpolitisch verantwortungsvoller Unternehmenspolitik für Menschen mit Behinderung oder chronischer Erkrankung

-[A***]Gesundheitswesen:

Lösungsansätze im Gesundheitssektor

- [A***] Seminare:

Nach Ihren individuellen Anforderungen und Bedürfnissen konzipiert und gestaltet das Institut für Humanistisches Management spezielle Aus- und Fortbildungsseminare für Sie."

Den Mitgliedern des genannten Vereines sollten nachfolgend genannte Angebote und Vorteile zukommen:

"A*** Info-Line

Telefonische Information und Beratung für Firmenmitglieder zu

den Themen:

- -Strichaufzählung

Integration & Inclusiveness

- -Strichaufzählung
Corporate Responsibility und nachhaltige Unternehmensführung
- -Strichaufzählung
Betriebliche Sozialberatung
- -Strichaufzählung
Gender & Diversity
- -Strichaufzählung
Betriebliche Gesundheitsvorsorge

A*** Club

Branchen- und themenspezifisches Diskussionsforum für

Firmenmitglieder

A*** Corporate Citizenship Praxisabende

Austausch für Firmenmitglieder und Partnerunternehmen nach dem Peer Counseling Prinzip

Präsentation von "Beispielen Guter Praxis"

auf A***, in Medienpublikationen sowie bei Veranstaltungen von

A*** Aktive Öffentlichkeitsarbeit

für Programme und Projekte von Firmenmitgliedern durch A***

Vergünstigte Stundensätze und Honorare

bei Beratungsleistungen und Projektabwicklungen"

In der mündlichen Verhandlung am 1.2.2008 führte der Antragsteller aus, dass die angefochtene Entscheidung als Nicht-Zulassung zur Teilnahme zu verstehen sei. Diese mit 18.12.2007 datierte Auftraggeberentscheidung sei ihm am 21.12.2007 zugegangen.

Der Auftraggeber brachte vor, dass im Fall der Auftragsvergabe an die Bewerbergemeinschaft vom Mitglied A*** 55% der ausgeschriebenen Leistung erbracht würde, die unter den Tätigkeitsbereich des Unternehmensberaters fallen würden. In einer an die Landesstelle Niederösterreich vom 9.11.2007 vorgenommenen Beantwortung einer Anfrage des Instituts sei darauf hingewiesen worden, dass auch bei Vereinen jedenfalls ein Gewerbeschein nachzuweisen sei. Im Teilnahmeantrag habe der Antragsteller explizit bestätigt, dass jedes Mitglied der Bewerbergemeinschaft über die Gewerbeberechtigungsbescheinigung verfüge. Es gehe aus dem Teilnahmeantrag nicht hervor, dass der Verein A*** keine Berechtigung zur Ausübung des Gewerbes benötige. Gemeinnützige Vereine seien auch nicht generell von der Gewerbeordnung ausgenommen. Dazu werde auf § 1 Abs 4 und 6 GewO 1994 verwiesen. Der regelmäßig gewerbsmäßig auftretende Verein A*** bestätige die Gewerbsmäßigkeit seiner Tätigkeit durch die Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren. Ein Gewerbeschein für Unternehmensberatung sei von diesem jedoch nicht vorgelegt worden. Es könne daher keine Einladung zur Angebotslegung erfolgen. Der Auftraggeber brachte vor, dass im Fall der Auftragsvergabe an die Bewerbergemeinschaft vom Mitglied A*** 55% der ausgeschriebenen Leistung erbracht würde, die unter den Tätigkeitsbereich des Unternehmensberaters fallen würden. In einer an die Landesstelle Niederösterreich vom 9.11.2007 vorgenommenen Beantwortung einer Anfrage des Instituts sei darauf hingewiesen worden, dass auch bei Vereinen jedenfalls ein Gewerbeschein nachzuweisen sei. Im Teilnahmeantrag habe der Antragsteller explizit bestätigt, dass jedes Mitglied der Bewerbergemeinschaft über die Gewerbeberechtigungsbescheinigung verfüge. Es gehe aus dem Teilnahmeantrag nicht hervor, dass der Verein A*** keine Berechtigung zur Ausübung des Gewerbes benötige. Gemeinnützige Vereine seien auch nicht generell von der Gewerbeordnung ausgenommen. Dazu werde auf Paragraph eins, Absatz 4 und 6 GewO 1994 verwiesen. Der regelmäßig gewerbsmäßig auftretende Verein A*** bestätige die Gewerbsmäßigkeit seiner Tätigkeit durch die Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren. Ein Gewerbeschein für Unternehmensberatung sei von diesem jedoch nicht vorgelegt worden. Es könne daher keine Einladung zur Angebotslegung erfolgen.

Dem hielt der Antragsteller entgegen, dass einer Anfrage zu einem anderen Vergabeverfahren im gegenständlichen Vergabeverfahren keine Bedeutung zukomme. Die zum anhängigen Verfahren am 12.11.2007 gestellte Anfrage des Antragstellers, ob auch die Gewerbeberechtigung für Unternehmensberatung eines Vorstandsmitgliedes "geltend gemacht" werden könne, sei vom Auftraggeber weder explizit bejaht noch verneint worden, sodass daraus keine Ablehnung hätte erkannt werden können. Die Gewerbeberechtigung des Vereinsobmannes, der im Verein tätig sei,

liege ohnehin vor. Sie gelte auch für den Verein. Der Ansicht des Auftraggebers, dass sich diese Anfrage auf Referenzen und Mitarbeiter bezogen habe, was auch aus der Antwort hervorgehe, hielt der Antragsteller entgegen, dass sich lediglich die erste Auftraggeberantwort konkret auf Mitarbeiter bezogen habe. Der zweite Teil der Anfrage sei jedoch nicht beantwortet worden.

Aus Sicht des Auftraggebers galt die Anfrage beantwortet, da keine ergänzende Frage erfolgt sei. Die auch an den Antragsteller ergehende allgemeine Fragebeantwortung, habe auch die Frage umfasst, ob auch gemeinnützige Organisationen über eine Gewerbeberechtigung oder andere Befugnisse verfügen müssten bzw ob sich gemeinnützige Organisationen am Vergabeverfahren beteiligen dürften. Die Antwort habe gelautete, dass sich jede Organisation beteiligen dürfe, wobei gemeinnützige Organisationen Gewerbeberechtigungen nachzuweisen hätten. Nach Ansicht des Antragstellers sei die Bewerbergemeinschaft zur Unternehmensberatung befugt. Zum einen sei der Obmann L*** beim A*** sehr aktiv und würde über die Berechtigung zur Unternehmensberatung verfügen. Zum anderen sei für das Mitglied B*** explizit der Gewerbeschein für Unternehmensberatung, vorgelegt worden. Deren Geschäftsführer, L***, verfüge über einen Gewerbeschein "Unternehmensberatung eingeschränkt auf Personalberatung". Darüber hinaus würde kein Gewerbeschein für Unternehmensberatung vorliegen. Der für den Verein genannte 55%ige Leistungsanteil beschränke sich hauptsächlich auf typische Unternehmensberatungstätigkeiten im Personalbereich. Hinzu würden noch Öffentlichkeitsarbeiten kommen.

Der Auftraggeber unterstrich, dass lediglich ein Gewerberegisterauszug der B*** vorgelegt worden sei. Von L*** persönlich liege kein Gewerbeschein vor. Es sei auch nicht erkennbar, dass L*** für den Verein oder für die Bewerbergemeinschaft tätig würde, sodass auch nicht der Gewerbeschein von L*** ausschlaggebend sei. Der ausgeschriebene Auftrag beziehe sich primär auf Unternehmensberater Tätigkeit. Nicht diesem Bereich zuzuordnende Tätigkeiten seien beispielsweise Öffentlichkeitsarbeit und Vernetzung. Der Antragsteller betonte, dass es sich beim Verein A*** um eine Non-Profit-Organisation handle. Sollte der Verein nicht den Auftrag erhalten, wäre er in seiner Existenz bedroht. Der Verein trete als Unternehmensberater zum einen aktiv an Unternehmer heran. Dies erfolge über die Homepage, Veranstaltungen und sonstige Projekte. Es würden sich aber auch bereits große Unternehmen an den Verein wenden. Schwerpunktthemen wären die Integration von Behinderten, Gender Mainstream und Bereiche des Gesundheitswesens, wobei der Faktor Mensch im Vordergrund stehe. Das für diese Tätigkeit verlangte Entgelt werde für die Bezahlung der Mitarbeiter, Bürokosten und sonstige Infrastruktur verwendet. Das Projekt "XXXX" sei mit Juni 2007 abgelaufen, sodass der Verein auf die Weiterführung des Unternehmensservice angewiesen sei. Es könnte auf Referenzprojekte bei M*** oder O*** zurückgegriffen werden. Den Vereinsmitgliedern würden vergünstigte Stundensätze und Honorare bei der vom Verein angebotenen Tätigkeit zukommen. Veranstaltungen würden Mitgliedern als Plattform dienen. Im Rahmen von Zertifizierungen würden Preise vergeben und bei Audits nach Untersuchungen Verbesserungsvorschläge gemacht. Für derartige Berater Tätigkeit würde Entgelt verlangt werden, wobei Vereinsmitgliedern vergünstigte Tarife zukommen würden.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Rechtslage:römisch eins. Rechtslage:

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

Gemäß § 345 Abs 13 Z 1 BVerG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetz BGBl I Nr 86/2007 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des gegenständlich vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, das im Jahr 2007 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVerG 2006 in der Stammfassung des BGBl I Nr 17/2006 als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Davon abgesehen sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt ab dem 1.1.2008 anhängig gemachte Nachprüfungsverfahren - das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde beim BVA nach dem 1.1.2008 anhängig gemacht - vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des

Bundesvergabegesetzes 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 86/2007, (BVergG) anzuwenden. Gemäß Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer eins, BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetz Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des gegenständlich vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, das im Jahr 2007 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVergG 2006 in der Stamfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 17 aus 2006, als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Davon abgesehen sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt ab dem 1.1.2008 anhängig gemachte Nachprüfungsverfahren - das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde beim BVA nach dem 1.1.2008 anhängig gemacht - vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007,, (BVergG) anzuwenden.

II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Qualifizierung des zu vergebenden Auftrages römisch zwei. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Qualifizierung des zu vergebenden Auftrages:

Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006.

Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG 2006 zu qualifizieren. Es handelt sich um die Vergabe einer prioritären Dienstleistung iSv Anhang III Kategorie 11 BVergG 2006. Mit einem geschätzten Auftragswert in der Höhe von Euro 1.108.333,33 (ohne Ust.) ist der einschlägige Schwellenwert überschritten und das Verfahren dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG 2006 zu qualifizieren. Es handelt sich um die Vergabe einer prioritären Dienstleistung iSv Anhang römisch drei Kategorie 11 BVergG 2006. Mit einem geschätzten Auftragswert in der Höhe von Euro 1.108.333,33 (ohne Ust.) ist der einschlägige Schwellenwert überschritten und das Verfahren dem Oberschwellenbereich zuzuordnen.

Im gegenständlichen Verfahren ist weder ein Zuschlag erteilt noch das Verfahren widerrufen worden. Der Antragsteller hat einen Teilnahmeantrag für das gegenständliche Vergabeverfahren gestellt. Der sich gegen die Nichtzulassung zur Teilnahme richtende Nachprüfungsantrag entspricht den formalen Voraussetzungen des § 322 Abs 1 BVergG und ist daher insoweit zulässig. Die Pauschalgebühren wurden ordnungsgemäß entrichtet. Im gegenständlichen Verfahren ist weder ein Zuschlag erteilt noch das Verfahren widerrufen worden. Der Antragsteller hat einen Teilnahmeantrag für das gegenständliche Vergabeverfahren gestellt. Der sich gegen die Nichtzulassung zur Teilnahme richtende Nachprüfungsantrag entspricht den formalen Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG und ist daher insoweit zulässig. Die Pauschalgebühren wurden ordnungsgemäß entrichtet.

III. Zu Spruchpunkt 1: römisch drei. Zu Spruchpunkt 1:

1. 1. Ziffer eins

Das Eignungskriterium Befugnis

1.1. Vorgaben in den Teilnahmeunterlagen

Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (vgl VwGH 29.3.2006, ZI 2004/04/0144, 0156, 0157, 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; 10.10.2007, F/0003- BVA/04/2007-21 u F/0004/04/2007-21, 28.7.2006, N/0048- BVA/15/2006-28 u.v.a.). Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und

sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (vergleiche VwGH 29.3.2006, ZI 2004/04/0144, 0156, 0157, 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; 10.10.2007, F/0003- BVA/04/2007-21 u F/0004/04/2007-21, 28.7.2006, N/0048- BVA/15/2006-28 u.v.a.).

Wie sich aus den Teilnahmeantragsunterlagen unter Pkt. 5.1 (Befugnis) ergibt, sind grundsätzlich in der EU bzw. in den EWR-Mitgliedstaaten ansässige natürliche und juristische Personen, die zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung befugt sind, teilnahmeberechtigt. Beteiligt sich eine Bewerbergemeinschaft an der gegenständlichen Ausschreibung, hat jedes Mitglied der Bewerbergemeinschaft die Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil nachzuweisen. Als jedenfalls nachzuweisende Befugnis wird die gewerberechtliche Befugnis als Unternehmensberater genannt. Die Befugnis muss spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen. In Pkt. 8.1 der Teilnahmeantragsunterlagen wird auf den Nachweis der Befugnis von jedem Mitglied einer allfälligen Bewerbergemeinschaft hingewiesen, wobei der Auszug des maximal drei Monate alten Gewereregisters und des Gewerbescheines für Unternehmensberatung aufgezählt werden.

In den genannten Bestimmungen des Punktes 5.1. der Teilnahmeantragsunterlagen wird einleitend die allgemeine Festlegung getroffen, wonach natürliche und juristische Personen, die zur Leistungserbringung befugt sind, teilnahmeberechtigt sind. Die Befugnis zur Leistungserbringung wird vom Auftraggeber in den anschließenden Bestimmungen in Punkt 5.1. der Teilnahmeantragsunterlagen in dem Sinn spezifiziert, dass jedenfalls die gewerberechtliche Befugnis der Unternehmensberatung vorgelegt werden muss. Für eine am Vergabeverfahren teilnehmende Bewerbergemeinschaft ist darüber hinaus notwendig, dass von jedem ihrer Mitglieder zumindest die gewerberechtliche Befugnis als Unternehmensberatung vorgelegt wird. Auf diese Anforderung wird auch noch durch den ausdrücklichen Hinweis in Pkt. 8.1. der Teilnahmeantragsunterlagen hingewiesen, in dem explizit für jedes Mitglied der Bewerbergemeinschaft als Befugnisnachweis ein Gewereregisterauszug und Gewerbeschein für Unternehmensberatung aufgezählt werden.

Wenn der Antragsteller diese Bestimmungen der Teilnahmeantragsunterlagen als unsachlich und diskriminierend erachtet, da dadurch gemeinnützige Vereine, die nicht über eine gewerberechtliche Befugnis für Unternehmensberatung verfügen, von der Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschlossen würden, so ist darauf zu verweisen, dass die gegenständlichen Teilnahmeantragsunterlagen nicht innerhalb der in § 321 Abs 2 BVergG vorgesehenen Frist (vgl. dazu VwGH 14.11.2007, 2006/04/0233; 11.10.2007, 2006/04/0112; ebenso BVA 23.6.2006, N/0036-BVA/02/2006-22; 19.10.2006, N/0072- BVA/08/2006-65) angefochten wurden. Der Inhalt der Teilnahmeantragsunterlagen ist daher bestandfest geworden (vgl. VwGH 1.3.2007, 2005/04/0239; 28.3.2007, 2005/04/0200; 27.6.2007, 2005/04/0234; ebenso BVA 18.1.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; 20.3.2007, N/0012-BVA/07/2007-63 u.a.). Auch die Bestimmungen der Rechtmittelrichtlinie stehen der Unanfechtbarkeit nicht entgegen (vgl. VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234). Wenn der Antragsteller diese Bestimmungen der Teilnahmeantragsunterlagen als unsachlich und diskriminierend erachtet, da dadurch gemeinnützige Vereine, die nicht über eine gewerberechtliche Befugnis für Unternehmensberatung verfügen, von der Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschlossen würden, so ist darauf zu verweisen, dass die gegenständlichen Teilnahmeantragsunterlagen nicht innerhalb der in Paragraph 321, Absatz 2, BVergG vorgesehenen Frist vergleiche dazu VwGH 14.11.2007, 2006/04/0233; 11.10.2007, 2006/04/0112; ebenso BVA 23.6.2006, N/0036-BVA/02/2006-22; 19.10.2006, N/0072-BVA/08/2006-65) angefochten wurden. Der Inhalt der Teilnahmeantragsunterlagen ist daher bestandfest geworden vergleiche VwGH 1.3.2007, 2005/04/0239; 28.3.2007, 2005/04/0200; 27.6.2007, 2005/04/0234; ebenso BVA 18.1.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; 20.3.2007, N/0012-BVA/07/2007-63 u.a.). Auch die Bestimmungen der Rechtmittelrichtlinie stehen der Unanfechtbarkeit nicht entgegen vergleiche VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234).

Trotz der vom Antragsteller erfolgten Bestätigung unter Punkt

8.1. im Teilnahmeantrag, dass von jedem Mitglied der Bewerbergemeinschaft ein Auszug des Gewereregisters und des Gewerbescheines (Unternehmensberatung) angeschlossen sei, hat der Antragsteller - als eine aus zwei Mitgliedern bestehende Bewerbergemeinschaft - dem Teilnahmeantrag für ein Mitglied der Bewerbergemeinschaft, nämlich der

B***, lediglich einen Nachweis für die gewerberechtliche Befugnis der Unternehmensberatung einschließlich der Unternehmensorganisation eingeschränkt auf die Personalberatung beigelegt. Für das weitere Mitglied - dem Verein A*** - lag dem Teilnahmeantrag überhaupt kein Nachweis für die gewerberechtliche Befugnis für Unternehmensberatung bei.

1.2. Anfragen an den Auftraggeber und deren Beantwortung

Die erste am 9.11.2007 gestellte Anfrage des als Ansprechperson des zustellbevollmächtigten Vertreters der Bewerbergemeinschaft genannten K*** betraf bestimmte zitierte Textpassagen der Teilnahmeantragsunterlagen. Diese Anfrage bezog sich zum einen auf Punkt 5.6 (technische Leistungsfähigkeit) und betraf die namentliche Nennung der Mitarbeiter für die Leistungserbringung und deren in den Beilagen anzugebende Qualifikation. Zum anderen betraf die Anfrage Punkt 5.7. (Mindestqualifikation der Mitarbeiter) und bezog sich auf die erforderliche Branchenerfahrung der zu nennenden Mitarbeiter im Bereich der Unternehmensberatung.

Auf die Antwort des Auftraggebers am 12.11.2007, dass die allgemeine Leistungsfähigkeit des Unternehmers zu prüfen sei, folgte am 12.11.2007 unter Bezugnahme auf Textpassagen zu den oben genannten Punkten die Frage, ob auch nicht beim Verein angestellte Mitglieder des Vereinsvorstandes angeführt werden könnten und die Gewerbeberechtigung eines Vorstandsmitgliedes für den Teilnahmeantrag geltend gemacht werden könne. Die darauf folgende Antwort des Auftraggebers bezog sich jedoch nur auf Mitarbeiter, nicht aber auf die Gewerbeberechtigung eines Vorstandsmitgliedes des Vereins im Teilnahmeantrag.

Richtiger Weise hat sich - wie auch der Antragsteller in der mündlichen Verhandlung am 1.2.2008 feststellte - lediglich der erste Teil der Antwort des Auftraggebers auf die Frage des Antragstellers vom 12.11.2007 konkret auf Mitarbeiter bezogen und wurde der zweite Teil dieser Frage vom Auftraggeber nicht beantwortet. Es kann allerdings - entgegen der in der mündlichen Verhandlung am 1.2.2008 vom Antragsteller vertretenen Ansicht - aus dieser Vorgangsweise des Auftraggebers nicht abgeleitet werden, dass der Auftraggeber die Gewerbeberechtigung eines Vereinsvorstandsmitgliedes "als Gewerbeberechtigung für den Verein" akzeptiert würde, da eine "Ablehnung" ausgeblieben sei (siehe dazu auch anschließende rechtliche Erörterungen unter Punkt 1.3).

Darüber hinaus hat der als Ansprechperson des zustellbevollmächtigten Vertreters der Bewerbergemeinschaft genannten K*** den Auftraggeber mit e-mail-Mitteilung vom 1.12.2007 auf die fehlende Beantwortung eines Teils der Anfrage vom 29.11.2007 hingewiesen. Es ist daher für das Bundesvergabeamt nicht nachvollziehbar, dass dieser nicht in gleicher Weise auf die fehlende Antwort zum zweiten Teil der Frage vom 12.11.2007 reagierte hätte, sondern ohne weitere Reaktion die oben dargelegte Schlussfolgerung, nämlich dass der Auftraggeber mangels expliziter "Ablehnung" die Gewerbeberechtigung eines Vereinsvorstandsmitgliedes als Gewerbeberechtigung für den Verein anerkannt haben sollte, gezogen hat.

Hinzu kommt, dass auch die an den Antragsteller ergangene allgemeine Fragebeantwortung des Auftraggebers, deren Erhalt der Antragsteller in der mündlichen Verhandlung am 1.2.2008 nicht bestritt, eine Frage zum Themenbereich "gemeinnützige Organisationen und Gewerbeberechtigung" umfasste. So wurde an den Auftraggeber die Frage gerichtet, ob auch gemeinnützige Organisationen über eine Gewerbeberechtigung oder andere Befugnisse verfügen müssten bzw ob sich gemeinnützige Organisationen am Vergabeverfahren beteiligen dürften. Die Auftraggeberantwort lautete dahingehend, dass sich jede Organisation beteiligen dürfe, wobei gemeinnützige Organisationen Gewerbeberechtigungen nachzuweisen hätten. Andere auf das Thema "Bewerbergemeinschaft und Gewerbeberechtigung" bezogene Fragen wurden vom Auftraggeber in die Richtung beantwortet, dass die Befugnis von den Mitgliedern für den von ihnen erbrachten Leistungsteil erbracht werden müsse. Auch auf Grund dieser Bewerberanfragen und die hiezu vorgenommenen Fragebeantwortungen durch den Auftraggeber hätte der Antragsteller insofern "sensibilisiert" sein müssen, und nicht den oben dargestellten Schluss zu ziehen gehabt.

Dass sich der im Teilnahmeantrag des Antragstellers angegebene 55%-ige Leistungsanteil der A*** hauptsächlich auf typische Unternehmensberatungstätigkeiten im Personalbereich beschränkt, wurde auch vom Antragsteller in der mündlichen Verhandlung am 1.2.2008 bestätigt.

Insbesondere auch im Zusammenhalt mit den Vorgaben in den Teilnahmeantragsunterlagen gemäß Punkt 5.1 und 8.1. hätte der Antragsteller aus der Sicht eines durchschnittlichen, fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [Vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN - AG Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 11.1.2008, N/112-BVA/14/2007-20; 19.11.2007, N/0083-BVA/04/2007-29 u

N/0095-BVA/04/2007-18u.a.] davon ausgehen müssen, dass die gewerberechtliche Befugnis für Unternehmensberatung jedenfalls von jedem Mitglied der Bewerbergemeinschaft vorzulegen war.

1.3. Gewerberechtliche Befugnis des Vereinsobmannes

Wenn sich der Antragsteller - wie in der mündlichen Verhandlung am 1.2.2008 vorgebracht - nunmehr darauf stützt, dass Herr L*** als ein beim A*** sehr aktiver Vereinsobmann ohnehin über eine Berechtigung für die Unternehmensberatung verfüge, so ist auf die Bestimmungen der §§ 8, 9, 39 und 365ff GewO 1994 idgF zu verweisen. Wenn sich der Antragsteller - wie in der mündlichen Verhandlung am 1.2.2008 vorgebracht - nunmehr darauf stützt, dass Herr L*** als ein beim A*** sehr aktiver Vereinsobmann ohnehin über eine Berechtigung für die Unternehmensberatung verfüge, so ist auf die Bestimmungen der Paragraphen 8, 9, 39 und 365 f, f GewO 1994 idgF zu verweisen.

Juristische Personen können Gewerbe ausüben, haben jedoch einen gewerberechtlichen Geschäftsführer zu bestellen, der den allenfalls erforderlichen Befähigungsnachweis zu erbringen und den Anforderungen des § 39 leg cit zu entsprechen hat. Juristische Personen können Gewerbe ausüben, haben jedoch einen gewerberechtlichen Geschäftsführer zu bestellen, der den allenfalls erforderlichen Befähigungsnachweis zu erbringen und den Anforderungen des Paragraph 39, leg cit zu entsprechen hat.

Juristische Personen, zu denen auch ein Verein zählt, haben für die Gewerbeausübung somit einen entsprechenden gewerberechtlichen Geschäftsführer zu bestellen, dessen Bestellung bei der Bezirksverwaltungsbehörde anzuzeigen ist. Im Gewerberegister scheinen jedoch weder der Verein A*** als Gewerbeinhaber noch L*** als dessen gewerberechtlicher Geschäftsführer auf.

Für das zweite Mitglied der Bewerbergemeinschaft, die B***, also ebenfalls einer juristischen Person, die das Gewerbe "Unternehmensberatung einschließlich der Unternehmensorganisation, eingeschränkt auf die Personalberatung" ausübt, und hierfür über die entsprechende Gewerbeberechtigung verfügt, wurde ein gewerberechtlicher Geschäftsführer, nämlich Herr L***, bestellt. Dieser ist auch im Gewerberegister als solcher für die B*** ausgewiesen. Ein entsprechender Gewerberegisterauszug lag auch dem Teilnahmeantrag für die B*** bei.

Wie auch der Antragsteller in der mündlichen Verhandlung am 1.2.2008 bestätigte, liegt darüber hinaus kein Gewerbeschein vor. Die B*** verfügt somit über eine - allerdings auf die Personalberatung eingeschränkte - Gewerbeberechtigung für Unternehmensberatung einschließlich Unternehmensorganisation.

Die im Gewerberegister als Gewerbeinhaber eingetragene natürliche Person, L***, verfügt nicht einmal über eine eingeschränkte Gewerbeberechtigung zur Ausübung des Gewerbes der Unternehmensberatung einschließlich der Unternehmensorganisation. Im Gewerberegister scheint für den Gewerbeinhaber L*** lediglich die Gewerbeberechtigung für "Werbungsmittel" auf.

Es ist daher davon auszugehen, dass L*** weder selbst noch für das A*** berechtigt sein kann, das Gewerbe der Unternehmensberatung auszuüben.

1.4. Gemeinnütziger Verein und gewerberechtliche Befugnis Einleitend wird angemerkt, dass die Beurteilung der Gewerbsmäßigkeit von Tätigkeiten, die von Vereinen entfaltet werden, seit der Novelle BGBl 1991/10 zur GewO nicht mehr auf deren statutenmäßigen Wirkungsbereich beschränkt ist (vgl. dazu Schulev-Steindl, ecolex 1994, 8, Fußnote 3), sondern hierfür die diesbezüglichen Bestimmungen der GewO 1994 idgF (§ 1) maßgebend sind. Die Gewerbsmäßigkeit einer Tätigkeit ist daher auf Grund der Bestimmungen der Gewerbeordnung zu beurteilen: § 1 Abs 2 leg cit sieht für eine gewerbsmäßige Ausübung einer Tätigkeit die Selbstständigkeit (§ 1 Abs 3 leg cit), die Regelmäßigkeit (§ 1 Abs 4 leg cit) und die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welchen Zweck dieser bestimmt ist, vor. 1.4. Gemeinnütziger Verein und gewerberechtliche Befugnis Einleitend wird angemerkt, dass die Beurteilung der Gewerbsmäßigkeit von Tätigkeiten, die von Vereinen entfaltet werden, seit der Novelle BGBl 1991/10 zur GewO nicht mehr auf deren statutenmäßigen Wirkungsbereich beschränkt ist (vergleiche dazu Schulev-Steindl, ecolex 1994, 8, Fußnote 3), sondern hierfür die diesbezüglichen Bestimmungen der GewO 1994 idgF (Paragraph eins,) maßgebend sind. Die Gewerbsmäßigkeit einer Tätigkeit ist daher auf Grund der Bestimmungen der Gewerbeordnung zu beurteilen: Paragraph eins, Absatz 2, leg cit sieht für eine gewerbsmäßige

Ausübung einer Tätigkeit die Selbstständigkeit (Paragraph eins, Absatz 3, leg cit), die Regelmäßigkeit (Paragraph eins, Absatz 4, leg cit) und die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welchen Zweck dieser bestimmt ist, vor.

Für Vereine gemäß dem Vereinsgesetz 1951 liegt gemäß § 1 Abs 6 leg cit die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen auch dann vor, wenn die Vereinstätigkeit das Erscheinungsbild eines einschlägig Gewerbetreibenden aufweist und diese Tätigkeit - sei es mittelbar oder unmittelbar - auf Erlangen vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder gerichtet ist. Übt ein Verein gemäß dem Vereinsgesetz 1951 eine Tätigkeit, die bei Vorliegen der Gewerbsmäßigkeit in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fiele, öfters als einmal in der Woche aus, so wird vermutet, dass die Absicht vorliegt, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Für Vereine gemäß dem Vereinsgesetz 1951 liegt gemäß Paragraph eins, Absatz 6, leg cit die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen auch dann vor, wenn die Vereinstätigkeit das Erscheinungsbild eines einschlägig Gewerbetreibenden aufweist und diese Tätigkeit - sei es mittelbar oder unmittelbar - auf Erlangen vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder gerichtet ist. Übt ein Verein gemäß dem Vereinsgesetz 1951 eine Tätigkeit, die bei Vorliegen der Gewerbsmäßigkeit in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fiele, öfters als einmal in der Woche aus, so wird vermutet, dass die Absicht vorliegt, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen.

Dass die Tätigkeit der Unternehmensberatung vom Verein A*** selbstständig ausgeübt wird, zeigt sich in dem vom Antragsteller für diesen Verein vorgelegten Referenzen. So wurde der Verein im Auftrag des Bundessozialamtes Landesstelle Wien zur Integration von Menschen mit Behinderung für Großbetriebe tätig. Ebenso wurden österreichische Krankenanstalten und deren Träger zum Thema Menschen mit Behinderung für den Auftraggeber Bundessozialamt Landesstelle Niederösterreich beraten. Diese langjährige einschlägige Tätigkeit zeugt davon, dass die Unternehmensberatertätigkeit dieses Vereins zweifellos auf eine gewisse Dauer ausgelegt ist und damit regelmäßig ausgeübt wird.

Die Vereinstätigkeit des ersten Mitgliedes der antragstellenden Bewerbergemeinschaft weist die Merkmale eines einschlägigen Gewerbebetriebes auf. Dies zeigt sich beispielsweise darin, dass dieses Mitglied für einen größeren Kreis von Personen auf seiner Homepage Beratung, Umsetzung und Begleitung von Unternehmen und Organisationen in Bereichen der sozialen Verantwortung und der betrieblichen Sozialberatung sowie ein Unternehmensservice anbietet, das auf Unterstützung einer sozialpolitisch verantwortungsvoller Unternehmenspolitik für Menschen mit Behinderung oder chronischen Erkrankungen ausgerichtet ist, sowie Lösungsansätze im Gesundheitssektor offeriert. Auch werden spezielle Aus- und Fortbildungsseminare nach individuellen Anforderungen und Bedürfnissen angeboten (vgl dazu Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur GewO, 2. Auflage, § 1 Rz 31). Die Vereinstätigkeit des ersten Mitgliedes der antragstellenden Bewerbergemeinschaft weist die Merkmale eines einschlägigen Gewerbebetriebes auf. Dies zeigt sich beispielsweise darin, dass dieses Mitglied für einen größeren Kreis von Personen auf seiner Homepage Beratung, Umsetzung und Begleitung von Unternehmen und Organisationen in Bereichen der sozialen Verantwortung und der betrieblichen Sozialberatung sowie ein Unternehmensservice anbietet, das auf Unterstützung einer sozialpolitisch verantwortungsvoller Unternehmenspolitik für Menschen mit Behinderung oder chronischen Erkrankungen ausgerichtet ist, sowie Lösungsansätze im Gesundheitssektor offeriert. Auch werden spezielle Aus- und Fortbildungsseminare nach individuellen Anforderungen und Bedürfnissen angeboten vergleiche dazu Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur GewO, 2. Auflage, Paragraph eins, Rz 31).

Darüber hinaus ist die Beteiligung an einer Ausschreibung, was nunmehr auch bei A*** der Fall ist, der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten (§ 1 Abs 4 letzter Satz GewO 1994 idgF). Darüber hinaus ist die Beteiligung an einer Ausschreibung, was nunmehr auch bei A*** der Fall ist, der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten (Paragraph eins, Absatz 4, letzter Satz GewO 1994 idgF).

Auch die Erwerbsabsicht ist gegeben: So wurde in der mündlichen Verhandlung am 1.2.2008 vom Antragsteller bestätigt, dass das A*** als Unternehmensberater aktiv an Unternehmer herantritt und für die Tätigkeit Entgelt verlangt. Wie auch den Vereinsstatuten zu entnehmen ist, ist der Wirkungskreis des Vereines auch keineswegs auf die Integration von Behinderten beschränkt.

Selbst wenn nach Angaben des Antragstellers vom A*** in der mündlichen Verhandlung vom 1.2.2008 das für die Tätigkeit verlangte Entgelt für die Bezahlung der Mitarbeiter, Bürokosten und sonstige Infrastruktur verwendet werde,

geht auch aus der Homepage des ersten Mitgliedes der antragstellenden Bietergemeinschaft hervor, dass Vereinsmitgliedern besondere Angebote und Vorteile wie beispielsweise vergünstigte Stundensätze und Honorare bei der Beratungsleistung und Projektabwicklung angeboten werden. Dies wurde auch in der mündlichen Verhandlung am 1.2.2008 vom Antragsteller bestätigt, der von vergünstigten Stundensätzen und Honoraren für Vereinsmitglieder bei der vom Verein angebotenen Tätigkeit sprach. Damit ist die Vereinstätigkeit aber jedenfalls mittelbar auf Erlangung vermögensrechtlicher Vorteile der Vereinsmitglieder gerichtet und damit die Ertragserzielungsabsicht iSv § 1 Abs 6 GewO 1994 gegeben (siehe dazu auch VwGH 3.3.1999, 97/04/0183). Selbst wenn nach Angaben des Antragstellers vom A*** in der mündlichen Verhandlung vom 1.2.2008 das für die Tätigkeit verlangte Entgelt für die Bezahlung der Mitarbeiter, Bürokosten und sonstige Infrastruktur verwendet werde, geht auch aus der Homepage des ersten Mitgliedes der antragstellenden Bietergemeinschaft hervor, dass Vereinsmitgliedern besondere Angebote und Vorteile wie beispielsweise vergünstigte Stundensätze und Honorare bei der Beratungsleistung und Projektabwicklung angeboten werden. Dies wurde auch in der mündlichen Verhandlung am 1.2.2008 vom Antragsteller bestätigt, der von vergünstigten Stundensätzen und Honoraren für Vereinsmitglieder bei der vom Verein angebotenen Tätigkeit sprach. Damit ist die Vereinstätigkeit aber jedenfalls mittelbar auf Erlangung vermögensrechtlicher Vorteile der Vereinsmitglieder gerichtet und damit die Ertragserzielungsabsicht iSv Paragraph eins, Absatz 6, GewO 1994 gegeben (siehe dazu auch VwGH 3.3.1999, 97/04/0183).

Auf Grund obiger Ermittlungsergebnisse ist daher davon auszugehen, dass das erste Mitglied der antragstellenden Bewerbergemeinschaft - A*** - sämtliche gesetzliche Tatbestandselemente für das Vorliegen einer gewerbsmäßigen Ausübung der Unternehmensberatung erfüllt. Daran vermag auch der statutenmäßig festgelegte Wirkungskreis des Vereins, dem zu Folge der Verein grundsätzlich nicht auf Gewinn ausgerichtet sein soll, nichts zu ändern. Eine gewerberechtliche Befugnis für Unternehmensberatung wäre daher auch unter diesem Aspekt ohnehin für den Verein A*** erforderlich.

1.5. Schlussfolgerungen:

Wie aus den obigen Erörterungen hervorgeht, ist auf Grund der bestandfest gewordenen Vorgaben in den Teilnahmeangebotsunterlagen vom Antragsteller die gewerberechtliche Befugnis für Unternehmensberatung sowohl für das erste als auch für das zweite Mitglied der antragstellenden Bewerbergemeinschaft vorzulegen. Entgegen der im Teilnahmeantrag vom Antragsteller vorgenommenen Bestätigung, dass für jedes Mitglied der Bewerbergemeinschaft ein Gewerberegisterauszug und der Gewerbeschein für Unternehmensberatung vorliegen würden, konnte für das zweite Mitglied der Bewerbergemeinschaft, der B***, lediglich ein Gewerberegisterauszug für Unternehmensberatung einschließlich der Unternehmensorganisation eingeschränkt auf die Personalberatung vorgelegt werden. Für das erste Mitglied der Bewerbergemeinschaft, der A***, können weder ein Gewerberegisterauszug noch ein Gewerbeschein für Unternehmensberatung vorgelegt werden. Eine Nichtzulassung zur Teilnahme durch den Auftraggeber ist daher zu Recht erfolgt.

2. Zustellung der gesondert anfechtbaren Entscheidung

Die gesondert anfechtbare Entscheidung wurde vom Auftraggeber mit Schreiben vom 18.12.2007 eingeschrieben adressiert an das "A*** z. Hdn. K***" übermittelt. Selbst wenn der Auftraggeber es verabsäumt hat, die vollständige Bezeichnung des ersten Mitgliedes der antragstellenden Bietergemeinschaft bei der Bezeichnung des Adressaten des Schreibens zu verwenden und nicht ausdrücklich die Bewerbergemeinschaft nannte, ist dieses Schreiben vom 18.12.2007 unbestrittener Maßen dem im Teilnahmeantrag angegebenen Zustellbevollmächtigten der Bewerbergemeinschaft zugegangen. Aus dem genannten Schreiben vom 18.12.2007 war auch für den Antragsteller erkennbar, dass für die Bewerbergemeinschaft keine Einladung zur Angebotslegung erfolgen werde, da es dem ersten Mitglied der antragstellenden Bewerbergemeinschaft an der gewerberechtlichen Befugnis zur Unternehmensberatung fehle.

In dieser Vorgangsweise des Auftraggebers kann vom Bundesvergabeamt keine Rechtswidrigkeit erblickt werden, die für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG wäre. In dieser Vorgangsweise des Auftraggebers kann vom Bundesvergabeamt keine Rechtswidrigkeit erblickt werden, die für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG wäre.

IV. Zu Spruchpunkt 2:römisch vier. Zu Spruchpunkt 2:

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller

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

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

Ebenso ist der Antrag des Antragstellers, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezieht, gemäß § 319 Abs 2 BVergG abzuweisen. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 10.1.2008, N/0006- BVA/04/2008-EV8, teilweise stattgegeben, der Nachprüfungsantrag wurde jedoch unter Spruchpunkt 1 abgewiesen. Ebenso ist der Antrag des Antragstellers, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezieht, gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG abzuweisen. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 10.1.2008, N/0006- BVA/04/2008-EV8, teilweise stattgegeben, der Nachprüfungsantrag wurde jedoch unter Spruchpunkt 1 abgewiesen.

Dokumentnummer

VERGT_20080211_N_0006_BVA_04_2008_24_00

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at