

TE Verg Bescheid 2004/9/3 10N-57/04-34

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 03.09.2004

Norm

BVergG 2002 §16 Abs3

BVergG 2002 §20 Z4

BVergG 2002 §21 Abs1

BVergG 2002 §177 Abs5

BVergG 2002 §98 Z3

BVergG 2002 §99 Abs1

AMSG §42

1. AMSG § 42 heute
2. AMSG § 42 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 71/2013
3. AMSG § 42 gültig von 01.07.1994 bis 31.12.2013

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat am 3. September 2004 durch den Vorsitzenden des Senats 10, Dr. Roland Katary, sowie Dr. Reinhard Brand als Vertreter der Auftraggeberseite und Mag. Gottfried Rücklinger als Vertreter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs 2 BundesvergabeGesetz 2002, BGBl I Nr. 2002/99 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Berufsorientierung für Männer und Frauen" des Auftraggebers Arbeitsmarktservice, vertreten durch Arbeitsmarktservice Wien, Landstraßer Hauptstraße 55-57, 1030 Wien, eingeleitet auf Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 29. Juni 2004, verbessert eingelangt am 9. Juli 2004, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat am 3. September 2004 durch den Vorsitzenden des Senats 10, Dr. Roland Katary, sowie Dr. Reinhard Brand als Vertreter der Auftraggeberseite und Mag. Gottfried Rücklinger als Vertreter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, BundesvergabeGesetz 2002, BGBl römisch eins Nr. 2002/99 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Berufsorientierung für Männer und Frauen" des Auftraggebers Arbeitsmarktservice, vertreten durch Arbeitsmarktservice Wien, Landstraßer Hauptstraße 55-57, 1030 Wien, eingeleitet auf Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 29. Juni 2004, verbessert eingelangt am 9. Juli 2004, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag der A***, "das Bundesvergabeamt möge die mit Schreiben vom 14. Juni 2004 zum Ausdruck gebrachten Entscheidung der Auftraggeberin, der B*** den Zuschlag zu erteilen, für nichtig erklären", wird insofern stattgegeben,

als im Vergabeverfahren "Berufsorientierung für Männer und Frauen - lfd. Nr. 200" sowohl zum Teillos 1 als auch zum Teillos 2 die Entscheidung des Auftraggebers vom 14. Juni 2004, der B*** den Zuschlag erteilen zu wollen, für nichtig erklärt wird.

Rechtsgrundlage: §§ 16 Abs. 3, 20 Z 4, 21 Abs. 1, 98 Z 3, 99 Abs. 1 BVergG§ 42 AMSGRechtsgrundlage: Paragraphen 16, Absatz 3, 20, Ziffer 4, 21, Absatz eins, 98, Ziffer 3, 99, Absatz eins, BVergG, Paragraph 42, AMSG

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Die Antragstellerin stellte am 29. Juni 2004, beim Bundesvergabeamt gemäß§ 13 Abs. 3 AVG verbessert eingelangt am 9. Juli 2004, das im Spruch ersichtliche Begehren sowie den Eventualantrag, das Bundesvergabeamt möge "die Entscheidung der Auftraggeberin, die für die ausgeschriebenen Teillose 1 und 2 eingebrachten Angebote der B*** nicht auszuschneiden, für nichtig erklären".Die Antragstellerin stellte am 29. Juni 2004, beim Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 13, Absatz 3, AVG verbessert eingelangt am 9. Juli 2004, das im Spruch ersichtliche Begehren sowie den Eventualantrag, das Bundesvergabeamt möge "die Entscheidung der Auftraggeberin, die für die ausgeschriebenen Teillose 1 und 2 eingebrachten Angebote der B*** nicht auszuschneiden, für nichtig erklären".

Dazu brachte die Antragstellerin - neben umfangreichen rechtlichen Ausführungen - im Wesentlichen vor:

Nach Angaben des Auftraggebers hätte die Republik Österreich, in Wahrheit aber das Arbeitsmarktservice, vertreten durch das Arbeitsmarktservice Wien, als öffentlicher Auftraggeber den Dienstleistungsauftrag "Berufsorientierung für Männer und Frauen" öffentlich ausgeschrieben. Diese Leistung wäre in 2 Teillose aufgeteilt worden, wobei ein Bieter getrennt oder auch gemeinsam für beide Teillose Angebote abgeben hätte können, diese aber entsprechend den vorgegebenen Teillosen jedenfalls getrennt einzureichen gewesen wären. Die Antragstellerin hätte für beide Teillose jeweils ein eigenständiges Angebot rechtzeitig abgegeben.

Mit Schreiben vom 14. Juni 2004 hätte der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** (in der Folge "präsumtive Zuschlagsempfängerin") hinsichtlich beider Teillose bekannt gegeben. Diese Entscheidung wäre in erster Linie mit niedrigeren Angebotspreisen begründet worden, tatsächlich jedoch rechtswidrig, weil die Teilangebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zwingend auszuschneiden gewesen wären. Das Ausschneiden hätte erfolgen müssen, da die präsumtive Zuschlagsempfängerin in ihrem Angebot die Sondereinzelkosten nicht ausschreibungskonform angegeben hätte, eine Aufklärung der Kalkulation der Gemeinkosten in Wahrheit nicht erfolgt wäre und schließlich, wie sich dies aus dem Vorbringen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vom 30. Juli 2004 ergeben würde, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auch im Hinblick auf die EDV-Übungsmöglichkeiten nicht ausschreibungskonform gestaltet wäre. Sowohl die angebotenen Gesamtpreisen als auch die Gemeinkostenpauschalen wären unterpreisig. Obwohl bei der Preisprüfung ein strenger mathematischer Vergleich zwischen Angebotspreisen nicht vorgenommen werden dürfe, hätte die hier vorliegende Konstellation und Preisdifferenz zwischen den Angeboten der Antragstellerin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aber auch der Vergleich mit den allgemeinen Marktgegebenheiten Ausgangspunkt für eine Aufklärung durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin und anschließend allenfalls für eine vertieften Angebotsprüfung sein müssen. Diesen Verpflichtungen wäre der Auftraggeber nicht bzw. nicht hinreichend nachgekommen. Im Ergebnis wäre die signifikant niedrigere Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auch unter keinen Umständen betriebswirtschaftlich erklärbar gewesen. So würde sich der Angebotspreis bei der hier vorliegenden Ausschreibung im Wesentlichen aus den Kostenpositionen Personalkosten, Sachkosten, und Gemeinkosten ("Allgemeinkosten") zusammensetzen. Mit wesentlichen Spielräumen veränderlich wären dabei - aufgrund der Vorgaben des Auftraggebers - lediglich die den TrainerInnen pro Stunde bezahlten Honorare, die geltend gemachten Sachkosten und die pro Maßnahmenstunde angesetzten Gemeinkosten. Im Hinblick darauf, dass die Antragstellerin aufgrund ihrer langjährigen Erfahrung ihren Gemeinkostenansatz optimiert hätte und auch für die angebotenen Honorare wenig Spielraum bestünde, wäre ein Unterschreiten der Angebotspreise der Antragstellerin um 34% (Teillos 1) bzw. 31% (Teillos 2) ein ungewöhnlich niedriger und im Ergebnis auch betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbarer Gesamtpreis. Gleiches würde für die signifikant und zu gering angesetzte Kostenposition "Gemeinkosten" gelten. Die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für die niedrige Kalkulation gegebenen Erklärungen wären reine Scheinbegründungen. Die behaupteten Synergieeffekte wären mehr oder weniger selbstverständlich und lieferten keine überzeugende Erklärung

für den niedrigen Angebotspreis. Es wäre davon auszugehen, dass die für einen niedrigen Gemeinkostenpauschalsatz geltend gemachten Synergieeffekte von sämtlichen Bietern genutzt worden wären. Bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin lägen daher Unterpreise vor, die nach einer vertieften Angebotsprüfung zu einem zwingenden Ausscheiden des Angebotes führen hätten müssen. Schließlich wäre es der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auch verwehrt, sich darauf zu berufen, in einen neuen Markt eindringen zu wollen, da sie im Verfahren des BVA zu 10N-145/03 selbst hervorgehoben hätte, im gegenständlichen Markt ein arrivierte Dienstleister zu sein. Darüber hinaus hätte offensichtlich auch der Auftraggeber erst nach Beibringung einer Bankgarantie über 40% der Angebotssumme den von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Preis als plausibel zusammengesetzt angesehen. Dies wäre im Ergebnis allerdings nicht nachvollziehbar, da eine allfällige Bankgarantie mit der Plausibilität und Erklärbarkeit eines Preises nicht zusammenhängt. Die Antragstellerin führte weiters aus, dass bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die zwingend in die Gemeinkosten einzurechnenden Personal- und Sachkostenansätze nicht oder mit einem deutlich zu geringem Anteil berücksichtigt wären, was ebenfalls zu einem nicht plausibel zusammengesetzten Angebotspreis geführt hätte. Schließlich habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin Sachkosten in die Gemeinkostenpauschale mit einberechnet, was unzulässig gewesen wäre und zu einem nicht ausschreibungskonformen Angebot führen würde. Auch dieser Umstand hätte zwingend das Ausscheiden des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zur Folge.

Zur Auftraggebereigenschaft im vorliegenden Verfahren führte die Antragstellerin an, dass in der Ausschreibung der Auftraggeber mit "Republik Österreich, vertreten durch das Arbeitsmarktservice Wien" angeführt gewesen wäre. Aufgrund der gesetzlichen Konstellationen und der auftraggeberinternen Abläufe wäre jedoch davon auszugehen, dass - entgegen den Angaben in der Ausschreibung - die Maßnahme tatsächlich vom "Arbeitsmarktservice" und eben nicht von der Republik Österreich durchgeführt werden solle, sodass der Auftraggeber der hier maßgeblichen Ausschreibung das Arbeitsmarktservice wäre. Mit Verbesserung vom 9.7.2004 nannte die Antragstellerin schließlich das Arbeitsmarktservice, vertreten durch das Arbeitsmarktservice Wien, als Auftraggeber und damit als Antragsgegner.

Die Antragstellerin hätte die (insbesondere formalen) Antragsvoraussetzungen erfüllt. Das Interesse am Vertragsabschluss wäre durch die Abgabe ausscheidenskonformer Angebote dargelegt. Durch die rechtswidrige Vorgehensweise des Auftraggebers würde die Chance auf den Zuschlag entfallen, wodurch letztlich der Entgang des Auftrages drohe und damit im Zusammenhang ein unmittelbarer Schaden entstünde bzw. entstehen würde. Dieser Schaden setze sich aus dem entgangenen Gewinn, den frustrierten Kosten für die Angebotserstellung sowie aus voraussichtlich nicht vollständig kompensierbaren Auslastungsdefiziten zusammen. Schließlich verwies die Antragstellerin auf den Verlust eines wichtigen Referenzprojektes. Durch das rechtswidrige Vorgehen des Auftraggebers wäre die Antragstellerin in ihrem Recht auf vergabekonforme Durchführung des Vergabeverfahrens, insbesondere in ihrem Recht auf eine ordnungsgemäße Angebotsbewertung, sowie in ihrem Recht auf Ausscheiden nicht vergabekonformer Angebote, insbesondere des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, und daher letztlich in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung verletzt.

1. 2.Ziffer 2

Der Auftraggeber erteilte mit Schriftsatz 2. Juli 2004 Auskünfte zum Vergabeverfahren. Dabei führt er an, dass es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich mit dem CPV-Code 804000 00-8 und einem geschätzten Auftragswert in Summe von Euro 881.301,37 handle. Es wäre ein offenes Verfahren nach dem Bestbieterprinzip und der Unterteilung in zwei Teillose durchgeführt worden. Die Bekanntmachung in Österreich wäre am 5.4.2004 erfolgt, am gleichen Tag wäre die Absendung der Bekanntmachung an das Amtsblatt der EU erfolgt. Die Zuschlagsentscheidung wäre am 14.6.2004 den Bietern bekannt gegeben, der Zuschlag noch nicht erteilt worden. Ein Widerruf des Verfahrens hätte nicht stattgefunden.

Inhaltlich brachte der Auftraggeber vor, dass die Bestbieterermittlung rechtmäßig gewesen sei und das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht auszuschneiden gewesen wäre. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin hätte der Auftraggeber die Angebotspreise sowohl für das Teillos 1 als auch für das Teillos 2 einer ordnungsgemäßen vertieften Angebotsprüfung unterzogen, wobei der Auftraggeber den zeitlichen Ablauf auf über eineinhalb Seiten dargelegt hat. Nach Evaluierung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als Bestbieterin und nach einem Vergleich der Kostenpositionen mit den Positionen zweier anderer nicht ausgeschlossener Angebote hätte sich für beide Teillose ein ungewöhnlich niedriger Angebotspreis ergeben. Daher wäre "im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung" am 27. Mai 2004 ein Aufforderungsschreiben an die präsumtive Zuschlagsempfängerin ergangen, "die als nicht plausibel

angesehenen Kostenpositionen aufzuklären". Am 1. Juni 2004 wäre eine Stellungnahme von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin eingelangt, wobei der Auftraggeber dazu festhielt, dass "die Angaben" in diesem Schreiben "plausibel gewesen wären". Am darauf folgenden Tag, dem 2. Juni 2004, hätte "im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung eine Vergleichsdarstellung der eingereichten Gemeinkostenpauschale/Maßnahmenstunden für alle eingereichten Angebote" stattgefunden, wobei die Gemeinkostenpauschale pro Maßnahmenstunden bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemeinsam mit einem anderen Angebot den niedrigsten Wert aufgewiesen hätte. Darüber hinaus wäre die Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin "bezüglich Ausmaß und Anzahl der Maßnahmenstunden überprüft und für richtig befunden" worden. Am selben Tag hätte auch ein Vergleich der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Preisen mit vier bereits im April 2004 ausgelaufen - allerdings nur bedingt vergleichbaren - Berufsorientierungsmaßnahmen stattgefunden. Auch diese Berechnung hätte deutlich niedrigere Kosten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Verhältnis zu den alten Werten ergeben. Noch am selben Tag wäre aber entschieden worden, dass von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für beide Teillose eine Bankgarantie im Ausmaß von 40% der jeweiligen Bruttobegehrsumme eingefordert würde, wobei diese schließlich am 14. Juni 2004 an den Auftraggeber übergeben worden wären. Wie der Auftraggeber sodann ausführt, hätte daraufhin seitens des Auftraggebers "keine Veranlassung mehr bestanden, Plausibilisierungsschritte zu setzen". Daraufhin wäre die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bekannt gegeben worden.

Das Vorbringen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu ihrer Gemeinkostenkalkulation bezeichnete der Auftraggeber als erklär- und nachvollziehbar. Der Auftraggeber führte dazu weiters aus, dass die Bieter ihr Angebot unter den Aspekten Methodik, Didaktik und Preis frei gestalten könnten. Die Anzahl der Maßnahmenstunden würde vom Auftraggeber allerdings fix vorgegeben, um die Vergleichbarkeit des Leistungsumfangs und der Angebote zu gewährleisten. Dass die Berücksichtigung von Synergieeffekten bei der Höhe der Gemeinkostenpauschale pro Maßnahmenstunde vom Auftraggeber vorgesehen war, ergäbe sich aus einer Antwort des Auftraggebers zu Bieteranfragen vom 20., 21. und 22. April 2004, wo angeführt wäre, dass die (vor allem zeitliche) Aufteilung der Maßnahmenstunden den Anbietern obliegen würden, sich dabei aber der Gemeinkostenpauschalsatz durch Synergieeffekte verringern könnte. Schließlich wäre es aus Sicht des Auftraggebers bereits gelebte Praxis, dass eine Vielzahl von Anbietern die Gestaltung und Kalkulation der EDV-Übungseinheiten in der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gewählten Form vornehmen. Dabei könnten die Gemeinkosten pro Maßnahmenstunden unter anderem durch gleichzeitige Nutzung der Räumlichkeiten durch TeilnehmerInnen anderer AMS-Maßnahmen oder auch von PrivatkundInnen verringert werden.

1. 3.Ziffer 3

Die B*** ("präsumtive Zuschlagsempfängerin") stellte mit Schriftsatz vom 6. Juli 2004 einen Teilnahmeantrag gemäß § 165 Abs. 2 BVergG. Inhaltlich brachte die präsumtive Zuschlagsempfängerin zunächst die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages vor. Dies einerseits aufgrund der mangelhaften Auftraggeberbezeichnung und andererseits aufgrund fehlender Angaben zum drohenden Schaden der Antragsstellerin. Rechtlich wurde sodann vorgebracht, dass bei der hier vorliegenden nicht prioritären Dienstleistung keine Pflicht zu einer vertieften Angebotsprüfung bestünde. Weiters wäre - generell - die Prüfung der Angemessenheit von Angebotspreisen nicht aufgrund des Abstandes zu den Angebotspreisen der anderen Bieter zu beurteilen. Vielmehr wäre als Maßstab von vergleichbaren Erfahrungswerten, sonst vorliegenden Unterlagen und den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen. Rechtlich wurde weiters dargelegt, dass selbst nicht kostendeckend Angebote auch nicht ohne weiters auszuschneiden wären, da derartige Angebote auch zum Zwecke des Eindringens in neue Märkte, der Erlangung eines bedeutenden Referenzauftrages und der Erweiterung eines Marktanteiles zulässig wären. Die B*** ("präsumtive Zuschlagsempfängerin") stellte mit Schriftsatz vom 6. Juli 2004 einen Teilnahmeantrag gemäß Paragraph 165, Absatz 2, BVergG. Inhaltlich brachte die präsumtive Zuschlagsempfängerin zunächst die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages vor. Dies einerseits aufgrund der mangelhaften Auftraggeberbezeichnung und andererseits aufgrund fehlender Angaben zum drohenden Schaden der Antragsstellerin. Rechtlich wurde sodann vorgebracht, dass bei der hier vorliegenden nicht prioritären Dienstleistung keine Pflicht zu einer vertieften Angebotsprüfung bestünde. Weiters wäre - generell - die Prüfung der Angemessenheit von Angebotspreisen nicht aufgrund des Abstandes zu den Angebotspreisen der anderen Bieter zu beurteilen. Vielmehr wäre als Maßstab von vergleichbaren Erfahrungswerten, sonst vorliegenden Unterlagen und den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen. Rechtlich wurde weiters dargelegt, dass

selbst nicht kostendeckend Angebote auch nicht ohne weiters auszuschneiden wären, da derartige Angebote auch zum Zwecke des Eindringens in neue Märkte, der Erlangung eines bedeutenden Referenzauftrages und der Erweiterung eines Marktanteiles zulässig wären.

Zur eigenen Kalkulation der Sach- und Gemeinkosten führte die präsumtive Zuschlagsempfängerin zunächst aus, dass ihr Kalkulationsansatz (Einrechnung von Sondereinzelkosten in die Gemeinkostenpauschale) als ausschreibungskonform zu qualifizieren wäre. Aufgrund der Ausschreibung wäre es jedem Bieter möglich, gewisse Aufwendungen, die die vom Auftraggeber vorgegebenen Voraussetzungen erfüllen, als Sondereinzelkosten zu kalkulieren, wenngleich dies allerdings nicht geschehen muss. Kann oder wird etwas nicht in die Sondereinzelkosten einbezogen, ist dieser Kostenpunkt in den Gemeinkosten zu berücksichtigen. So wäre etwa die Einberechnung für Porto-, Telefon-, Fax- und Internetnutzungskosten in die Gemeinkostenpauschale ausschreibungskonform. Dabei wäre zu berücksichtigen, dass im Konkreten deren Verrechnung im Rahmen der Sondereinzelkosten mangels Zuordenbarkeit der Aufwendungen zu einzelnen Maßnahmen (die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge nämlich über Pauschalvereinbarungen) sogar unzulässig wäre. Jedenfalls wäre die Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in diesem Punkt aus betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten nachvollziehbar.

Bei der Kalkulation der Gemeinkostenpauschale pro Maßnahmenstunde hätte die präsumtive Zuschlagsempfängerin zulässigerweise massive Synergieeffekte ausgenützt. Diese Synergien würden sich einerseits auf Grund der zeitlichen Parallelität der vorgesehenen Kurseinheiten mit den zur Verfügung zu stellenden EDV-Übungsmöglichkeiten ergeben sowie andererseits dadurch, dass bei den EDV-Übungsmöglichkeiten die Anzahl der Maßnahmenstunden enorm hoch angesetzt worden wäre (ohne Berücksichtigung etwa der gleichzeitigen Nutzungsmöglichkeit durch mehrere Teilnehmer bzw. Kursteilnehmer anderer Maßnahmen). Durch die entstandenen Synergieeffekte und der vom Auftraggeber fix vorgegebenen Anzahl an Maßnahmenstunden wäre der bei derartigen Maßnahmen marktübliche Gemeinkostenpauschalsatz pro Maßnahmenstunde in concreto etwa auf die Hälfte reduziert. Schließlich hätte der Auftraggeber einen derartig kalkulierten Gemeinkostenpauschalsatz bereits bei mehreren vergleichbaren Aufträgen in diesem Jahr akzeptiert. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hätte ihre Angebote gewissenhaft kalkuliert und das sich dabei ergebende Einsparungspotenzial an den Auftraggeber weitergegeben. Würde ein Bieter dies unterlassen, könnte dies ebenfalls zu einem (diesfalls zu hohen) unangemessenen Angebotspreis führen.

Schließlich hätte der Auftraggeber die Preisprüfung, insbesondere die vertiefte Angebotsprüfung sorgfältig und ordnungsgemäß vorgenommen. Aus dem Vorgehen des Auftraggebers und der zeitlichen Abfolge könne nicht auf eine mangelnde Plausibilität oder fehlende Angemessenheit der Angebotspreise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin geschlossen werden. Auch der Auftraggeber hätte schließlich festgehalten, nicht mehr daran gezweifelt zu haben. Derartige Zweifel würden sich auch nicht im Umstand niederschlagen, dass der Auftraggeber von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin Bankgarantien gefordert hätte. Denn dabei handle es sich vielmehr um eine allgemeine Sicherheitsmaßnahme, die aufgrund der Ausschreibung vom Bieter gefordert werden könne.

AUF GRUND DES DURCHGEFÜHRTEN VERFAHRENS WIRD FOLGENDER

ENTSCHEIDUNGSRELEVANTER SACHVERHALT FESTGESTELLT

1. 4.Ziffer 4

Der Auftraggeber hat mit Bekanntmachung vom 5.4.2004 zur Teilnahme am Vergabeverfahren

"Berufsorientierung für Männer und Frauen" eingeladen. Das Verfahren wurde als offenes Verfahren im Sinne des § 23 Abs. 2 BVergG für eine Dienstleistung im Sinne des § 4 iVm Anhang IV, Kategorie 24 BVergG (nicht prioritäre Dienstleistung) ausgeschrieben. Die Ausschreibung mit einem gesamten Auftragswert von Euro 881.301,37 wurde in 2 Teillose untergliedert, wobei der Auftragswert des Teillose 1 Euro 451.666,95 und der des Teillose 2 Euro 429.634,42 betragen hat. Als Vertragslaufzeit wurde in den Unterlagen 5.7.2004 bis 8.7.2005 angegeben. Der Zuschlag sollte dem wirtschaftlich günstigsten Angebot anhand der in den Unterlagen genannten Kriterien erteilt werden. Das Ende der Angebotsfrist wurde mit 29.4.2004, 11.59 Uhr, festgelegt. In der Bekanntmachung war als Auftraggeber "Republik Österreich, vertreten durch das Arbeitsmarktservice (AMS), Landesgeschäftsstelle Wien", angeführt. Gleichzeitig wurde in der Ausschreibungsbekanntmachung die Kategorie "(1.5) Art des öffentlichen Auftraggebers" aber nicht mit "Zentrale Ebene (Bund)", sondern mit "Einrichtung des öffentlichen Rechts" angegeben (Behördliche Einschau in www.auftrag.at, L163761, sowie Angaben des Auftraggebers in der Stellungnahme vom 2.7.2004, OZ 7). Der Auftraggeber hat mit Bekanntmachung vom 5.4.2004 zur Teilnahme am

Vergabeverfahren "Berufsorientierung für Männer und Frauen" eingeladen. Das Verfahren wurde als offenes Verfahren im Sinne des Paragraph 23, Absatz 2, BVergG für eine Dienstleistung im Sinne des Paragraph 4, in Verbindung mit Anhang römisch vier, Kategorie 24 BVergG (nicht prioritäre Dienstleistung) ausgeschrieben. Die Ausschreibung mit einem gesamten Auftragswert von Euro 881.301,37 wurde in 2 Teillose untergliedert, wobei der Auftragswert des Teillose 1 Euro 451.666,95 und der des Teillose 2 Euro 429.634,42 betragen hat. Als Vertragslaufzeit wurde in den Unterlagen 5.7.2004 bis 8.7.2005 angegeben. Der Zuschlag sollte dem wirtschaftlich günstigsten Angebot anhand der in den Unterlagen genannten Kriterien erteilt werden. Das Ende der Angebotsfrist wurde mit 29.4.2004, 11.59 Uhr, festgelegt. In der Bekanntmachung war als Auftraggeber "Republik Österreich, vertreten durch das Arbeitsmarktservice (AMS), Landesgeschäftsstelle Wien", angeführt. Gleichzeitig wurde in der Ausschreibungsbekanntmachung die Kategorie "I.5) Art des öffentlichen Auftraggebers" aber nicht mit "Zentrale Ebene (Bund)", sondern mit "Einrichtung des öffentlichen Rechts" angegeben (Behördliche Einschau in www.auftrag.at, L163761, sowie Angaben des Auftraggebers in der Stellungnahme vom 2.7.2004, OZ 7).

Die Vorbereitung der vorliegenden Ausschreibung und der Willensentschluss zu deren Durchführung ist ausschließlich vom Arbeitsmarktservice (in den entsprechenden Gremien) erfolgt. Der Bund (Republik Österreich) war im Konkreten nicht involviert. Insbesondere hat es für die Durchführung der vorliegenden Ausschreibung keine Weisung oder ähnliche Anordnung von Seiten des Bundes gegeben. Ebenso liegt keine auf diese Ausschreibung bezogene besondere oder allgemeine rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung vor, die das Arbeitsmarktservice zum Abschluss von Verträgen im Namen und auf Rechnung des Bundes berechtigen würde (Aussagen von C*** in der Einvernahme vom 15.7.2004, OZ 13, sowie Einsicht in den Vergabeverfahrensakt).

In den zu den Ausschreibungsunterlagen zählenden "Allgemeinen Bestimmungen zur Gewährung von Beihilfen an Bildungsträger für die entstehenden Personal- und Sachkosten bei der Durchführung von Bildungsmaßnahmen, die vom AMS übertragen werden" (in weiterer Folge "Allgemeine Bestimmungen" genannt) war in Punkt 1.4 "Begehren" angeführt, dass das Angebot "alle in der Ausschreibungsunterlage/Einladung zur Begehrenstellung geforderten Unterlagen (Nachweise, Begehrensformulare, Konzept, etc.) umfasst. Wenn dort nicht anders angegeben, so ist für die Erstellung des [Angebotes] das Formular zu verwenden, das sich auf der Homepage des AMS Österreich [...] befindet. Das auf Excel-Basis erstellte [Angebots-]Dokument ist vom [Bieter] auszufüllen und mit den weiteren in der [Ausschreibung] geforderten Unterlagen [...] einzureichen."

In den Allgemeinen Bestimmungen ist weiters vorgesehen:

1. "2.Ziffer 2

Berechnungseinheit Maßnahmenstunde

Jede Bildungsmaßnahme muss durch eine bestimmte Anzahl von Maßnahmenstunden definiert werden. Die Maßnahmenstunden werden benötigt, um einerseits die Gemeinkosten des Förderungswerbers in Form der Gemeinkostenpauschale abzugelten und andererseits Lehr- und Betreuungspersonal den Maßnahmen zuzuordnen und entsprechend abzugelten. Eine Maßnahmestunde im Sinne dieser Richtlinie stellt daher sowohl eine Planungseinheit für Inhalt und Volumen der Maßnahme als auch eine Be- und Abrechnungseinheit dar und besteht aus 60 Minuten.

Die Anzahl der Maßnahmenstunden ist bei traditionellen Maßnahmen ident mit der Anzahl der Unterrichtseinheiten, die ein/e TeilnehmerIn benötigt, um an der Maßnahme vom Anfang bis zum Ende teilzunehmen. Sie definieren gleichsam das Volumen des Maßnahmeninhaltes (Lehrstoff oder aber auch Inhalt von Orientierungs- oder Aktivierungsmaßnahmen). Sie müssen nicht ident sein mit der Anzahl der geleisteten Unterrichtseinheiten des Lehr- oder Betreuungspersonals, da Doppelbesetzungen durch TrainerInnen keine Auswirkungen auf die Anzahl der Maßnahmestunden haben. Ebenso keine Auswirkungen auf die Anzahl der Maßnahmenstunden haben etwaige Gruppenteilungen oder die Anzahl der TeilnehmerInnen an sich.

[...]

1. 3.Ziffer 3

Aufwandsbereich Maßnahmenkosten

Unter Maßnahmenkosten sind sämtliche Aufwendungen zu verstehen, die in direktem Zusammenhang mit der/den durchzuführenden/durchgeführten Maßnahme(n) auf Seiten des Förderungswerbers anfallen und die unbedingt

erforderlich sind, um die Maßnahme(n) durchführen zu können.

[...]

3.2 Sachaufwendungen

3.2.1 Sondereinzelkosten

Unter Sondereinzelkosten sind Aufwendungen zu verstehen, die maßnahmenspezifisch auftreten können, jedoch nicht generell bei allen Maßnahmen anfallen müssen. Anerkannt werden sie, wenn sie direkt einer bestimmten Maßnahme zur Gänze oder auch teilweise (z.B. Maschinen oder sonstige Schulungsgeräte) zuordenbar sind. Die folgenden taxativ aufgezählten Sachaufwendungen werden als Sondereinzelkosten anerkannt, alle anderen Aufwendungen können nicht extra abgerechnet werden, sondern sind im Pauschalsatz für Gemeinkosten enthalten bzw. diesem zuzurechnen.

- -Strichaufzählung
Unterrichtsmaterialien: Bücher, Skripten, Kopien und sonstige Unterrichts- oder Lehrmaterialien
- -Strichaufzählung
Verbrauchsmaterial: Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe, Verbrauchswerkzeuge
- -Strichaufzählung
Telefon-, Fax-, Internetgebühren (wenn eigener Anschluss oder direkt abrechenbare Nebenstelle)
- -Strichaufzählung
Portokosten (für Bewerbungsschreiben der MaßnahmeteilnehmerInnen)
- -Strichaufzählung
[...]

Raummieten jeglicher Art werden nicht als Sondereinzelkosten anerkannt, sondern sind dem Gemeinkostenpauschalsatz zugerechnet und werden innerhalb des Pauschalsatzes abgerechnet.

3.2.2 Maschinenstundenpauschalsatz

Dieser kommt für Maschinen und sonstige Schulungsgeräte, deren Anschaffung nicht aus öffentlichen Mitteln gefördert wurde, zur Anwendung. Der Einsatz dieser Geräte und die dadurch entstehenden Kosten werden in Form eines Pauschalsatzes (Maschinenstundenpauschalsatz) abgegolten. [...]

1. 4.Ziffer 4

Aufwandsbereich Gemeinkosten

Dem Gemeinkostenbereich sind alle Aufwendungen zuzurechnen, die nicht als Maßnahmenkosten (siehe Pkt. 3) anerkannt werden. In Wettbewerbsverfahren (Verfahren mit mehreren Bildungsträgern) werden die vom Bestbegehrensteller bei Begehrenstellung geltend gemachten pauschalierten Gemeinkosten pro Maßnahmenstunde anerkannt.

Bei Verfahren ohne Wettbewerb (Verfahren mit nur einem Bildungsträger, denen kein Wettbewerbsverfahren vorausgegangen ist) werden die Gemeinkosten mit einem Pauschalsatz pro Maßnahmenstunde von bis zu EUR 36,- vergütet.

[...]

1. 7.Ziffer 7

Beihilfenberechnung

Ein Begehren mit Maßnahmenkonzept und Plankostenkalkulation ist vorzulegen, wobei ersteres die geplante Maßnahme umfassend zu beschreiben und letzteres die zu erwartenden Maßnahmekosten gemäß Pkt. 3 und etwaige sonstige Kosten gem. Pkt. 5.1 - 5.3 darzustellen hat. Die vom AMS vorgegebenen Begehrensformulare sind zu verwenden.

Für die Gemeinkosten sind die Kosten in Form eines Pauschalbetrages pro Maßnahmenstunde gemäß Pkt. 4 anzugeben. Die Pauschale ist nicht weiter aufzuschlüsseln.

- -Strichaufzählung
Die Überprüfung der Angemessenheit und Plausibilität der Kosten erfolgt im Wettbewerbsverfahren durch den Vergleich der eingelangten Begehren und der Ermittlung des Bestbegehrens. Im Verfahren ohne Wettbewerb werden die einzelnen Positionen der Maßnahmekosten auf ihre Angemessenheit und Plausibilität überprüft.
- -Strichaufzählung

[...]

1. 8.Ziffer 8

Beihilfenberechnung

Die vom AMS vorgegebenen Formulare sind zu verwenden. Eine listenmäßige Aufstellung aller Belege, die die im Formular angegebenen Summen für einzelne Aufwandsbereich und Positionen plausibilisieren, ist im Original beizulegen.

- -Strichaufzählung

Anerkannt werden können nur Aufwendungen bis zum maximal in der Fördervereinbarung/Mitteilung festgelegten Rahmenhöchstbetrag. Ergeben sich höhere Kosten ohne Ausweitung der Kapazität aus nicht vorhersehbaren und nicht direkten beeinflussbaren Faktoren wie zum Beispiel mehr TeilnehmerInnen als erwartet beanspruchen ein Quartier oder die Kostenbeteiligten Dritter sinken gegenüber dem Vorjahresdurchschnitt, so können diese Kosten, wenn sich die Steigerung daraus im Rahmen von ca. bis zu 10% bewegt, im Zuge der Endabrechnung anerkannt werden. Höhere Kosten, die aufgrund einer Ausweitung der Kapazität entstehen, müssen in Form eines Nachtragsbegehrens vom AMS bewilligt werden.

- -Strichaufzählung

[...]

- -Strichaufzählung

Der Förderwerber ist verpflichtet, nur tatsächlich getätigt, der Maßnahme zurechenbare Aufwendungen in Rechnung zu stellen.

- -Strichaufzählung

Der Förderwerber ist verpflichtet, alle entsprechenden Belege über einen Zeitraum von sieben Jahren ab Ende des Kalenderjahres, in dem die Maßnahme durchgeführt wurde, aufzubewahren und dem AMS und befugten Kontrollorganen der Republik Österreich oder bei Kofinanzierung durch andere Stellen auch den von diesen befugten Kontrollorganen innerhalb der gegebenen Frist zur Überprüfung der widmungsgemäßen Verwendung der Fördermittel jederzeit Einblick in die Bücher und Belege zu gestatten.

Gegebenenfalls ist eine Zwischenabrechnung zum Jahresende vorzulegen.

[...]"

In der Maßnahmenbeschreibung zur ausgeschriebenen Leistung wurde als nicht veränderbare Gesamtkalkulationsbasis in Bezug auf die vorgegebenen Kurse (inklusive Praktikumszeitraum, Infotage und EDV-Übungsmöglichkeiten) Folgendes angegeben:

"Gesamtkalkulation

Teillos 1: als Kalkulationsbasis des Gemeinkostenpauschalsatzes

sind insgesamt 20.337 Maßnahmen anzusetzen:

41 Kurse à 240 MS 9.800

Infotage á 17 MS 697

EDV-Übungsmögl. 9.840

Teillos 2: als Kalkulationsbasis des Gemeinkostenpauschalsatzes

sind insgesamt 19.343 Maßnahmenstunden anzusetzen:

39 Kurse à 240 MS 9.320

Infotage à 17 MS 663

EDV-Übungsmögl. 9.360"

1. 5.Ziffer 5

Die Angebotsöffnung am 3.5.2004 hat ergeben, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin sowohl zum Teillos 1 mit Euro 331.942,-- als auch zum Teillos 2 mit Euro 315.718,-- jeweils das billigste Angebot gelegt hatte. Das zweitbilligste Angebot zum Teillos 1 hat eine Angebotssumme von Euro 471.722,33 und das zum Teillos 2 Euro

458.510,61, wobei dieses von der Antragstellerin stammt (Angaben des Auftraggebers in der Stellungnahme vom 2. Juli 2004, OZ 7, sowie Angaben der Antragstellerin in OZ 1).

Der Vergleich der eingelangten Angebote zeigt folgendes Bild:

- -Strichaufzählung
Der Gesamtangebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zum Teillos 1 liegt um 39,30% unter dem Durchschnitt sämtlicher eingereichter Angebote und der zum Teillos 2 um 39,86%.
- -Strichaufzählung
Die Summe der Sachaufwendungen (Sondereinzelkosten und Maschinenkostenpauschale) und der für die Maßnahme insgesamt ausgepreisten Gemeinkosten zeigt bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Verhältnis zu den durchschnittlich dafür angebotenen Kosten sämtlicher Bieter zum Teillos 1 eine Abweichung von 47,29% und zum Teillos 2 von 47,99% nach unten.
- -Strichaufzählung
Schließlich unterschreitet die präsumtive Zuschlagsempfängerin den Durchschnitt aller für die Maßnahme angebotener Gemeinkosten um 36,55% zum Teillos 1 und um 34,96% zum Teillos 2 (Anzumerken ist, dass die angebotenen Gemeinkostenpauschalen pro Maßnahmenstunden zum Vergleich nicht geeignet sind, da einzelne Bieter - unzulässigerweise - nicht die vollen vorgegebenen Maßnahmenstunden für die Multiplikation herangezogen haben. Nur die gesamt angebotenen Gemeinkosten sind daher vergleichbar).
- -Strichaufzählung
Das Verhältnis zwischen den von den einzelnen Bietern angebotenen gesamten Gemeinkosten (Gemeinkostenpauschalsatz multiplizierten mit Maßnahmenstunden) zu den Sachaufwendungen variiert stark. So betragen die Sachaufwendungen in den einzelnen eingereichten Angeboten zwischen 7,2% und über 75% der (multiplizierten) Gemeinkosten.

(Sämtliche dieser - gerundeten - Zahlenangaben beruhen auf Einsicht in die einzelnen Angebote der Bieter sowie die bei der Angebotsprüfung aufgestellten Berechnungen des Auftraggebers. Sämtliches einliegend im Vergabeverfahrensakt).

In den Angeboten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sind jeweils die im

- nach der Ausschreibung vorgegebenen - Kalkulationsformular "Kalkulation 01" angeführten Kostenpositionen "Sondereinzelkosten" und Maschinenkostenpauschale" und sodann auch das Feld "Sachaufwand gesamt" mit EUR 0,00 ausgepreist (Angebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Vergabeverfahrensakt).

1. 6.Ziffer 6

Bei der Angebotsprüfung wurde vom Auftraggeber zunächst die präsumtive Zuschlagsempfängerin als Bestbieterin für beide Teillose evaluiert. Nachdem dem Auftraggeber der jeweilige Angebotspreis jedoch ungewöhnlich niedrig erschienen ist, hat er am gleichen Tag (27. Mai 2004) ein Schreiben an die präsumtive Zuschlagsempfängerin übermittelt, mit dem gebeten wurde, Aufklärung zu den - nach Angaben des Auftraggebers - "nicht plausibel angesehen Kostenpositionen" zu erteilen. Dieses Schreiben hatte folgenden Wortlaut:

"Sehr geehrter Bildungsträger,

bei der Bewertung Ihres Angebotes für die "Berufsorientierung für Männer und Frauen" mussten einige offene Punkte im Zusammenhang mit der Begehrensstellung und dem Maßnahmenkonzept festgestellt werden.

Die Maßnahmenkosten von EUR 331.962,22 bei Teillos 1 und EUR 315,718,00 bei Teillos 2 lassen noch einige offene Fragen an einer qualitativen Durchführung gemäß der Maßnahmenbeschreibung aufkommen.

Unsere Bedenken lauten wie folgt:

1. 1.Ziffer eins

Sondereinzelkosten / Unterrichtsmaterialien

Im Begehren sind keine Sondereinzelkosten kalkuliert. Im Konzept wird angegeben, dass die TeilnehmerInnen eine "umfangreiche Sammlung von Handouts, Übungen und Lernkontrollen zu den spezifischen Seminarinhalten aus der B***-Handoutbibliothek für persönlichkeitsbildende Fächer" erhalten. Selbst wenn keine externen Skripten zugekauft werden müssen, so fallen aus unserer Erfahrung zumindest Kopierkosten an.

Wir ersuchen daher um eine diesbezügliche Plausibilisierung.

1. 2.Ziffer 2

Sondereinzelkosten / Telefon-, Fax- Internetgebühren und Portokosten

Für diesen Bereich wurden keinerlei Kosten angesetzt. Gemäß Maßnahmenbeschreibung beschäftigt sich ein Modul mit Bewerbungstraining und aktiver Arbeitssuche mit Einzelcoaching. Weiter ist eine Arbeitsaufnahme von ca. 30% der TeilnehmerInnen binnen 3 Monaten nach Abschluss der Maßnahme vorgesehen, wobei aus unserer Erfahrung Kosten im genannten Bereich anfallen (z.B. kostet eine Bewerbung um die 60 Cent).

Im Modul EDV-Grundschulung und Information zum Berufsbild in der IT-Branche beschäftigen sich die TeilnehmerInnen unter anderem auch mit Internet-Grundlagen, wobei aus unserer Erfahrung Kosten für die Internet-Benützung anfallen.

Wir ersuchen daher um eine diesbezügliche Plausibilisierung.

1. 3.Ziffer 3

Maschinenstundenpauschale

Gemäß Verdingungsunterlage muss in den EDV-Modulen jedem/jeder TeilnehmerIn 1 PC zur Verfügung stehen. Im Begehren sind keine Kosten für Maschinenstundenpauschale kalkuliert.

Wir ersuchen daher um eine diesbezügliche Plausibilisierung.

1. 4.Ziffer 4

Gemeinkosten

Wir ersuchen um eine inhaltliche Plausibilisierung der Gemeinkosten.

Sie werden daher ersucht, eine detaillierte schriftliche Kostenaufschlüsselung und aussagekräftige Erläuterung für beide Teillose bis spätestens 01.06.2004, 12:00 Uhr, an die Landesgeschäftsstelle des AMS Wien, Abteilung 9, mittels Fax (87871/50989) zu übersenden. Sollte bis zu diesem Datum keine zufrieden stellende Klärung erfolgen, sind wir leider gezwungen, Ihr Begehren aus der Bewertung auszuschneiden."

Mit Schreiben vom 1. Juni 2004 antwortete der Auftraggeber auf diese Aufforderung wie folgt:

"Bezüglich Ihrer Anfrage dürfen wir Ihnen mitteilen, dass die von Ihnen angeführten Positionen

- -Strichaufzählung
Unterrichtsmaterialien
- -Strichaufzählung
Telefon-Fax-Internetgebühr
- -Strichaufzählung
Maschinenstundenpauschale

der Einfachheit halber in der Gemeinkostenpauschale mit einberechnet sind.

Für Kopier- und Internetkosten können wir hinzufügen, dass B*** in diesen Bereichen über Pauschalverträge verfügt laut denen die Kosten, unabhängig von dem erforderlichen Volumen, pauschal anfallen; maßnahmenbezogen fallen somit kaum Kosten an.

Es war uns möglich den Gemeinkostensatz im Vergleich zu vergleichbaren Maßnahmen günstiger zu kalkulieren, da in Ihrer Kalkulationsbasis für die Gemeinkosten die EDV-Übungsmöglichkeit extra angeführt wurde (Was bei vergleichbaren Maßnahmen nicht der Fall war). Dadurch stieg die Anzahl der zur Berechnung heranziehbaren MS (ca. auf das doppelte).

Zusammenfassend möchten wir erklären, dass alle angeführte Positionen, bereits in dem angegebenen Preis durch die Gemeinkostenpauschalen von EUR [...] für Teillos 1 bzw. EUR [...] für Teillos 2 beinhaltet sind und dass wir nach nochmaliger Überprüfung bestätigen, dass keine Änderung in dem angegebenen Gesamtpreis erfolgt.

Selbstverständlich können alle angegebenen Leistungen mit höchster Qualität durchgeführt werden.

Gerne reichen wir, bei Bedarf, ein differenziertes Begehren nach.

Wir hoffen, mit diesen Erläuterungen alle Frage aussagekräftig beantwortet zu haben und verbleiben mit freundlichen Grüßen"

In weiterer Folge nahm der Auftraggeber am nächsten Tag (2. Juni 2004) einen Vergleich der angebotenen Gemeinkostenpauschalen pro Maßnahmenstunden zwischen sämtlichen eingereichten Angeboten vor und stellte fest, dass ein weiterer Bieter eine Gemeinkostenpauschale pro Maßnahmenstunden in der selben Höhe wie die präsumtive Zuschlagsempfängerin angeboten hatte und der in diesem Punkt drittbilligste Bieter 28,33% über der Gemeinkostenpauschale pro Maßnahmenstunde der präsumtiven Zuschlagsempfängerin lag. Des Weiteren wurden an diesem Tag die Gesamtangebotssummen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin den Gesamtkosten von vier bereits im April 2004 ausgelaufenen - jedoch mit der nunmehr ausgeschriebenen Maßnahme nur bedingt vergleichbaren - Berufsorientierungsmaßnahmen, die von vier verschiedenen Kursträgern erbracht worden sind, gegenübergestellt. Auch diese Berechnung ergab - auch nach den Angaben des Auftraggebers - eine "beträchtliche Differenz". Rein mathematisch betrachtet, weicht die nunmehr angebotene Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vom durchschnittlichen Wert der zum Vergleich herangezogenen Berufsorientierungsmaßnahmen zum Teillos 1 um 28,69% und zum Teillos 2 um 28,70% nach unten ab. Nach einer internen Überprüfung hat der Auftraggeber ebenfalls am 2. Juni 2004 die Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin (nur) - nach eigenen Angaben - "bezüglich Ausmaß und Anzahl der Maßnahmenstunden überprüft und für richtig befunden". Die dargestellten Ergebnisse wurden sodann am 2. Juni 2004 der stellvertretenden Landesgeschäftsführerin präsentiert und entschieden, dass in Entsprechung der Ausschreibung die präsumtive Zuschlagsempfängerin aufgefordert werden soll, binnen einer gewissen Frist für jedes der Teillose eine Bankgarantie im Ausmaß von 40% der Bruttoangebotssumme vorzulegen. Nach Beibringung der geforderten Bankgarantien durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat der Auftraggeber schließlich entschieden, dass "keine Veranlassung mehr bestünde, Plausibilisierungsschritte zu setzen".

Im Rahmen der Preisprüfung (und auch sonst während des Vergabeverfahrens) hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin niemals gegenüber dem Auftraggeber offen gelegt oder auch intern dokumentiert, dass die Kalkulation unter Berücksichtigung des Umstandes erstellt worden wäre, dass die Eroberung von Marktanteilen oder ähnliche Umstände beabsichtigt gewesen wäre.

(Sämtliche Feststellungen ergeben sich aus dem Vergabeverfahrensakt und dem Vorbringen des Auftraggebers, insbesondere im Schriftsatz vom 16. Juli 2004, OZ 22. Die Frage einer allfälligen Absicht zur Eroberung von Marktanteilen oder ähnlicher Kalkulationshintergründe entspricht der Aussage des Mitarbeiters der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, D***, in der mündlichen Verhandlung vom 23. Juli 2004.)

1. 7.Ziffer 7

Nach Durchführung der Angebotsprüfung hat der Auftraggeber mit Faxschreiben vom 14.6.2004 den insgesamt 9 Bietern per Telefax bekannt gegeben, dass die "B*** nach Durchführung eines offenen Verfahren gemäß dem Bundesvergabegesetz und der damit verbundenen Nutzwertanalyse hinsichtlich obgenannter Maßnahme für die Teillose 1 und 2 als Bestbieter hervorgegangen ist. Das AMS Wien beabsichtigt daher, der B*** den Zuschlag zu erteilen (Zuschlagsentscheidung)". In diesen Schreiben über die Zuschlagsentscheidung wurden die ausgeschiedenen Bieter inhaltlich auf das jeweilige Schreiben über ihr Ausscheiden vom 14.5.2004 hingewiesen. Bei den übrigen Bietern, deren Angebot nicht als Bestbot evaluiert worden war, wurde jeweils festgehalten, dass "die Differenz in der Gesamtpunkteanzahl im Wesentlichen auf die geringere Angebotssumme des Bestbieters zurückzuführen" wäre (Stellungnahme des Auftraggebers vom 2.7. 2004, Beilage ./6, OZ 7).

1. 8.Ziffer 8

Der Auftraggeber wurde von der Antragstellerin gemäß § 163 Abs. 2 BVergG rechtzeitig von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens verständigt (Antrag vom 29.6.2004, OZ 1, Beilagen ./F und ./G). Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. Der Antragstellerin wurde ebenso wie die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden (Stellungnahme des Auftraggebers vom 2. Juli 2004, OZ 7. Vergabeverfahrensakt). Der Auftraggeber wurde von der Antragstellerin gemäß Paragraph 163, Absatz 2, BVergG rechtzeitig von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens verständigt (Antrag vom 29.6.2004, OZ 1, Beilagen ./F und ./G). Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. Der Antragstellerin wurde ebenso wie die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden (Stellungnahme des Auftraggebers vom 2. Juli 2004, OZ 7.

Vergabeverfahrensakt).

1. 9.Ziffer 9

Mit Bescheid vom 16. Juli 2004, OZ 20, wurde eine einstweilige Verfügung erlassen, mit der dem Auftraggeber zu sämtlichen Teillosen für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 29. August 2004 untersagt wurde, den Zuschlag zu erteilen. Mit diesem Bescheid wurden die Parteien auch darauf hingewiesen, dass im Hinblick auf die rechtliche Konstellation die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes erst am 9. September 2004 endet.

BEWEISWÜRDIGUNG

1. 10.Ziffer 10

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den bei den einzelnen Feststellungen kursiv angeführten Beweismitteln und insbesondere aus den vorgelegten, hinsichtlich ihrer Echtheit und Richtigkeit unbedenklichen Urkunden sowie dem Vergabeverfahrensakt. Weiters stützen sich die Feststellungen auf die Aussagen in der mündlichen Verhandlung vom 23. Juli 2004.

RECHTLICH IST DER FESTGESTELLTE SACHVERHALT WIE FOLGT ZU

BEURTEILEN

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

1. 11.Ziffer 11

Auftraggeber im Sinne des § 20 Z 4 BVergG ist nach übereinstimmender Rechtsprechung des BVA, des VfGH und des VwGH (VfGH 2. 3. 2000, B 1303/98; VfGH 12. 6. 2001, B 1035/99; VfGH 9. 11. 2001, B 659/98; VwGH 25. 2. 2002, 2001/04/0215) jene Person, mit dem der Vertrag zu Stande kommen soll. Der vergaberechtliche "Auftraggeber" ist also zivilrechtlich geprägt (Latzenhofer, Anmerkung zu BVA 7.10.2003, F-8/01-4, ZVB 2003, 141). Weiters ist zu beachten, dass nach der Judikatur des Bundesvergabeamtes Auftraggeber damit jene Einrichtung ist, die gemäß einer ex-ante Betrachtung den vergaberelevanten Willen zur Ausschreibungseinleitung gefasst hat. Eine falsche Bezeichnung des Auftraggebers in der Bekanntmachung hat für sich noch keine Auswirkungen auf die Qualifikation einer Einrichtung als Auftraggeber. Anderes als die genannte ex-ante Betrachtung könnte nur dann gelten, wenn sich auf Grund des allgemeinen Zivilrechts im Hinblick auf den zu berücksichtigenden Empfängerhorizont der Bewerber oder Bieter etwas anderes ergeben würde (etwa BVA 18.12.2003; 10N-137/03-7). Damit ist auch auf den objektiven Erklärungswert der Ausschreibung abzustellen (so auch Latzenhofer, Anmerkung zu BVA 7.10.2003, F-8/01-4, ZVB 2003, 141). Auftraggeber im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 4, BVergG ist nach übereinstimmender Rechtsprechung des BVA, des VfGH und des VwGH (VfGH 2. 3. 2000, B 1303/98; VfGH 12. 6. 2001, B 1035/99; VfGH 9. 11. 2001, B 659/98; VwGH 25. 2. 2002, 2001/04/0215) jene Person, mit dem der Vertrag zu Stande kommen soll. Der vergaberechtliche "Auftraggeber" ist also zivilrechtlich geprägt (Latzenhofer, Anmerkung zu BVA 7.10.2003, F-8/01-4, ZVB 2003, 141). Weiters ist zu beachten, dass nach der Judikatur des Bundesvergabeamtes Auftraggeber damit jene Einrichtung ist, die gemäß einer ex-ante Betrachtung den vergaberelevanten Willen zur Ausschreibungseinleitung gefasst hat. Eine falsche Bezeichnung des Auftraggebers in der Bekanntmachung hat für sich noch keine Auswirkungen auf die Qualifikation einer Einrichtung als Auftraggeber. Anderes als die genannte ex-ante Betrachtung könnte nur dann gelten, wenn sich auf Grund des allgemeinen Zivilrechts im Hinblick auf den zu berücksichtigenden Empfängerhorizont der Bewerber oder Bieter etwas anderes ergeben würde (etwa BVA 18.12.2003; 10N-137/03-7). Damit ist auch auf den objektiven Erklärungswert der Ausschreibung abzustellen (so auch Latzenhofer, Anmerkung zu BVA 7.10.2003, F-8/01-4, ZVB 2003, 141).

Die allgemeine vergaberechtliche Beurteilung führt - insbesondere im Hinblick auf die genannten Grundsätze - zunächst dazu, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren das Arbeitsmarktservice als Auftraggeber anzusehen ist (vertreten durch das Arbeitsmarktservice Wien als vergebende Stelle). Diese Einordnung ergibt sich insbesondere aufgrund des Umstandes, dass der Wille zur Durchführung der Ausschreibung ausschließlich durch das Arbeitsmarktservice erfolgt ist, wobei dieser Entschluss nicht auf einer "Anordnung" des Bundes beruht. Vielmehr soll eine Aufgabe, die gemäß § 32 Abs 1 Arbeitsmarktservicegesetz, BGBl I 313/1994 idGF (in der Folge "AMSG") dem Arbeitsmarktservice obliegt, im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten nach § 32 Abs 3 AMSG auf einen Dritten übertragen werden. Sowohl der Grundsatzbeschluss zur gegenständlichen Beschaffung im Rahmen einer

längerfristigen Planung als auch die konkrete Entscheidung über die Ausschreibung ist durch das Arbeitsmarktservice erfolgt. Der Bund war dabei konkret auftragsbezogen nicht involviert. Eine rechtsgeschäftliche Vollmacht des Bundes an das Arbeitsmarktservice zum Abschluss des auf der gegenständlichen Ausschreibung beruhenden Vertrages besteht nicht. Es war daher beabsichtigt, dass das Arbeitsmarktservice zivilrechtlicher Vertragspartner werde. Dem steht auch nicht entgegen, dass der Auftraggeber in der Bekanntmachung fälschlicher Weise als Auftraggeber die "Republik Österreich" angegeben hat. Nachdem es - wie oben dargestellt - auf den Empfängerhorizont ankommt, ist nämlich zu berücksichtigen, dass sowohl die Antragstellerin als auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin - trotz der Angaben in der Bekanntmachung - uneingeschränkt davon ausgehen, dass Auftraggeber im vorliegenden Fall das Arbeitsmarktservice und nicht der Bund ist. Der objektive Erklärungswert der Ausschreibung ist daher in diese Richtung zu beurteilen. Dem entspricht es auch, dass der Auftraggeber in Punkt I.5) der Bekanntmachung unter der Rubrik "Art des öffentlichen Auftraggebers" folgerichtig auch nicht "Zentrale Ebene (Bund)", sondern "Einrichtung des öffentlichen Rechts" angegeben hat. Die allgemeine vergaberechtliche Beurteilung führt - insbesondere im Hinblick auf die genannten Grundsätze - zunächst dazu, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren das Arbeitsmarktservice als Auftraggeber anzusehen ist (vertreten durch das Arbeitsmarktservice Wien als vergebende Stelle). Diese Einordnung ergibt sich insbesondere aufgrund des Umstandes, dass der Wille zur Durchführung der Ausschreibung ausschließlich durch das Arbeitsmarktservice erfolgt ist, wobei dieser Entschluss nicht auf einer "Anordnung" des Bundes beruht. Vielmehr soll eine Aufgabe, die gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Arbeitsmarktservicegesetz, Bundesgesetzblatt Teil eins, 313 aus 1994, idgF (in der Folge "AMSG") dem Arbeitsmarktservice obliegt, im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten nach Paragraph 32, Absatz 3, AMSG auf einen Dritten übertragen werden. Sowohl der Grundsatzbeschluss zur gegenständlichen Beschaffung im Rahmen einer längerfristigen Planung als auch die konkrete Entscheidung über die Ausschreibung ist durch das Arbeitsmarktservice erfolgt. Der Bund war dabei konkret auftragsbezogen nicht involviert. Eine rechtsgeschäftliche Vollmacht des Bundes an das Arbeitsmarktservice zum Abschluss des auf der gegenständlichen Ausschreibung beruhenden Vertrages besteht nicht. Es war daher beabsichtigt, dass das Arbeitsmarktservice zivilrechtlicher Vertragspartner werde. Dem steht auch nicht entgegen, dass der Auftraggeber in der Bekanntmachung fälschlicher Weise als Auftraggeber die "Republik Österreich" angegeben hat. Nachdem es - wie oben dargestellt - auf den Empfängerhorizont ankommt, ist nämlich zu berücksichtigen, dass sowohl die Antragstellerin als auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin - trotz der Angaben in der Bekanntmachung - uneingeschränkt davon ausgehen, dass Auftraggeber im vorliegenden Fall das Arbeitsmarktservice und nicht der Bund ist. Der objektive Erklärungswert der Ausschreibung ist daher in diese Richtung zu beurteilen. Dem entspricht es auch, dass der Auftraggeber in Punkt römisch eins.5) der Bekanntmachung unter der Rubrik "Art des öffentlichen Auftraggebers" folgerichtig auch nicht "Zentrale Ebene (Bund)", sondern "Einrichtung des öffentlichen Rechts" angegeben hat.

Schließlich führen die Bestimmungen des AMSG - entgegen der Ansicht des Auftraggebers - auch nicht zu einer anderen Einordnung. Die relevanten Bestimmungen des AMSG lauten (Hervorhebungen durch das Bundesvergabeamt):

2. TEIL

Aufgaben

1. HAUPTSTÜCK

Allgemeines

[...]

2. HAUPTSTÜCK

Dienstleistungen

§ 32 (1) Das Arbeitsmarktservice hat seine Leistungen in Form von Dienstleistungen zu erbringen, deren Zweck die Vermittlung von Arbeitsuchenden auf offene Stellen, die Beschäftigungssicherung und die Existenzsicherung im Sinne des § 29 ist. Paragraph 32, (1) Das Arbeitsmarktservice hat seine Leistungen in Form von Dienstleistungen zu erbringen, deren Zweck die Vermittlung von Arbeitsuchenden auf offene Stellen, die Beschäftigungssicherung und die Existenzsicherung im Sinne des Paragraph 29, ist.

(2) Dienstleistungen zur Vorbereitung, Ermöglichung oder Erleichterung einer solchen Vermittlung oder Beschäftigungssicherung sind im besonderen

1. 1.Ziffer eins
Information über den Arbeitsmarkt und die Berufswelt,
2. 2.Ziffer 2
Beratung bei der Wahl des Berufes,
3. 3.Ziffer 3
Unterstützung bei der Herstellung oder Erhaltung der Vermittlungsfähigkeit von Arbeitskräften,
4. 4.Ziffer 4
Unterstützung der Qualifizierung von Arbeitskräften und
5. 5.Ziffer 5
Unterstützung von Unternehmen bei der Suche und Auswahl geeigneter Arbeitskräfte sowie der Gestaltung der innerbetrieblichen Arbeitskräfteplanung,
6. 6.Ziffer 6
Unterstützung von Arbeitsuchenden bei der Suche und Auswahl eines Arbeitsplatzes und
7. 7.Ziffer 7
Unterstützung von Unternehmen und Arbeitskräften bei der Schaffung und Erhaltung von Arbeitsplätzen.

(3) Soweit das Arbeitsmarktservice Dienstleistungen im Sinne des Abs. 2 nicht selbst bereitstellen kann oder deren Bereitstellung unzumutbar oder unwirtschaftlich wäre, hat es dafür Vorsorge zu treffen, dass solche Leistungen auf Grund vertraglicher Vereinbarungen, z.B. durch Übertragung an geeignete Einrichtungen, auf andere Weise zur Verfügung gestellt werden. Dabei dürfen schutzwürdige Interessen Dritter im Sinne des § 1 Abs. 1 des Datenschutzgesetzes nicht verletzt werden.(3) Soweit das Arbeitsmarktservice Dienstleistungen im Sinne des Absatz 2, nicht selbst bereitstellen kann oder deren Bereitstellung unzumutbar oder unwirtschaftlich wäre, hat es dafür Vorsorge zu treffen, dass solche Leistungen auf Grund vertraglicher Vereinbarungen, z.B. durch Übertragung an geeignete Einrichtungen, auf andere Weise zur Verfügung gestellt werden. Dabei dürfen schutzwürdige Interessen Dritter im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, des Datenschutzgesetzes nicht verletzt werden.

(4) [...]

(5) [...]

3. HAUPTSTÜCK

Finanzielle Leistungen

1. ABSCHNITT

Allgemeines

Arten der finanziellen Leistungen

§ 33 Finanzielle Leistungen des Arbeitsmarktservice sindParagraph 33, Finanzielle Leistungen des Arbeitsmarktservice sind:

1. 1.Ziffer eins
Ausgaben im Rahmen von Verpflichtungen gemäß § 32 Abs. 3Ausgaben im Rahmen von Verpflichtungen gemäß Paragraph 32, Absatz 3,,
2. 2.Ziffer 2
Beihilfen nach Maßgabe der Bestimmungen der §§ 34 bis 38Beihilfen nach Maßgabe der Bestimmungen der Paragraphen 34 bis 38,

Beihilfen

§ 34 (1) Sofern Dienstleistungen im Sinne des § 32 zur Erfüllung der sich aus § 29 ergebenden Aufgaben nicht ausreichen, sind unter Beachtung der im § 31 Abs. 5 erster Satz genannten Grundsätze einmalige oder wiederkehrende finanzielle Leistungen an und für Personen (Beihilfen) nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen zu erbringen.Paragraph 34, (1) Sofern Dienstleistungen im Sinne des Paragraph 32, zur Erfüllung der sich aus

Paragraph 29, ergebenden Aufgaben nicht ausreichen, sind unter Beachtung der im Paragraph 31, Absatz 5, erster Satz genannten Grundsätze einmalige oder wiederkehrende finanzielle Leistungen an und für Personen (Beihilfen) nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen zu erbringen.

(2) Solche Beihilfen dienen im besonderen dem Zweck

1. 1.Ziffer eins
die Überwindung von kostenbedingten Hindernissen der Arbeitsaufnahme,
2. 2.Ziffer 2
eine berufliche Aus- oder Weiterbildung oder die Vorbereitung auf eine Arbeitsaufnahme,
3. 3.Ziffer 3
die (Wieder)eingliederung in den Arbeitsmarkt und
4. 4.Ziffer 4
die Aufrechterhaltung einer Beschäftigung zu fördern.

(3) Auf Beihilfen besteht kein Rechtsanspruch.

(4) Für Beihilfen, deren Zweck die Abgeltung des Lohnausfalles bei Kurzarbeit ist, gelten die Bestimmungen des Arbeitsmarktförderungsgesetzes.

(5) Sofern für Dienstleistungen gemäß § 32 Abs. 3 die entsprechenden Einrichtungen nicht oder nicht im erforderlichen Ausmaß vorhanden sind, können Beihilfen für entsprechende Errichtungs-, Erweiterungs- oder Ausstattungsinvestitionen gewährt werden.(5) Sofern für Dienstleistungen gemäß Paragraph 32, Absatz 3, die entsprechenden Einrichtungen nicht oder nicht im erforderlichen Ausmaß vorhanden sind, können Beihilfen für entsprechende Errichtungs-, Erweiterungs- oder Ausstattungsinvestitionen gewährt werden.

(6) Für Hochschulausbildungen oder Ausbildungen an einer Lehranstalt, deren Lehrprogramme zu staatlich anerkannten Lehrzielen führen, dürfen keine Beihilfen des Arbeitsmarktservice zuerkannt werden. Diese Bestimmung gilt nicht, soweit der Verwaltungsrat im Hinblick auf die besonders schwierige Lage auf dem Arbeitsmarkt in Ermangelung eines anderen geeigneten Beitrages zur dauerhaften Lösung des Arbeitsplatzproblems solche finanziellen Leistungen für bestimmte Personengruppen im Sinne des § 31 Abs. 3 für zulässig erklärt hat. Allfällige Schülerbeihilfen, Studienbeihilfen und andere für den gleichen Zweck gewährte Zuwendungen sind bei der Zuerkennung derartiger finanzieller Leistungen zu berücksichtigen.(6) Für Hochschulausbildungen oder Ausbildungen an einer Lehranstalt, deren Lehrprogramme zu staatlich anerkannten Lehrzielen führen, dürfen keine Beihilfen des Arbeitsmarktservice zuerkannt werden. Diese Bestimmung gilt nicht, soweit der Verwaltungsrat im Hinblick auf die besonders schwierige Lage auf dem Arbeitsmarkt in Ermangelung eines anderen geeigneten Beitrages zur dauerhaften Lösung des Arbeitsplatzproblems solche finanziellen Leistungen für bestimmte Personengruppen im Sinne des Paragraph 31, Absatz 3, für zulässig erklärt hat. Allfällige Schülerbeihilfen, Studienbeihilfen und andere für den gleichen Zweck gewährte Zuwendungen sind bei der Zuerkennung derartiger finanzieller Leistungen zu berücksichtigen.

(7) Der Verwaltungsrat hat über Vorschlag des Vorstandes Grundsätze hinsichtlich der näheren Voraussetzungen sowie der Art, Höhe und Dauer der Beihilfen festzulegen. Dabei ist auf die arbeitsmarktpolitischen Zielvorgaben des Bundesministers für Arbeit und Soziales (§ 59 Abs. 2) Bedacht zu nehmen.(7) Der Verwaltungsrat hat über Vorschlag des Vorstandes Grundsätze hinsichtlich der näheren Voraussetzungen sowie der Art, Höhe und Dauer der Beihilfen festzulegen. Dabei ist auf die arbeitsmarktpolitischen Zielvorgaben des Bundesministers für Arbeit und Soziales (Paragraph 59, Absatz 2,) Bedacht zu nehmen.

(8) [...]

[...]

4. TEIL

Finanzwesen und Gebarung des Arbeitsmarktservice

Eigener Wirkungsbereich

§ 41 (1) Das Arbeitsmarktservice bestreitet die Personal- und Sachausgaben für die Vollziehung dieses Bundesgesetzes, des Arbeitslosenversicherungsgesetzes 1977, des Sonderunterstützungsgesetzes BGBl. Nr. 642/1973,

des Ausländerbeschäftigungsgesetzes sowie sonstiger dem Arbeitsmarktservice zur Vollziehung übertragener Bundesgesetze in eigenem Namen und auf eigene Rechnung.Paragraph 41, (1) Das Arbeitsmarktservice bestreitet die Personal- und Sachausgaben für die Vollziehung dieses Bundesgesetzes, des Arbeitslosenversicherungsgesetzes 1977, des Sonderunterstützungsgesetzes Bundesgesetzblatt Nr. 642 aus 1973,, des Ausländerbeschäftigungsgesetzes sowie sonstiger dem Arbeitsmarktservice zur Vollziehung übertragener Bundesgesetze in eigenem Namen und auf eigene Rechnung.

(2) Der Bund hat dem Arbeitsmarktservice die Ausgaben gemäß Abs. 1 mit Ausnahme der Ausgaben gemäß § 51 zu Lasten der Gebarung Arbeitsmarktpolitik (§ 1 Abs. 2 Z 1 des Arbeitsmarktpolitikfinanzierungsgesetzes, BGBl. Nr. 315/1994) zu ersetzen.(2) Der Bund hat dem Arbeitsmarktservice die Ausgaben gemäß Absatz eins, mit Ausnahme der Ausgaben gemäß Paragraph 51, zu Lasten der Gebarung Arbeitsmarktpolitik (Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer eins, des Arbeitsmarktpolitikfinanzierungsgesetzes, Bundesgesetzblatt Nr. 315 aus 1994,) zu ersetzen.

(3) Die Ausgaben gemäß § 51 sind vom Arbeitsmarktservice zu tragen(3) Die Ausgaben gemäß Paragraph 51, sind vom Arbeitsmarktservice zu tragen.

(4) Ausgenommen von den Regelungen des Abs. 1 sind jedoch Ausgaben für Ruhegelder der ehemals im Arbeitsmarktservice tätigen Beamten; diese sind vom Bund zu bestreiten.(4) Ausgenommen von den Regelungen des Absatz eins, sind jedoch Ausgaben für Ruhegelder der ehemals im Arbeitsmarktservice tätigen Beamten; diese sind vom Bund zu bestreiten.

Übertragener Wirkungsbereich

§ 42 (1) Die Ausgaben für finanzielle Leistungen nach diesem Bundesgesetz, nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977, nach dem Sonderunterstützungsgesetz und nach Art. XXI des Karenzurlaubserweiterungsgesetzes, BGBl. Nr. 408/1990, bestreitet das Arbeitsmarktservice im Namen und auf Rechnung des Bundes.Paragraph 42, (1) Die Ausgaben für finanzielle Leistungen nach diesem Bundesgesetz, nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977, nach dem Sonderunterstützungsgesetz und nach Artikel römisch 21 , des Karenzurlaubserweiterungsgesetzes, Bundesgesetzblatt Nr. 408 aus 1990,, bestreitet das Arbeitsmarktservice im Namen und auf Rechnung des Bundes.

(2) Für den im Abs. 1 umschriebenen Wirkungsbereich gelten die Haushaltsvorschriften des Bundes(2) Für den im Absatz eins, umschriebenen Wirkungsbereich gelten die Haushaltsvorschriften des Bundes.

Dem Auftraggeber ist zwar zuzustimmen, dass§ 42 AMSG auf den ersten Blick darauf hindeuten könnte, dass ein (sonder-) gesetzliches Stellvertretungsverhältnis zwischen dem Bund und dem Arbeitsmarktservice beim Abschluss von Verträgen im Zusammenhang mit den hier gegenständlichen "finanziellen Leistungen" iSd § 33 AMSG bestünde. Auf Grund systematischer im Zusammenhang mit einer teleologischen und Wortinterpretation dieser Gesetzesbestimmung ergibt sich jedoch, dass mit dieser Vorschrift ausschließlich das Finanzwesen und die Gebarung in der Arbeitsmarktpolitik des Bundes (darin eingeschlossen die Tätigkeit des Arbeitsmarktservice) normiert werden soll. Eine Auswirkung auf vergaberechtlich/zivilrechtliche Umstände ist damit nicht vorgesehen. Zunächst ergibt sich dies aus der Einordnung des § 42 AMSG in den 4. Teil des Gesetzes, der mit "Finanzwesen und Gebarung des Arbeitsmarktservice" übertitelt ist. Die Materialien halten dazu fest, dass die Bestimmungen dieses Teiles "die im Zusammenhang mit dem Arbeitsmarktpolitikfinanzierungsgesetz notwendigen Regelungen treffen" (18. GP RV 1468 BlgNR 40 zu §§ 41 bis 52). Das Arbeitsmarktpolitik-Finanzierungsgesetz BGBl 315/1994 idGF enthält wiederum allgemeine Regelungen über die Gebarung in der Arbeitsmarktpolitik, wobei in § 1 die Einnahmequellen und die Ausgabenpositionen angeführt sind. Die weiteren Bestimmungen enthalten Regelungen für die Arbeitslosenversicherung. Auch der Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales zum AMSG bestätigt, dass es sich bei §§ 41 und 42 AMSG um Regelungen handelt, die das Finanzwesen und die Gebarung des Arbeitsmarktservice normieren (18. GP AB 1555 BlgNR 2). Darüber hinaus spricht § 32 Abs. 1 AMSG davon, dass das Arbeitsmarktservice "seine Leistungen" in Form von Dienstleistungen zu erbringen hat, wobei diese gemäß § 32 Abs. 3 AMSG bei Notwendigkeit, Zweckmäßigkeit oder auf Grund von Wirtschaftlichkeitserwägungen mittels "vertraglicher Vereinbarung" auf Dritte übertragen werden können. Auch die Materialien sprechen von "Leistungen des Arbeitsmarktservice" (18. GP RV 1468 BlgNR 35 zu § 29 Abs. 2), was darauf hindeutet, dass das Arbeitsmarktservice eigenständig tätig werden solle.Dem Auftraggeber ist zwar zuzustimmen, dass Paragraph 42, AMSG auf den ersten Blick darauf hindeuten könnte, dass ein (sonder-) gesetzliches Stellvertretungsverhältnis zwischen dem Bund und dem

Arbeitsmarktservice beim Abschluss von Verträgen im Zusammenhang mit den hier gegenständlichen "finanziellen Leistungen" iSd Paragraph 33, AMSG bestünde. Auf Grund systematischer im Zusammenhang mit einer teleologischen und Wortinterpretation dieser Gesetzesbestimmung ergibt sich jedoch, dass mit dieser Vorschrift ausschließlich das Finanzwesen und die Gebarung in der Arbeitsmarktpolitik des Bundes (darin eingeschlossen die Tätigkeit des Arbeitsmarktservice) normiert werden soll. Eine Auswirkung auf vergaberechtlich-zivilrechtliche Umstände ist damit nicht vorgesehen. Zunächst ergibt sich dies aus der Einordnung des Paragraph 42, AMSG in den 4. Teil des Gesetzes, der mit "Finanzwesen und Gebarung des Arbeitsmarktservice" übertitelt ist. Die Materialien halten dazu fest, dass die Bestimmungen dieses Teiles "die im Zusammenhang mit dem Arbeitsmarktpolitikfinanzierungsgesetz notwendigen Regelungen treffen" (18. Gesetzgebungsperiode Regierungsvorlage 1468 BlgNR 40 zu Paragraphen 41 bis 52). Das Arbeitsmarktpolitik-Finanzierungsgesetz Bundesgesetzblatt 315 aus 1994, idgF enthält wiederum allgemeine Regelungen über die Gebarung in der Arbeitsmarktpolitik, wobei in Paragraph eins, die Einnahmequellen und die Ausgabenpositionen angeführt sind. Die weiteren Bestimmungen enthalten Regelungen für die Arbeitslosenversicherung. Auch der Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales zum AMSG bestätigt, dass es sich bei Paragraphen 41 und 42 AMSG um Regelungen handelt, die das Finanzwesen und die Gebarung des Arbeitsmarktservice normieren (18. Gesetzgebungsperiode Ausschussbericht 1555 BlgNR 2). Darüber hinaus spricht Paragraph 32, Absatz eins, AMSG davon, dass das Arbeitsmarktservice "seine Leistungen" in Form von Dienstleistungen zu erbringen hat, wobei diese gemäß Paragraph 32, Absatz 3, AMSG bei Notwendigkeit, Zweckmäßigkeit oder auf Grund von Wirtschaftlichkeitserwägungen mittels "vertraglicher Vereinbarung" auf Dritte übertragen werden können. Auch die Materialien sprechen von "Leistungen des Arbeitsmarktservice" (18. Gesetzgebungsperiode Regierungsvorlage 1468 BlgNR 35 zu Paragraph 29, Absatz 2.), was darauf hindeutet, dass das Arbeitsmarktservice eigenständig tätig werden solle.

Schließlich wurde in § 42 AMSG folgende Wortwahl getroffen: Schließlich wurde in Paragraph 42, AMSG folgende Wortwahl getroffen:

"Ausgaben für finanzielle Leistungen nach diesem Bundesgesetz [...] bestreitet das Arbeitsmarktservice im Namen und auf Rechnung des Bundes". Wesentlich ist, dass der Gesetzgeber eine andere Wortwahl als bei der Normierung (unbestrittener) gesetzlicher Vertretungsmacht getroffen hat (vgl. die "Schlüsselgewalt" nach § 96 ABGB oder § 154 Abs. 1 ABGB über das gesetzliche Vertretungsverhältnis zwischen Eltern und Kindern). Dabei ist jeweils sowohl der Machthaber als auch der Vertretene sowie auch der Umstand der Berechtigung zur Vertretung im Gesetz explizit angeführt. In § 42 AMSG hat der Gesetzgeber hingegen lediglich festgehalten, dass das Arbeitsmarktservice "Ausgaben" auf eine gewisse Weise "bestreitet". Eine sämtliche Rechte und Pflichten eines Vertragsverhältnisses umfassenden Vertretungsmacht und zivilrechtlichen Stellvertretung wird damit aber nicht normiert. Dazu ist festzuhalten, dass auf Seiten des Auftraggebers durch den gegenständlichen Vertrag nicht ausschließlich Zahlungspflichten, sondern zumindest auch weitere Nebenleistungs- und Nebenpflichten sowie Obliegenheiten und nicht zuletzt die aus dem Vertrag resultierenden Rechte begründet werden sollen, wofür in § 42 AMSG allerdings keine Vertretungsmacht festgelegt wird." Ausgaben für finanzielle Leistungen nach diesem Bundesgesetz [...] bestreitet das Arbeitsmarktservice im Namen und auf Rechnung des Bundes". Wesentlich ist, dass der Gesetzgeber eine andere Wortwahl als bei der Normierung (unbestrittener) gesetzlicher Vertretungsmacht getroffen hat vergleiche die "Schlüsselgewalt" nach Paragraph 96, ABGB oder Paragraph 154, Absatz eins, ABGB über das gesetzliche Vertretungsverhältnis zwischen Eltern und Kindern). Dabei ist jeweils sowohl der Machthaber als auch der Vertretene sowie auch der Umstand der Berechtigung zur Vertretung im Gesetz explizit angeführt. In Paragraph 42, AMSG hat der Gesetzgeber hingegen lediglich festgehalten, dass das Arbeitsmarktservice "Ausgaben" auf eine gewisse Weise "bestreitet". Eine sämtliche Rechte und Pflichten eines Vertragsverhältnisses umfassenden Vertretungsmacht und zivilrechtlichen Stellvertretung wird damit aber nicht normiert. Dazu ist festzuhalten, dass auf Seiten des Auftraggebers durch den gegenständlichen Vertrag nicht ausschließlich Zahlungspflichten, sondern zumindest auch weitere Nebenleistungs- und Nebenpflichten sowie Obliegenheiten und nicht zuletzt die aus dem Vertrag resultierenden Rechte begründet werden sollen, wofür in Paragraph 42, AMSG allerdings keine Vertretungsmacht festgelegt wird.

Wesentlich ist weiters, dass die Vermittlung von Arbeitssuchenden nicht hoheitlich erfolgt (OGH 30.1.2001, Ob 257/00a) und auch die hier vom Auftraggeber nachgefragte Dienstleistung (unter Berücksichtigung des Begriffes der Arbeitsvermittlung in § 2 Arbeitsmarktförderungsgesetz BGBl 31/1969 idF BGBl I 68/2002) nicht in den Bereich der Hoheitsverwaltung fällt. In weiterer Folge besteht gemäß § 58 Abs. 1 iVm § 59 AMSG auch kein Weisungsrecht des

Bundes, sondern "lediglich" ein Aufsichtsrecht des Bundes (Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit). Dies im Gegensatz etwa zum Anspruch auf Arbeitslosengeld, der hoheitlicher Natur ist, wobei das Handeln der entsprechenden Organe dabei dem Bund zuzurechnen ist (VfGH 6.3.2000, B 377/98, dem folgend OGH 30.1.2001, 1 Ob 257/00a). Wesentlich ist weiters, dass die Vermittlung von Arbeitssuchenden nicht hoheitlich erfolgt (OGH 30.1.2001, 1 Ob 257/00a) und auch die hier vom Auftraggeber nachgefragte Dienstleistung (unter Berücksichtigung des Begriffes der Arbeitsvermittlung in Paragraph 2, Arbeitsmarktförderungsgesetz Bundesgesetzblatt 31 aus 1969, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 68 aus 2002,) nicht in den Bereich der Hoheitsverwaltung fällt. In weiterer Folge besteht gemäß Paragraph 58, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 59, AMSG auch kein Weisungsrecht des Bundes, sondern "lediglich" ein Aufsichtsrecht des Bundes (Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit). Dies im Gegensatz etwa zum Anspruch auf Arbeitslosengeld, der hoheitlicher Natur ist, wobei das Handeln der entsprechenden Organe dabei dem Bund zuzurechnen ist (VfGH 6.3.2000, B 377/98, dem folgend OGH 30.1.2001, 1 Ob 257/00a).

Eine weitere Grundlage für die dargestellte Interpretation findet sich schließlich in § 62 Abs. 1 AMSG, wo pauschal festgehalten wird, dass das Arbeitsmarktservice Rechtsnachfolger des Fonds der Arbeitsmarktverwaltung und des Bundes ist, soweit zum Zwecke der Arbeitsmarktverwaltung Rechte erworben oder Pflichten eingegangen worden sind. Eine derartige Regelung über die Gesamtrechtsnachfolge des Arbeitsmarktservice nach der damaligen "Arbeitsmarktverwaltung" (18. GP RV 1468 BlgNR 41 zu § 62) hat somit bestehende Rechte und Pflichten aus Verträgen, die inhaltlich der ausgeschriebenen Leistungen entsprechen, auf das Arbeitsmarktservice übertragen. Sollte man § 42 AMSG entgegen obiger, vom Bundesvergabeamt dargestellter Auslegung derartig verstehen, würde aber in weiterer Folge bei neuen Vertragsabschlüssen vergleichbare Rechte und Pflichten wiederum dem Bund zufallen. Dies führte jedoch zu einer nicht nachvollziehbare Unterscheidung zwischen "Altverträgen", die durch § 62 Abs. 1 AMSG auf das Arbeitsmarktservice übertragen werden, und wesensgleichen "Neuverträgen", die auf Grund § 42 AMSG wiederum den Bund berechtigen und verpflichten würden. Eine weitere Grundlage für die dargestellte Interpretation findet sich schließlich in Paragraph 62, Absatz eins, AMSG, wo pauschal festgehalten wird, dass das Arbeitsmarktservice Rechtsnachfolger des Fonds der Arbeitsmarktverwaltung und des Bundes ist, soweit zum Zwecke der Arbeitsmarktverwaltung Rechte erworben oder Pflichten eingegangen worden sind. Eine derartige Regelung über die Gesamtrechtsnachfolge des Arbeitsmarktservice nach der damaligen "Arbeitsmarktverwaltung" (18. Gesetzgebungsperiode Regierungsvorlage 1468 BlgNR 41 zu Paragraph 62,) hat somit bestehende Rechte und Pflichten aus Verträgen, die inhaltlich der ausgeschriebenen Leistungen entsprechen, auf das Arbeitsmarktservice übertragen. Sollte man Paragraph 42, AMSG entgegen obiger, vom Bundesvergabeamt dargestellter Auslegung derartig verstehen, würde aber in weiterer Folge bei neuen Vertragsabschlüssen vergleichbare Rechte und Pflichten wiederum dem Bund zufallen. Dies führte jedoch zu einer nicht nachvollziehbare Unterscheidung zwischen "Altverträgen", die durch Paragraph 62, Absatz eins, AMSG auf das Arbeitsmarktservice übertragen werden, und wesensgleichen "Neuverträgen", die auf Grund Paragraph 42, AMSG wiederum den Bund berechtigen und verpflichten würden.

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass im vorliegenden Fall die Bestimmungen des AMSG, insbesondere § 42 AMSG, keine Auswirkung auf die zivilrechtlich zu beurteilenden Auftraggebereigenschaft nach § 20 Z 4 BVergG haben. Auftraggeber der gegenständlichen Ausschreibung ist daher das Arbeitsmarktservice. Das Arbeitsmarktservice ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG. Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass im vorliegenden Fall die Bestimmungen des AMSG, insbesondere Paragraph 42, AMSG, keine Auswirkung auf die zivilrechtlich zu beurteilenden Auftraggebereigenschaft nach Paragraph 20, Ziffer 4, BVergG haben. Auftraggeber der gegenständlichen Ausschreibung ist daher das Arbeitsmarktservice. Das Arbeitsmarktservice ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne des Anhanges IV, Kategorie 24 iVm § 4 BVergG (nicht prioritäre Dienstleistung). Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 9 Abs. 1 Z 5 BVergG, wodurch ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich gegeben ist. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne des Anhanges römisch vier, Kategorie 24 in Verbindung mit Paragraph 4, BVergG (nicht prioritäre Dienstleistung). Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG, wodurch ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich gegeben ist.

Der gegenständliche Auftrag liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im

Anwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 162 Abs. 1 BVergG iVm § 135 Abs. 2 BVergG und Art 14b Abs. 2 Z 1 lit. a B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Auftrag liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Anwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 162, Absatz eins, BVergG in Verbindung mit Paragraph 135, Absatz 2, BVergG und Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG ist sohin gegeben.

1. 12. Ziffer 12

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 2.7.2004 das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt in concreto gemäß § 162 Abs. 2 BVergG zur - wie hier beantragt - Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers sowie zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 2.7.2004 das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt in concreto gemäß Paragraph 162, Absatz 2, BVergG zur - wie hier beantragt - Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers sowie zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

II. Zulässigkeit des Antrages römisch zwei. Zulässigkeit des Antrages

1. 13. Ziffer 13

Im Übrigen liegen keine Gründe vor, die die Zulässigkeit des Antrages auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung entsprechend § 163 Abs. 1 sowie § 166 Abs. 1 und Abs. 2 BVergG in Abrede stellen würden. Der Antragsteller hat im Rahmen aufgetragener Verbesserungen schließlich auch die Darstellung des behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schadens sowie die genaue Bezeichnung des Auftraggebers richtig vorgenommen. Im Übrigen liegen keine Gründe vor, die die Zulässigkeit des Antrages auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung entsprechend Paragraph 163, Absatz eins, sowie Paragraph 166, Absatz eins und Absatz 2, BVergG in Abrede stellen würden. Der Antragsteller hat im Rahmen aufgetragener Verbesserungen schließlich auch die Darstellung des behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schadens sowie die genaue Bezeichnung des Auftraggebers richtig vorgenommen.

1. 14. Ziffer 14

Schließlich ist festzuhalten, dass der Auftraggeber die gegenständlich ausgeschriebene Dienstleistung in 2 Teillose aufgeteilt hat. Das rechtliche Schicksal dieser beiden Teillose ist getrennt zu betrachten, obwohl der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung hinsichtlich beider Teillose zu Gunsten desselben Unternehmens getroffen und mittels eines einzigen Schreibens bekannt gegeben hat. Formal gesehen liegen dennoch 2 getrennte (Teil-) Zuschlagsentscheidungen vor, wobei der vorliegende Antrag dahingehend zu verstehen ist, dass beide Zuschlagsentscheidungen angefochten sind. Schließlich umfasst die spruchgemäße Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung beide Teillose des gegenständlichen Vergabeverfahrens, also sowohl das Teillo 1 als auch das Teillo 2.

III. Inhaltliche Beurteilung des Antrages römisch drei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages

1. 15. Ziffer 15

Gegenstand des durchgeführten Nachprüfungsverfahrens waren die Kalkulation der Angebotspreise durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin samt deren Darstellung in den Angeboten sowie die vom Auftraggeber durchgeführte Preisprüfung.

1. 16. Ziffer 16

Ausgangspunkt für die rechtliche Beurteilung des gegenständlichen, festgestellten Sachverhaltes ist zunächst der Umstand, dass es sich beim vorliegenden Auftrag um eine nichtprioritäre Dienstleistung handelt und nach den gesetzlichen Bestimmungen nur ein verdünntes Vergaberegime zur Anwendung gelangt (§ 16 Abs. 3 BVergG). Zu beachten ist insbesondere, dass die Regelungen über die Angebotsprüfung (vor allem die Preisprüfung in § 91 Abs. 2 Z 4 und § 93 BVergG) und der Ausscheidenstatbestandes des § 98 Z 3 BVergG nicht - zumindest nicht unmittelbar (siehe dazu gleich) - zur Anwendung gelangen. Als Maßstab für die gesetzlich nicht ausdrücklich geregelte Aspekte eines Vergabeverfahrens sind allerdings die in § 21 BVergG normierten Grundsätze sowie die daran zu messenden Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen heranzuziehen (vgl. dazu BVA 24.10.2003,

03N-87/03-20 mwN), wobei diesen Grundsätzen gerade dort besondere Bedeutung zukommt (zum insofern vergleichbaren Sektorenbereich BVA 20.2.2004, 16N-144/03-36, RPA 2004, 189 (Reisner), ähnlich 4.3.2004, 16N-8/04-14, BVA 28.4.2003, 17N- 26/03-15, RPA 2003, 134; zum Verhandlungsverfahren BVA 2.10.2003, 16N-74/03-21). Für die rechtliche Würdigung ist demnach zunächst relevant, dass nach § 21 Abs. 1 BVergG - auch nicht prioritäre - Dienstleistungen zu "angemessenen Preisen" zu vergeben sind. Ausgangspunkt für die rechtliche Beurteilung des gegenständlichen, festgestellten Sachverhaltes ist zunächst der Umstand, dass es sich beim vorliegenden Auftrag um eine nichtprioritäre Dienstleistung handelt und nach den gesetzlichen Bestimmungen nur ein verdünntes Vergaberegime zur Anwendung gelangt (Paragraph 16, Absatz 3, BVergG). Zu beachten ist insbesondere, dass die Regelungen über die Angebotsprüfung (vor allem die Preisprüfung in Paragraph 91, Absatz 2, Ziffer 4 und Paragraph 93, BVergG) und der Ausscheidenstatbestandes des Paragraph 98, Ziffer 3, BVergG nicht - zumindest nicht unmittelbar (siehe dazu gleich) - zur Anwendung gelangen. Als Maßstab für die gesetzlich nicht ausdrücklich geregelte Aspekte eines Vergabeverfahrens sind allerdings die in Paragraph 21, BVergG normierten Grundsätze sowie die daran zu messenden Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen heranzuziehen vergleiche dazu BVA 24.10.2003, 03N-87/03-20 mwN), wobei diesen Grundsätzen gerade dort besondere Bedeutung zukommt (zum insofern vergleichbaren Sektorenbereich BVA 20.2.2004, 16N-144/03-36, RPA 2004, 189 (Reisner), ähnlich 4.3.2004, 16N-8/04-14, BVA 28.4.2003, 17N- 26/03-15, RPA 2003, 134; zum Verhandlungsverfahren BVA 2.10.2003, 16N-74/03-21). Für die rechtliche Würdigung ist demnach zunächst relevant, dass nach Paragraph 21, Absatz eins, BVergG - auch nicht prioritäre - Dienstleistungen zu "angemessenen Preisen" zu vergeben sind.

Weiters ist der inhaltliche Gehalt des § 98 Z 3 BVergG zu berücksichtigen, wonach "Angebote, die eine - gegebenenfalls durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (z.B. spekulative Preisgestaltung) aufweisen", auszuschneiden sind. Die sinnngemäße Anwendung dieser Ausscheidensbestimmung ergibt sich daraus, dass unter Berücksichtigung der allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens auch bei nicht prioritären Dienstleistungen grundsätzlich ein Ausscheiden von Angeboten möglich sein muss (in diesem Sinne BVA 11.06.2004, 05N-35/04-46 und BVA 18.05.2004, 05N- 30/04-35) und darüber hinaus die Ausscheidenstatbestände des BVergG einer Präzisierung der allgemeinen Grundsätze des § 21 BVergG dienen (zum Sektorenbereich, bei dem die gleiche Problematik gegeben ist, BVA 20.2.2004, 16N-144/03-36). Dass § 98 Z 3 BVergG inhaltlich einem aus den allgemeinen Grundsätzen abgeleiteten Ausscheidenstatbestand entspricht, resultiert auch daraus, dass - wie sich zeigen wird - diese Bestimmung einen Sammeltatbestand für all jene Fälle darstellt, bei denen mit den Preisen des Bieters "etwas nicht in Ordnung ist". Auch ein Recht des betroffenen Bieters, seine Kalkulation erklären zu können, ist den allgemeinen Grundsätzen zu entnehmen. Die zumindest inhaltlich-sinnngemäße Anwendung des § 98 Z 3 BVergG ergibt sich schließlich aus dem - bei nicht prioritären Dienstleistungen ebenfalls anzuwendenden - § 99 Abs. 1 BVergG, nach dem vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag ein Ausscheiden von Angeboten zu erfolgen hat. Weiters ist der inhaltliche Gehalt des Paragraph 98, Ziffer 3, BVergG zu berücksichtigen, wonach "Angebote, die eine - gegebenenfalls durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (z.B. spekulative Preisgestaltung) aufweisen", auszuschneiden sind. Die sinnngemäße Anwendung dieser Ausscheidensbestimmung ergibt sich daraus, dass unter Berücksichtigung der allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens auch bei nicht prioritären Dienstleistungen grundsätzlich ein Ausscheiden von Angeboten möglich sein muss (in diesem Sinne BVA 11.06.2004, 05N-35/04-46 und BVA 18.05.2004, 05N- 30/04-35) und darüber hinaus die Ausscheidenstatbestände des BVergG einer Präzisierung der allgemeinen Grundsätze des Paragraph 21, BVergG dienen (zum Sektorenbereich, bei dem die gleiche Problematik gegeben ist, BVA 20.2.2004, 16N-144/03-36). Dass Paragraph 98, Ziffer 3, BVergG inhaltlich einem aus den allgemeinen Grundsätzen abgeleiteten Ausscheidenstatbestand entspricht, resultiert auch daraus, dass - wie sich zeigen wird - diese Bestimmung einen Sammeltatbestand für all jene Fälle darstellt, bei denen mit den Preisen des Bieters "etwas nicht in Ordnung ist". Auch ein Recht des betroffenen Bieters, seine Kalkulation erklären zu können, ist den allgemeinen Grundsätzen zu entnehmen. Die zumindest inhaltlich-sinnngemäße Anwendung des Paragraph 98, Ziffer 3, BVergG ergibt sich schließlich aus dem - bei nicht prioritären Dienstleistungen ebenfalls anzuwendenden - Paragraph 99, Absatz eins, BVergG, nach dem vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag ein Ausscheiden von Angeboten zu erfolgen hat.

Inhaltlich ist zum mittelbar angewendeten § 98 Z 3 BVergG festzuhalten, dass dieser - wie erwähnt - einen Sammeltatbestand für sämtliche Fehler in der Preisgestaltung darstellt, d.h. immer dann erfüllt ist, wenn mit den Preisen nach den gesetzlichen Vorgaben und den Anforderungen in der Ausschreibung "etwas nicht in Ordnung ist".

Dies führt nach der Terminologie des Gesetzes im Ergebnis dazu, dass der Gesamtpreis nicht plausibel zusammengesetzt ist (siehe dazu Katary, (Kontroverzielle) Klarstellungen des VfGH zu kontroversiellen Fragen der Preisprüfung, RPA 2003, 336, unter Verweis auf VfGH 22.9.2003, B 1211/01 - Autobuslinie 80A). In diesem Zusammenhang ist weiters wesentlich, dass die nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises des § 98 Z 3 BVergG nicht nur in formaler Betrachtung den Gesamtpreis betrifft, sondern dabei auch eine Überprüfung von Einzelpositionen zu erfolgen hat. Liegt daher beispielsweise eine (nicht erklärt und nachvollziehbare) unangemessene Position vor, bei der gegenständlichen Ausschreibung beispielsweise die Gemeinkostenpauschale, so führt dies dazu, dass im Ergebnis (auch) der Gesamtpreis nicht plausibel zusammengesetzt ist. Schließlich ist zu beachten, dass zwar in Folge der (nur) inhaltlichen Anwendung von § 98 Z 3 BVergG die dortige Nennung der "vertieften Angebotsprüfung" keinen formalen Verweis auf die entsprechenden Bestimmungen des BVergG darstellt. Aufgrund allgemeiner Umstände ist dennoch davon auszugehen, dass einem Bieter vor seinem Ausscheiden auf Grund eines nicht plausibel zusammengesetzten Gesamtpreises jedenfalls die Möglichkeit zur Rechtfertigung innerhalb einer angemessenen Frist eingeräumt werden muss. Inhaltlich ist zum mittelbar angewendeten Paragraph 98, Ziffer 3, BVergG festzuhalten, dass dieser - wie erwähnt - einen Sammeltatbestand für sämtliche Fehler in der Preisgestaltung darstellt, d.h. immer dann erfüllt ist, wenn mit den Preisen nach den gesetzlichen Vorgaben und den Anforderungen in der Ausschreibung "etwas nicht in Ordnung ist". Dies führt nach der Terminologie des Gesetzes im Ergebnis dazu, dass der Gesamtpreis nicht plausibel zusammengesetzt ist (siehe dazu Katary, (Kontroverzielle) Klarstellungen des VfGH zu kontroversiellen Fragen der Preisprüfung, RPA 2003, 336, unter Verweis auf VfGH 22.9.2003, B 1211/01 - Autobuslinie 80A). In diesem Zusammenhang ist weiters wesentlich, dass die nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises des Paragraph 98, Ziffer 3, BVergG nicht nur in formaler Betrachtung den Gesamtpreis betrifft, sondern dabei auch eine Überprüfung von Einzelpositionen zu erfolgen hat. Liegt daher beispielsweise eine (nicht erklärt und nachvollziehbare) unangemessene Position vor, bei der gegenständlichen Ausschreibung beispielsweise die Gemeinkostenpauschale, so führt dies dazu, dass im Ergebnis (auch) der Gesamtpreis nicht plausibel zusammengesetzt ist. Schließlich ist zu beachten, dass zwar in Folge der (nur) inhaltlichen Anwendung von Paragraph 98, Ziffer 3, BVergG die dortige Nennung der "vertieften Angebotsprüfung" keinen formalen Verweis auf die entsprechenden Bestimmungen des BVergG darstellt. Aufgrund allgemeiner Umstände ist dennoch davon auszugehen, dass einem Bieter vor seinem Ausscheiden auf Grund eines nicht plausibel zusammengesetzten Gesamtpreises jedenfalls die Möglichkeit zur Rechtfertigung innerhalb einer angemessenen Frist eingeräumt werden muss.

Aus der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes ist die Entscheidung BVA 30.9.2003, 03N-71/03-19, zu berücksichtigen, wo unter Verweis auf Oberndorfer/Straube, Kommentar zu den österreichischen Normen betreffend das Vergabe- und Verdingungswesen (1997) 11, FN 10, zur Preisprüfung bei nicht prioritären Dienstleistungen festgehalten wird: "Bei der Prüfung, ob ein Unterpreisangebot vorliegt, kann es nach allgemeinem Verständnis nur darauf ankommen, ob ein Bieter gemessen an den ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten kostendeckend kalkuliert hat und die Preise wirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar sind". Mit dieser Rechtsprechung, der sich auch der erkennende Senat anschließt, nähert sich das Bundesvergabeamt inhaltlich betrachtet den gesetzlichen Bestimmungen für die vertiefte Angebotsprüfung, da ebenso wie in § 93 Abs. 4 BVergG auf die (betriebs-)wirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit abgestellt wird. Aus der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes ist die Entscheidung BVA 30.9.2003, 03N-71/03-19, zu berücksichtigen, wo unter Verweis auf Oberndorfer/Straube, Kommentar zu den österreichischen Normen betreffend das Vergabe- und Verdingungswesen (1997) 11, FN 10, zur Preisprüfung bei nicht prioritären Dienstleistungen festgehalten wird: "Bei der Prüfung, ob ein Unterpreisangebot vorliegt, kann es nach allgemeinem Verständnis nur darauf ankommen, ob ein Bieter gemessen an den ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten kostendeckend kalkuliert hat und die Preise wirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar sind". Mit dieser Rechtsprechung, der sich auch der erkennende Senat anschließt, nähert sich das Bundesvergabeamt inhaltlich betrachtet den gesetzlichen Bestimmungen für die vertiefte Angebotsprüfung, da ebenso wie in Paragraph 93, Absatz 4, BVergG auf die (betriebs-)wirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit abgestellt wird.

Als Grundlage für die Preisprüfung ist weiters die nicht angefochtene und daher bestandfeste Ausschreibung zu berücksichtigen, wobei in Punkt 7. der Allgemeinen Bestimmungen ausdrücklich festgehalten wird, dass die "Überprüfung der Angemessenheit und Plausibilität der Kosten [...] durch Vergleich der eingelangten Begehren und der Ermittlung des Bestbegehrens" erfolgt. Unabhängig von einer absoluten Rechtmäßigkeit dieser Festlegung (Einklang mit der Entscheidung VfGH 22.09.2003, B1211/01, RPA 2003, 342 und RPA 2003, 336 (Katary), wo der VfGH

zum WLVergG 1995 - entgegen bedeutenden Literaturmeinungen - ausdrücklich auf den Vergleich zwischen den eingelangten Angeboten abgestellt) ist sohin für den vorliegenden Fall diese Ausschreibungsbestimmung als Grundlage heranzuziehen. Zu beachten ist weiters, dass die Ausschreibung als Vergleichsbasis sämtliche eingelangten und nicht etwa die zuschlagsfähigen Angebot festlegt.

1. 17.Ziffer 17

Bei Anwendung der dargestellten Grundsätze auf den gegenständlichen Fall fällt zunächst auf, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu beiden Teillosen angebotenen Preise ungewöhnlich niedrig sind. Dies trifft sowohl für den jeweils kalkulierten Gesamtpreis zu, der jeweils um knapp 40% unter dem rechnerischen Durchschnittsgesamtpreis liegt, als auch auf einzelne Teilpositionen, wo zum Durchschnitt ein Abweichen nach unten zwischen 34,96% und 47,99% festzustellen ist. Selbst im Verhältnis zum jeweils zweitbilligsten Angebot liegt eine Unterschreitung des Gesamtpreises von 29,63% (Teillos 1) bzw 31,14% (Teillos 2) vor. Auch der - hier schon auf Grund der Ausschreibung nicht wesentliche - Vergleich mit früheren Berufsorientierungsmaßnahmen indiziert das Vorliegen eines ungewöhnlich niedrig Preises bzw. einzelner Preispositionen. So ist auch der Auftraggeber bei der Preisprüfung davon ausgegangen, dass ungewöhnlich niedrige Gesamt- bzw. Positionspreise gegeben sind.

Die ausschlaggebende Ungewöhnlichkeit der angebotenen Preise ist zunächst in der Position Gemeinkostenpauschale zu erblicken, bei der ein Unterschreiten von 36,55% (Teillos 1) bzw. 34,96% (Teillos 2) vorliegt. Dabei ist noch ein weiterer Aspekt zu berücksichtigen, den der Auftraggeber bei seiner Preisprüfung übersehen hat. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat zu keinem der beiden Teillose - wie von der Ausschreibung grundsätzlich vorgesehen - die weiteren Kostenpositionen "Sachaufwendungen" (bestehend aus "Sondereinzelkosten" und "Maschinenkostenpauschale") ausgepreist. Die Erklärung hierfür läge darin, dass die Sachaufwendungen (samt Subkostenpositionen) - wie es die präsumtive Zuschlagsempfängerin anführt - "der Einfachheit halber" in die Gemeinkostenpauschale miteinbezogen worden sind. Soll nunmehr ein Vergleich der Gemeinkostenpauschalen pro Maßnahmenstunde bzw. der gesamten Gemeinkosten zwischen den einzelnen Bietern angestellt werden, müsste gegenüber den übrigen Bietern (bis auf einen weiteren, wobei die Kalkulation dieses Bieters vom Auftraggeber nicht geprüft worden ist) die Gemeinkostenpauschale pro Maßnahmenstunde hier noch um die Sachaufwendungen (Sondereinzelkosten und die Maschinenkostenpauschale) bereinigt werden. Erst dieser verminderte Wert wäre für einen Vergleich zwischen den Gemeinkostenpauschalen geeignet. Von Bedeutung ist dabei weiters, dass derjenige Bieter, der die selbe niedrige Gemeinkostenpauschale pro Maßnahmenstunden wie die präsumtive Zuschlagsempfängerin angeboten hat, die Sachaufwendungen gesondert aufwies und im Ergebnis daher nicht den gleich niedrigen Wert wie die präsumtive Zuschlagsempfängerin angeboten hat. Die Mitberücksichtigung der Sachaufwendungen in den Gemeinkosten durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat jedoch zur Folge, dass ein isolierter Vergleich der Gemeinkostenpauschale pro Maßnahmenstunde tatsächlich nicht möglich ist. In einem rechtsrichtigen Vergleich müssen, wenn ein bzw. mehrere Bieter keine Sachkosten gesondert ausweisen, jedenfalls die Sachaufwendungen plus Gemeinkosten einbezogen werden. Denn nur auf diese Weise wird unter anderem vermieden, dass an sich anzuführende Kosten gar nicht in die Kalkulation aufgenommen werden.

Summiert man die Sachaufwendungen mit den Gemeinkosten beträgt die Abweichung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gegenüber dem Durchschnitt sogar minus 47,29% (Teillos 1) bzw 47,99% (Teillos 2), wobei dieser Wert die eigentliche Vergleichsbasis darstellt. Entgegen den Aussagen des Auftraggebers und auch der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist weiters festzuhalten, dass die Sachaufwendungen (Maschinenkostenpauschale und Sondereinzelkosten) im Verhältnis zu den insgesamt für die Maßnahme kalkulierten Gemeinkosten nicht als marginal bezeichnet werden kann, da - abhängig vom jeweiligen Bieter - die Sachaufwendungen insgesamt zwischen 7,2% und bis über 75% der in Kalkulation gezogenen Gemeinkosten ausmachen.

Unter Zugrundelegung der Ausschreibung sind bestehen im Ergebnis somit begründete Zweifel an der Angemessenheit sowohl des Gesamtpreises als auch der genannten Positionspreise.

1. 18.Ziffer 18

Betrachtet man nunmehr das auf Grund der vom Auftraggeber festgestellten (und auch objektiv vorliegenden) Unterpreisigkeit durchgeführte "Aufklärungsverfahren", so erweist sich dieses als nicht vollständig und daher als nicht rechtmäßig. Dabei ist vor Augen zu halten, dass der entscheidende Beurteilungsfaktor (nicht nur für die Angemessenheit, sondern auch) für die Erklär- und Nachvollziehbarkeit der Preise der Vergleich zu den übrigen

angebotenen Preisen ist (Punkt 7. der Allgemeinen Bestimmungen).

Unabhängig davon, dass lediglich ein Vergleich zwischen der Höhe der Gemeinkostenpauschale pro Maßnahmenstunde vorgenommen wurde und nicht der oben dargestellte, auch hier relevante Gesamtvergleich zwischen der Summe von Sachaufwendungen plus Gemeinkosten, stellen die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Vergabeverfahren dargelegten Umstände im Endeffekt keine nachvollziehbare Aufklärung dar. So hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin über Aufforderung, eine inhaltlich Plausibilisierung der Gemeinkosten vorzunehmen, lediglich geantwortet, dass es ihr möglich war, "den Gemeinkostensatz im Vergleich zu vergleichbaren Maßnahmen günstiger zu kalkulieren", da in der Kalkulationsbasis des Auftraggebers für die Gemeinkosten "die EDV-Übungsmöglichkeit extra angeführt worden wäre, was bei vergleichbaren Maßnahmen nicht der Fall gewesen wäre. Dadurch stiege die Anzahl der zur Berechnung heranzuziehenden MS (ca. auf das Doppelte)" (Hervorhebung durch das Bundesvergabeamt). Tatsächlich wird dadurch aber ausschließlich eine Erklärung im Verhältnis zu anderen Maßnahmen des Auftraggebers versucht, jedoch offensichtlich keine Erklärung für das signifikante Unterschreiten der Angebotspreise der übrigen Bieter gegeben. Nachdem dies die einzige von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin abgegeben (und auch vom Auftraggeber verlangte) Erklärung gewesen ist, lag zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung keine hinreichende Aufklärung vor. Dass es der Auftraggeber bei dieser Erklärung bewenden ließ, hat grundsätzlich 2 Folgen:

- -Strichaufzählung

Zunächst erweist sich die Angebotsprüfung durch den Auftraggeber als unvollständig, da er einerseits die relevante Aufklärung für den signifikanten Unterpreis nicht erhalten hat und da er andererseits die präsumtive Zuschlagsempfängerin in diesem konkreten Fall mit näheren Details und fraglichen Positionen konfrontieren hätte müssen (sei es im Schreiben vom 27.5.2004 oder in einem nochmaligen Schreiben).

- -Strichaufzählung

Darüber hinaus waren aus dem Blickwinkel des damaligen Zeitpunktes die Unterpreise (Gesamtpreis, aber auch die einzelnen Positionspreise Gemeinkosten pro Maßnahmenstunde und Sachaufwendungen) im Vergleich zu den anderen Angeboten nicht nachvollziehbar erklärt.

Dass von Seiten des Auftraggebers selbst Unsicherheit über die abgegebene Erklärung geherrscht hat, zeigt der Umstand, dass von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin Bankgarantien verlangt worden sind. Entgegen den Ausführungen in der mündlichen Verhandlung ist dafür kein anderer Grund ersichtlich, außer dass auch der Auftraggeber mit der gegebenen Erklärung nicht zufrieden gestellt war. Dass damit nur eine allgemeine Sicherungsmaßnahme getroffen werden sollte, ist aus der Sicht des Bundesvergabeamtes nicht nachvollziehbar. So hat auch die stellvertretende Landesgeschäftsführerin des AMS Wien, E***, in der mündlichen Verhandlung vom 23.7.2003 ausgeführt, dass nur in etwa 1% aller Fälle eine Bankgarantie abverlangt werde.

1. 19.Ziffer 19

Für die vorliegende Entscheidung ist nunmehr von Bedeutung, ob die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Rahmen des durchgeführten Nachprüfungsverfahrens die angebotenen Unterpreise nachvollziehbar erklären konnte. Dies hätte zur Folge, dass der vom Auftraggeber produzierte Vergabeverfahrensmangel (unfertige Angebotsprüfung) als nicht wesentlich im Sinne des § 174 Abs. 1 Z 2 BVergG anzusehen wäre und darüber hinaus Für die vorliegende Entscheidung ist nunmehr von Bedeutung, ob die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Rahmen des durchgeführten Nachprüfungsverfahrens die angebotenen Unterpreise nachvollziehbar erklären konnte. Dies hätte zur Folge, dass der vom Auftraggeber produzierte Vergabeverfahrensmangel (unfertige Angebotsprüfung) als nicht wesentlich im Sinne des Paragraph 174, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG anzusehen wäre und darüber hinaus

- entgegen der im Vergabeverfahren zuvor bestandenen Situation - die angebotenen Preise doch wirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar wären.

1. 20.Ziffer 20

Zusätzlich bzw. in Ergänzung zu den im Vergabeverfahren gegebenen Auskünften vom 1. Juni 2004 hat nun die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Vergabekontrollverfahren weitere Erklärungen unternommen und dabei die niedrigen Gemeinkosten (und damit die Gesamtpreise) im Wesentlichen mit Synergieeffekten erklärt.

Bei der Betrachtung möglicher Synergien, die nach Angaben des Auftraggebers möglich und auch erwünscht sind, ist

von folgendem Umstand auszugehen. Entsprechend der "Allgemeinen Bestimmungen" gibt der Auftraggeber für eine durchzuführende Maßnahme eine bestimmte Anzahl von Maßnahmenstunden vor, die - im vorliegenden Fall - im Wesentlichen mit der Anzahl der Kurseinheiten übereinstimmt. Diese Maßnahmenstunden sind dazu notwendig, einerseits die Gemeinkosten der Bieter in Form von Gemeinkostenpauschalen pro Maßnahmenstunde abzugelten und darüber hinaus auch um die Personalaufwendungen zu berechnen. Es handelt sich daher bei der Maßnahmenstunde einerseits um eine Planungseinheit und andererseits um eine Be- und Abrechnungseinheit. Die Maßnahmenstunden sind auch im vorliegenden Fall fix vorgegeben und ändern sich durch konkrete Planung und Organisation der durchzuführenden Maßnahmen nicht. Soll nunmehr die Gemeinkostenpauschale pro Maßnahmenstunde berechnet werden, so ist grundsätzlich anhand bieterspezifischer Umstände sowie der Organisation und Planung der Maßnahme durch den einzelnen Bieter (etwa parallele Gestaltung von Kursen etc.) eine Kalkulation der gesamt anfallenden Gemeinkosten vorzunehmen. Dieser Gesamtbetrag ist sodann für die Berechnung der Gemeinkostenpauschale durch die vorgegebenen Maßnahmenstunden zu dividieren. Dieser Wert stellt dann die Gemeinkostenpauschale pro Maßnahmenstunde dar. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat offenbar den umgekehrten Weg gewählt, da sie von einer marktüblichen Gemeinkostenpauschale pro Maßnahmenstunden ausgegangen ist und anschließend anhand ihrer Maßnahmengestaltung eine Reduktion des vollen Gemeinkostensatzes vorgenommen hat. Dieses Vorgehen kann zwar zulässig sein, wenn es eine Einschätzung aufgrund von Erfahrungswerten unter Berücksichtigung der Struktur des eigenen Unternehmens und der durchzuführenden Maßnahme darstellt (Der Bezug auf die Marktüblichkeit ist aber eher unglücklich, da es nicht auf allgemeine, sondern konkret beim Bieter entstehende Kosten ankommt), muss aber im Endeffekt ein mit der exakten Gemeinkostenkalkulation korrespondierendes Ergebnis bringen.

Unabhängig vom Kalkulationsweg muss nämlich ein Vergleich zwischen den eingereichten Angeboten angestellt und ein daraus erkennbarer ungewöhnlich niedriger Preis erklär- und nachvollziehbar sein. Es sind im konkreten Fall damit die angebotenen Gesamt-Gemeinkosten zuzüglich der Sachaufwendungen zu betrachten. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat im Laufe des Vergabekontrollverfahrens dazu die folgenden Synergieeffekte geltend gemacht:

1. 1.Ziffer eins

Parallelität von Kurseinheiten und EDV-Übungsmöglichkeiten:

EDV-Übungsmöglichkeiten wären im Angebot derart vorgesehen, dass diese während der allgemeinen Öffnungszeiten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zwischen 08:00 Uhr und 18:00 Uhr zur Verfügung stünden. Diese Übungsmöglichkeiten liefen daher parallel zu den Kurseinheiten, sodass dadurch nicht bzw. kaum zusätzliche EDV-übungsbezogene Gemeinkosten entstünden. Die zusätzliche Kalkulation einer vollen, für Kurseinheiten entstehenden Gemeinkostenpauschale für jede Stunde an EDV-Übungsmöglichkeit wäre daher nicht vorzunehmen. Dieser Synergieeffekt ist auch aus den Angeboten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ersichtlich und grundsätzlich nachvollziehbar.

Dazu ist anzumerken, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin zunächst vorgebracht hatte, dass die EDV-Übungsmöglichkeiten nur während der Kurszeiten zur Verfügung stünden, in weiterer Folge jedoch dargelegt hat, dass nicht Kurszeiten, sondern generell Öffnungszeiten gemeint sind, was schließlich auch aus ihren Angeboten zu ersehen ist. Die von der Antragstellerin dazu relevierte Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes liegt daher nicht vor.

1. 2.Ziffer 2

Gleichzeitige EDV-Übungsmöglichkeit

Weiters wird als Begründung angeführt, dass die Anzahl der Maßnahmenstunden für EDV-Übungsmöglichkeiten relativ hoch angesetzt wäre. Diese Erklärung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist ebenfalls nachvollziehbar, da die vorgegebenen Maßnahmenstunden die EDV-Übungsstunden jedes einzelnen Teilnehmers in vollem Ausmaß berücksichtigen. Dies im Gegensatz zu den regulären Kurseinheiten, wo auf die gleichzeitige Teilnahme mehrerer Personen abgestellt wird und eine entsprechende Reduktion der Anzahl an Maßnahmenstunden erfolgt (Ausgangswert dort: Teilnahme von 10 Personen pro Einheit, sodass die gesamt abgehaltenen Stunden durch 10 dividiert wird). Dadurch dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin in ihren EDV-Übungsräumen über 10 EDV-Arbeitsplätze verfügt und damit bis zu 10 Kursteilnehmer gleichzeitig üben können, kann es insofern zu Synergieeffekten und zu einer für diese Einheiten reduzierten Ansatz der Gemeinkostenpauschale kommen.

1. 3.Ziffer 3

Parallelität mit anderen Kursen und Maßnahmen

Weiters wird als Synergieeffekt geltend gemacht, dass die EDV-Übungsräume parallel auch von Teilnehmern anderer Kurse genutzt werden, wodurch sich ebenfalls die pro fix vorgegebene EDV-Maßnahmenstunde zu kalkulierende Gemeinkostenpauschale verringert.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin geltend gemachten Synergien tatsächlich vorhanden sind (unabhängig von der konkreten Höhe der dadurch einzeln erzielten Effekte). Dies ist hier allerdings nicht entscheidend, da diese Synergieeffekte auch von anderen Bietern in ihrer Kalkulation berücksichtigt worden sind. Beispielsweise ist die Kursablauforganisation der Antragstellerin zu beiden Teillosen durchaus vergleichbar mit der der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. So finden jeweils mehrere Kurse parallel, zeitlich ineinander greifend statt. Auch die EDV-Übungsmöglichkeiten stehen in den genannten Angeboten zeitlich parallel zum Kurs zur Verfügung. Schließlich sind auch bei der Antragstellerin EDV-Räume mit jeweils zehn gleichzeitig nutzbaren Arbeitsplätzen vorhanden.

Dies wird auch vom Auftraggeber bestätigt, der Schriftsatz vom 4. August 2004, OZ 30, zwar darlegt, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin dargestellte Kalkulation ihrer Gemeinkostenpauschal erklär- und nachvollziehbar und dass die Möglichkeit einer derartigen synergiebezogenen Kalkulationsweise beabsichtigt und vorgesehen wäre. Weiters weist er aber darauf hin, dass "diese Form der Kalkulation der EDV-Übungseinheiten schon deshalb gelebte Praxis ist, da in der Vergangenheit die Auftragnehmer von EDV-Kursen ständig ein vorgegebenes Kontingent an Übungseinheiten ohne TrainerInnenbegleitung (ursprünglich sogar kostenlos) anbieten mussten und es den TeilnehmerInnen freigestellt war, diese zu nutzen. Dabei wurde von den Trägern [darauf folgt eine Aufzählung von 5 Trägern] die im Schriftsatz [der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, OZ 27] dargestellte Form gewählt, unter Berücksichtigung der (gleichzeitigen) Nutzung der Räumlichkeiten auch durch TeilnehmerInnen anderer AMS-Maßnahmen oder auch von PrivatkundInnen."

Dies führt jedoch dazu, dass im Ergebnis durch die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin dargestellten Erklärungen das signifikante Unterschreiten der Durchschnittsangebotssummen (Gesamt- und dargelegte Positionspreise) wiederum nicht nachvollziehbar erklärt ist. Denn wenn auch die oder zumindest manche der übrigen Bieter die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin dargelegten Synergien nutzen, verbleibt letztendlich kein entsprechender Erklärungswert. Im Hinblick auf die Festlegungen in der Ausschreibung (Vergleich mit eingereichten Angeboten als Maßstab für Angemessenheit und Plausibilität) sowie auf die deutliche Unterpreisigkeit stellt es für den erkennenden Senat auch keine nachvollziehbare Erklärung dar, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin als einzige diese Synergieeffekte (nicht nur genutzt, sondern auch) in der Angebotskalkulation berücksichtigt hätte.

1. 21.Ziffer 21

Als Erklärung für ungewöhnlich niedrige bzw. unangemessene Angebotspreise wäre es unter Umständen möglich, dass sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf eine bewusst unter den Selbstkosten erfolgte Kalkulation beruft, dies zur Eroberung eines neuen Marktes, zur Erweiterung ihrer Marktanteile oder aus ähnlichen Gründen. Dass derartige Umstände bei der Kalkulation eine Rolle gespielt hätten, ist jedoch in kleinster Weise dokumentiert. Es wurde - nach Aufforderung des Auftraggebers - im Erklärungsschreiben vom 1. Juni 2004 auch nicht auf derartige Gründe hingewiesen. Auch noch im Schriftsatz vom 6.7.2004, OZ 11, spricht die präsumtive Zuschlagsempfängerin davon, dass sie ausgehend von einer marktüblichen Gemeinkostenpauschale auf Grundlage eingetretener Synergien mit der insgesamt angebotenen Gemeinkostenpauschale pro Maßnahmenstunde ein kostendeckendes Angebot gelegt hätte (Seite 13f). Schließlich ist dazu festzuhalten, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin im schriftlichen Vorbringen zum Nachprüfungsverfahren lediglich davon gesprochen hat, dass derartige Gründe ein unterpreisiges Angebot rechtfertigen können. Nähere Ausführungen wurden dazu nicht gemacht. In diesem Sinne ist auch die gegenteilige Aussage des Mitarbeiters der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, D***, in der Verhandlung vom 23. Juli 2004 als reine Schutzbehauptung zu qualifizieren und nicht glaubwürdig.

1. 22.Ziffer 22

Eine Prüfung der angebotenen Preise an Hand der Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der jeweils marktüblichen Preise wurde vom Auftraggeber nicht durchgeführt. Eine derartige Prüfung, die von Teilen der Literatur als notwendig angesehen wird (etwa Gölles, Judikaturüberblick zum "angemessenen, plausibel

zusammengesetzten Gesamtpreis, dessen Verhältnis zur Leistung nicht ungewöhnlich (niedrig) ist", ZVB 2002, 49; Gölles, Preisangemessenheit bei öffentlichen Aufträgen, wbl 2000, 398) hätte im vorliegenden Fall nur Indizien darstellen können, da gemäß der unangefochtenen Ausschreibung auch bei der Plausibilität ausdrücklich auf einen Vergleich zwischen den eingelangten Angeboten abgestellt wird.

1. 23.Ziffer 23

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass in der derzeitigen Situation die ungewöhnlich niedrigen Angebotspreise bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht erklärt sind. Dies obwohl der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens sowohl schriftlich als auch mündlich die Möglichkeit zur Erklärung eingeräumt worden ist und diese Frage eine der Hauptpunkte der mündlichen Verhandlung vom 23.7.2004 war. Auf Angebote, deren Preise ungewöhnlich niedrig und trotz Durchführung eines "Aufklärungsverfahrens" nicht wirtschaftlich nachvollziehbar erklärt sind, kann rechtmäßig keine Zuschlagsentscheidung erfolgen. Dies hat zur Folge dass die gegenständlichen Zuschlagsentscheidungen rechtswidrig und daher für nichtig zu erklären sind. Zur Begründung ist dabei von Bedeutung, dass damit - die bereits oben in Punkt 19. angesprochene - Wesentlichkeit der Rechtswidrigkeit der nicht fertigen Prüfung durch den Auftraggeber vorliegt und darüber hinaus - aus der Sicht des Kontrollverfahrens - die angebotenen Preise (sowohl Gesamtpreise als auch die einzelnen Preispositionen Gemeinkostenpauschale sowie Gemeinkostenpauschale zuzüglich Sachaufwendungen) nicht wirtschaftlich nachvollziehbar erklärt sind. Insgesamt ist auch der von § 174 Abs. 1 Z 2 BVergG geforderte wesentliche Einfluss der vorliegenden Rechtswidrigkeiten gegeben, der bereits dann vorliegt, wenn bei rechtmäßiger Vorgangsweise die gegenständlich angefochtene Entscheidung hätte anders ausfallen können (VfGH vom 2. März 2002, B691/01 ua.). Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass in der derzeitigen Situation die ungewöhnlich niedrigen Angebotspreise bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht erklärt sind. Dies obwohl der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens sowohl schriftlich als auch mündlich die Möglichkeit zur Erklärung eingeräumt worden ist und diese Frage eine der Hauptpunkte der mündlichen Verhandlung vom 23.7.2004 war. Auf Angebote, deren Preise ungewöhnlich niedrig und trotz Durchführung eines "Aufklärungsverfahrens" nicht wirtschaftlich nachvollziehbar erklärt sind, kann rechtmäßig keine Zuschlagsentscheidung erfolgen. Dies hat zur Folge dass die gegenständlichen Zuschlagsentscheidungen rechtswidrig und daher für nichtig zu erklären sind. Zur Begründung ist dabei von Bedeutung, dass damit - die bereits oben in Punkt 19. angesprochene - Wesentlichkeit der Rechtswidrigkeit der nicht fertigen Prüfung durch den Auftraggeber vorliegt und darüber hinaus - aus der Sicht des Kontrollverfahrens - die angebotenen Preise (sowohl Gesamtpreise als auch die einzelnen Preispositionen Gemeinkostenpauschale sowie Gemeinkostenpauschale zuzüglich Sachaufwendungen) nicht wirtschaftlich nachvollziehbar erklärt sind. Insgesamt ist auch der von Paragraph 174, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG geforderte wesentliche Einfluss der vorliegenden Rechtswidrigkeiten gegeben, der bereits dann vorliegt, wenn bei rechtmäßiger Vorgangsweise die gegenständlich angefochtene Entscheidung hätte anders ausfallen können (VfGH vom 2. März 2002, B691/01 ua.).

Aufgrund der Aufgabenverteilung zwischen Nachprüfung und Auftraggeber bleibt es nunmehr dem Auftraggeber überlassen, über das fortgesetzte Verfahren zu entscheiden, insbesondere ob weitere Aufklärungshandlungen zu setzen sind (wobei vor allem auch die Glaubwürdigkeit der dabei geführten Angaben zu achten ist), ob die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihre Aufklärungspflicht verletzt hat, indem sie ursprünglich und allenfalls auch nunmehr im Nachprüfungsverfahren keine ausreichenden Aufklärungen gegeben hat, oder ob aus einem anderen Grund ein Ausscheiden der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hinsichtlich beider Teillose zu erfolgen hat.

1. 24.Ziffer 24

Weiteres Hauptthema des durchgeführten Nachprüfungsverfahrens war der Umstand, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin in ihren Angeboten zu den Teillosen keine Sachaufwendungen (weder Sondereinzelkosten noch Maschinenkostenpauschalen) ausgewiesen, sondern diese - nach eigenen Angaben - in die Gemeinkosten eingerechnet hat.

Aufgrund der Ausschreibung, deren Auslegung nach den Regeln der §§ 914f ABGB zu erfolgen hat (BVA 23.2.2004, 10N-145/03-19 mwN, Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999), ist davon ausgehen, dass der Auftraggeber - entgegen dem Vorbringen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin - grundsätzlich die Auspreisung dieser einzelnen Kosten vom jeweiligen Bieter verlangt. Dies ergibt sich bereits aus Punkt 7 "Beihilfenberechnung" der

Allgemeinen Bestimmungen, wo festgehalten, dass "ein Begehren mit Maßnahmenkonzept und Plankostenkalkulation vorzulegen ist, wobei ersteres die geplante Maßnahmen umfassend zu beschreiben und letzteres die zu erwartenden Maßnahmenkosten gemäß Punkt 3. [das sind demgemäß die maßnahmenbezogene Personalkosten sowie die Sachaufwendungen (Sondereinzelkosten und Maschinenstundenpauschalsatz)] und etwaige sonstige Kosten gemäß Punkt 5.1 bis 5.3 darzustellen hat". Darüber hinaus wird in der Ausschreibungsunterlage zur Erstellung eines Beihilfebegehrens auf Seite 11 gefordert, dass ein vollständig ausgefülltes und unterzeichnetes Formular "Kalkulation 01" vorgelegt wird, wobei in diesem Formular die einzelnen Kostenpositionen detailliert angeführt sind. Schließlich hat auch der Auftraggeber (C***) in der mündlichen Verhandlung vom 23. Juli 2004 bestätigt, dass die Bieter sämtliche im Formular Kalkulation 01 geführten Positionen (soweit sie bei der angebotenen Leistung entstehen) auszureisen sind. Aufgrund der Ausschreibung, deren Auslegung nach den Regeln der Paragraphen 914 f, ABGB zu erfolgen hat (BVA 23.2.2004, 10N-145/03-19 mwN, Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999), ist davon ausgehen, dass der Auftraggeber - entgegen dem Vorbringen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin - grundsätzlich die Auspreisung dieser einzelnen Kosten vom jeweiligen Bieter verlangt. Dies ergibt sich bereits aus Punkt 7 "Beihilfenberechnung" der Allgemeinen Bestimmungen, wo festgehalten, dass "ein Begehren mit Maßnahmenkonzept und Plankostenkalkulation vorzulegen ist, wobei ersteres die geplante Maßnahmen umfassend zu beschreiben und letzteres die zu erwartenden Maßnahmenkosten gemäß Punkt 3. [das sind demgemäß die maßnahmenbezogene Personalkosten sowie die Sachaufwendungen (Sondereinzelkosten und Maschinenstundenpauschalsatz)] und etwaige sonstige Kosten gemäß Punkt 5.1 bis 5.3 darzustellen hat". Darüber hinaus wird in der Ausschreibungsunterlage zur Erstellung eines Beihilfebegehrens auf Seite 11 gefordert, dass ein vollständig ausgefülltes und unterzeichnetes Formular "Kalkulation 01" vorgelegt wird, wobei in diesem Formular die einzelnen Kostenpositionen detailliert angeführt sind. Schließlich hat auch der Auftraggeber (C***) in der mündlichen Verhandlung vom 23. Juli 2004 bestätigt, dass die Bieter sämtliche im Formular Kalkulation 01 geführten Positionen (soweit sie bei der angebotenen Leistung entstehen) auszureisen sind.

Obwohl also keine Dispositionsfreiheit des Bieters besteht und eine Subsumtion einzelner Kosten an Hand der vom Auftraggeber vorgegebenen Kriterien zu erfolgen hat, ist es - ausgehend von dieser allgemeinen Verpflichtung - für das Bundesvergabeamt durchaus nachvollziehbar, dass es durch die Definition der einzelnen Kostenbereiche teilweise zu Verschiebungen und einer individuellen Zuordnung zwischen den Kostenbereichen "Sondereinzelkosten" und "Gemeinkosten" kommen kann. In manchen Fällen wird daher tatsächlich die Auspreisung von Sondereinzelkosten - wegen der Einbeziehung in die Gemeinkosten - entfallen können, etwa wenn die Kostenhöhe nicht in einen direkten Zusammenhang mit der ausgeschriebenen Leistung gebracht werden kann. Die entsprechenden Gründe sind aber von jedem Bieter nachvollziehbar darzulegen.

Die allfällige Möglichkeit zur "Verschiebung" von Kosten trifft aber nicht notwendigerweise auch auf die "Maschinenkostenpauschale" für Maschinen und sonstige Schulungsgeräte zu, da der Auftraggeber für die Berechnung dieser Sachaufwendungen konkrete Pauschalsätze anhand der Anschaffungskosten vorgeschrieben hat. Das heißt, dass diese Kosten gemäß Punkt 3.2.2 "Maschinenstundenpauschalsatz" der Allgemeinen Bestimmungen grundsätzlich ebenfalls gesondert auszureisen sind. Wie sich aus den Angeboten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ergibt, sind in ihrem Konzept zum Beispiel einwöchige EDV-Grundlagenschulungen vorgesehen (Punkt 7.2.5). Das Vorhandensein derartiger "Maschinen und Schulungsgeräte" ist auch Teil der Eignung der Unternehmen (Punkt 10. der Ausschreibungsunterlage). Betrachtet man die Angebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerin (Vorliegen konkreter Rechnungen über Hardwareanschaffungen, etc.), dann ist unter Berücksichtigung, dass hier eine Pauschalabgeltung erfolgt, aber kein Grund ersichtlich, wieso die "Verschiebung" dieser Kosten in die Gemeinkosten ausnahmsweise hätte erfolgen dürfen. Diese Preise hätten daher von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedenfalls bei den Sachaufwendungen angegeben bzw. deren Nichtdarstellung erklärt werden müssen.

Unabhängig von der Nachvollziehbarkeit der Verschiebung einzelner Sondereinzelkosten in die Gemeinkostenpauschale stellt sich daher das jeweilige Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu Teillos 1 und Teillos 2 in diesem Punkt (Nichtauspreisung von Maschinenkostenpauschalsätzen) als nicht ausschreibungskonform dar. Aufgrund der jedenfalls vorzunehmenden Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidungen wurden vom Bundesvergabeamt in diese Richtung jedoch keine weiteren Erhebungen (Erklärbarkeit einer Verschiebung) durchgeführt. Die entsprechende Beurteilung, allenfalls auch die Beantwortung der Frage, ob ein behebbarer Mangel vorliegt, wird daher vom Auftraggeber im fortgesetzten Vergabeverfahren zu treffen sein.

1. 25.Ziffer 25

Weiters ist zu berücksichtigen, dass einzelne Kostenverschiebungen von Sachaufwendungen (Sondereinzelkosten und Maschinenkostenpauschalsätzen) in die Gemeinkostenpauschale eine spekulative Gestaltung des Angebotes darstellen könnten. Dies ergibt sich daraus, dass die genannten Positionen auf unterschiedliche Weise abgerechnet werden. So stellt die Vergütung der Gemeinkostenpauschale eine Art garantierte Zahlung dar, da sie unabhängig von der tatsächlichen Teilnehmerzahl der einzelnen Kurse ist. Auch ein nur für einen Teilnehmer durchgeführter Kurs führt jeweils zur Auszahlung der vollen Gemeinkostenpauschale. Demgegenüber sind die Sachaufwendungen nur anhand der tatsächlich getätigten, der Maßnahme zurechenbaren Aufwendung in Rechnung zu stellen (Punkt 8. "Beihilfenabrechnung" der Allgemeinen Bestimmungen). Nehmen daher beispielsweise an einer Maßnahme an Stelle von 800 prognostizierten Personen nur 600 teil, so ist etwa auch nur die Herstellung von 600 Skripten zu vergüten. Ist die Herstellung von 800 prognostizierten Skripten jedoch in der Gemeinkostenpauschale enthalten, so ist eine Reduktion der abgerechneten Kosten aufgrund tatsächlich geringer getätigter Aufwendungen nicht vorgesehen. Eine endgültigen Beurteilung der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin kalkulierten Preise unter diesem Blickwinkel hat das Bundesvergabeamt auf Grund der jedenfalls vorzunehmenden Nichtigerklärung unter Berücksichtigung der Grundsätze des Verwaltungsverfahrens (Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis) nicht vorgenommen. Dieser Umstand ist aber vom Auftraggeber im fortgesetzten Vergabeverfahren zu berücksichtigen.

1. 26.Ziffer 26

Nachdem dem Hauptantrag der Antragstellerin mit vorliegendem Bescheid stattgegeben wird, ist über den Eventualantrag nicht mehr abzusprechen.

1. 27.Ziffer 27

Der Teilnahmeantrag gemäß § 165 Abs. 2 BVergG der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genügt den formalen Voraussetzungen des § 167 BVergG und ist darüber hinaus rechtzeitig gestellt, sodass ihre Parteistellung gewahrt ist. Über die von ihr gestellten Begehren auf Zurück-, in eventu Abweisung des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung (bzw. der Entscheidung des Auftraggebers, die Angebote der Antragstellerin nicht auszuschneiden) wurde mit dem vorliegenden Spruchpunkt entschieden. Der Teilnahmeantrag gemäß Paragraph 165, Absatz 2, BVergG der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genügt den formalen Voraussetzungen des Paragraph 167, BVergG und ist darüber hinaus rechtzeitig gestellt, sodass ihre Parteistellung gewahrt ist. Über die von ihr gestellten Begehren auf Zurück-, in eventu Abweisung des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung (bzw. der Entscheidung des Auftraggebers, die Angebote der Antragstellerin nicht auszuschneiden) wurde mit dem vorliegenden Spruchpunkt entschieden.

Dokumentnummer

VERGT_20040903_10N_57_04_34_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