

TE Verg Bescheid 2001/11/12 N-91/01-31

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.11.2001

Norm

BVergG 1997 §11 Abs1 Z2

BVergG 1997 §16 Abs1

BVergG 1997 §52 Abs1 Z1

BVergG 1997 §58 Abs1 Z4

BVergG 1997 §115 Abs5 Z6

BVergG 1997 §117 Abs1

BVergG 1997 §117 Abs1 Z2

RL 92/50/EWG Dienstleistungskordinierungs-RL (ABl 1992 L 209 S 1)

Art29 Abs1 litd

AVG §39

GewO §366 Abs1 Z1

B-VG Art126b Abs5

1. AVG § 39 heute
2. AVG § 39 gültig ab 15.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. AVG § 39 gültig von 20.04.2002 bis 14.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2002
4. AVG § 39 gültig von 01.01.1999 bis 19.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
5. AVG § 39 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998
1. B-VG Art. 126b heute
2. B-VG Art. 126b gültig ab 20.10.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 106/2009
3. B-VG Art. 126b gültig von 01.01.2004 bis 19.10.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
4. B-VG Art. 126b gültig von 04.09.1999 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 194/1999
5. B-VG Art. 126b gültig von 01.01.1978 bis 03.09.1999 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 539/1977
6. B-VG Art. 126b gültig von 01.10.1975 bis 31.12.1977 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 409/1975
7. B-VG Art. 126b gültig von 14.08.1948 bis 30.09.1975 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 143/1948
8. B-VG Art. 126b gültig von 19.12.1945 bis 13.08.1948 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
9. B-VG Art. 126b gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

Text

BESCHEID

Der Senat 9 des Bundesvergabeamtes hat am 12. Oktober 2001 durch die Richterinnen Dr. Friederike LENK als Vorsitzende und die Beisitzer Mag. Paul STECHER als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut HEINDL als Mitglied der Auftragnehmerseite entschieden:

SPRUCH:

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 113 Abs. 2 BVergG 1997 (BVergG) BGBl I Nr. 56/1997 idF BGBl I Nr. 27/1998, BGBl I Nr. 80/1999, BGBl I Nr. 120/1999, BGBl I Nr. 125/2000 betreffend das Vergabeverfahren "AMS Qualifizierungsberatung für den Aufbau von Qualifizierungsverbünden vom 22.5.2001" des Auftraggebers AMS, Arbeitsmarktservice Tirol, Landesgeschäftsstelle, Schöpfstraße 5, 6010 Innsbruck, wird über den Antrag der A*** KEG im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 113, Absatz 2, BVergG 1997 (BVergG) Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 56 aus 1997, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 27 aus 1998,, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 80 aus 1999,, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 120 aus 1999,, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 125 aus 2000, betreffend das Vergabeverfahren "AMS Qualifizierungsberatung für den Aufbau von Qualifizierungsverbünden vom 22.5.2001" des Auftraggebers AMS, Arbeitsmarktservice Tirol, Landesgeschäftsstelle, Schöpfstraße 5, 6010 Innsbruck, wird über den Antrag der A*** KEG vom 29. August 2001, ergänzt durch den Schriftsatz vom 4. September 2001, wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Vergabeentscheidung wird stattgegeben.

2. 2.Ziffer 2

Das Begehren, die Entscheidung, die B*** KEG aus dem Ausschreibungsverfahren aufgrund der fehlenden Qualifikation, auszuschließen, wird als unzulässig

zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 52 Abs 1 Z 1, 113 Abs 2, 117 Abs 1 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 52, Absatz eins, Ziffer eins, 113, Absatz 2, 117, Absatz eins, BVergG.

Begründung:

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 29. August 2001 die im Spruch ersichtlichen Begehren und begründete diese im wesentlichen wie folgt:

Sie habe an der Ausschreibung des Auftraggebers teilgenommen und ein Angebot für die "AMS Qualifizierungsberatung für den Aufbau von Qualifizierungsverbünden" gelegt. Mit Schreiben vom 13.8.2001 habe ihr die Auftraggeberin mitgeteilt, dass die Firma B*** KEG die höchste Wertung unter den eingereichten Angeboten erreicht habe und sie daher beabsichtige innerhalb von 2 Wochen den Zuschlag an diese zu erteilen. Die Antragstellerin führte aus, dass sie auf dem Gebiet der Qualifizierungsberatung tätig sei und über umfangreiche Erfahrung auf diesem Gebiet verfüge. Die B*** KEG hingegen würde die in den Verdingungsunterlagen unter den Punkten 18i und 18j geforderten Eignungskriterien, nämlich mehrjährige Erfahrung als Unternehmensberater im Bereich der Qualifizierungsberatung und Personalentwicklung sowie den Einsatz von qualifiziertem Personal das über mehrjährige Erfahrung in der Unternehmensberatung verfüge, nicht nachweisen können, zumal die B*** KEG erst seit 16.3.2001 die Gewerbeberechtigung als Unternehmensberater besitze. Die Gesellschafterin Mag. M*** verfüge über keine Gewerbeberechtigung, der Gesellschafter Mag. H*** habe die Gewerbeberechtigung als Unternehmensberater auch erst seit 16.3.2001 inne; demnach könne die B*** KEG eine bloß zweimonatige Erfahrung im Bereich der Unternehmensberatung vorweisen und seien die Kriterien der Punkte 18i und 18j nicht gegeben. Ferner führte die Antragstellerin aus, dass in den Ausschreibungsunterlagen unter Punkt 19 der Nachweis vom Antragswerber verlangt werde, 5 allgemeine Referenzprojekte in den letzten 2 Jahren im Bereich der Unternehmensberatung vorzuweisen; auch dieser Punkt könne durch die B*** KEG sowie deren Gesellschafter nicht erfüllt werden, da sie auf dem Gebiet der Unternehmensberatung eben erst seit 16.3.2001 mit Gewerbeberechtigung tätig seien. Letztendlich führte die Antragstellerin aus, dass Punkt 20. der Verdingungsunterlagen verlange, dass zwei spezifische Referenzprojekte im Bereich der Bewertung von Betrieben mit Schwerpunkt Qualifizierungsberatung bzw. Personalentwicklung, insbesondere Darstellung und Beschreibung der arbeitsmarktpolitischen Relevanz beizulegen seien und Voraussetzung für diese beschriebene Tätigkeit wiederum die Unternehmensberatung sei.

Die Auftraggeberin führte in ihrem Schriftsatz vom 6.9.2001, ergänzt durch den Schriftsatz vom 13.9.2001 im

wesentlichen aus, dass im Rahmen des geforderten Nachweises N7 (Auflistung von 5 allgemeinen Referenzprojekte) der Verdingungsunterlagen die Einzelunternehmer Mag. M*** und H*** teilweise alleine und teilweise als Partner einer Arbeitsgemeinschaft namens ARGE-I*** mitgewirkt hätten

und ein bloßer Wechsel der Gesellschaftsform oder auch das Verbinden zweier Einzelunternehmer in ein handelsrechtliches Unternehmen nicht dazu führen könne, bisher erbrachte Leistungen und bisher erfolgreich abgewickelte einschlägige Projekte nicht in eine Bewertung miteinzubeziehen. Ferner führte die Auftraggeberin aus, dass sie in ihrer Beurteilung davon ausging, dass alle Zeiten der tatsächlichen und einschlägigen beruflichen Tätigkeiten heranzuziehen seien und nicht bloß Zeiten ab Erlangung der Gewerbeberechtigung durch die Firma B*** KEG selbst; die Firma B*** KEG besitze seit 16.3.2001 die Gewerbeberechtigung als Unternehmensberater und ging in ihrer Bewertung der Eignungskriterien davon aus, dass alle Zeiten der tatsächlichen und einschlägigen beruflichen Tätigkeit heranzuziehen seien und nicht bloss die Zeiten ab Erlangung der Gewerbeberechtigung. Der geschätzte Auftragswert der gegenständlichen Ausschreibung betrage ATS 3,150.000,-; ferner wäre mit der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, Firma B***, eine Vereinbarung am 3.9.2001 getroffen worden und eine Absendung des Werkvertrages wäre noch nicht erfolgt.

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin brachte mit Schreiben vom 10.10.2001 im wesentlichen vor, dass sie die in Punkt 18i geforderte Erfahrung als Unternehmensberatung durch ihre Tätigkeit seit dem 16.3.2001 nachweisen könne und nach Punkt 18i die Dauer der Erfahrung als Unternehmensberater keine Rolle spiele.

Am 12.10.2001 fand vor der Behörde eine mündliche Verhandlung statt, in welcher der Geschäftsführer der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, Mag. H***, im

wesentlichen und unter mehrmaligem Vorhalt durch die Vorsitzende, ausführte, dass er von 1990/91 bis 2001 unternehmensberaterische Leistungen erbracht habe ohne jedoch hierfür über eine gewerbebehördliche Genehmigung zu verfügen; weshalb daher auch die Referenzprojekte 1, 2 und zum Teil 3

und 5 teilweise ohne Gewerbeberechtigung für Unternehmensberatung erbracht worden wären; seine Ehefrau wäre seit 1990 auf Werkvertragsbasis als Unternehmensberaterin tätig gewesen und habe ebenso über keine gewerberechtliche Genehmigung verfügt. Das Erfordernis einer Gewerbeberechtigung zur Ausübung von unternehmensberaterischer Tätigkeit sieht Mag. H*** beharrlich, auch durch mehrmaliges

Befragen durch die Vorsitzende, als reines Formalerfordernis an.

Die Antragstellerin brachte in der Verhandlung am 12.10.2001 im wesentlichen vor, dass die A*** Unternehmensberatung KEG sehr wohl über eine Gewerbeberechtigung für die 5 aufzulistenden allgemeinen Referenzprojekte besessen und auch vorgelegt habe. Der Vertreter der Auftraggeberin führte dem Senat gegenüber im wesentlichen aus, dass 5 Referenzprojekte des Bieters verlangt worden wären um zu sehen, wie der jeweilige Bieter dastehe; diese Referenzprojekte habe man zwar inhaltlich überprüft, und diese Prüfung sei auch in die Zuschlagskriterien eingeflossen. Der Punkt 18 der Verdingungsunterlagen habe Eignungskriterien enthalten; die ausführliche inhaltliche Darstellung von 2 spezifischen Referenzprojekten in Pkt. 20., U3 habe man als Zuschlagskriterium bewertet.

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens,

insbesondere der Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung wurde folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Auftraggeberin hat die Erbringung von Beratungsleistungen im Rahmen der AMS Qualifizierungsberatung für den Aufbau von Qualifizierungsverbünden für das Bundesland Tirol mit Ausschreibung vom 2.6.2001 ausgeschrieben. Leistungsgegenstand ist die Erbringung von Qualifizierungsberatung für den Aufbau von Qualifizierungsverbünden (CPV Nr. 74140000). Als Mindestbedingungen sind eine Eintragung als Unternehmensberater im Berufsregister (in Österreich Gewerbeberechtigung) bzw. die erforderliche ausländische Zulassungsbestätigung für die Ausübung der nachgefragten Tätigkeiten, sowie eine Eintragung im Firmenbuch hinsichtlich der inländischen Bieter gefordert, ebenso wie Erfahrung als Unternehmensberater im Bereich der Qualifizierungsberatung und Personalentwicklung sowie der Einsatz von gut qualifiziertem Personal, das über mehrjährige Erfahrung in der Unternehmensberatung verfügt. Ferner war vom Auftraggeber die Verfügbarkeit ausreichender Leistungskapazität, um innerhalb kürzester Zeit (4 Wochen) ab Auftragserteilung die Beratungsleistungen bereitstellen zu können, gefordert. Als Eignungskriterien musste der Bieter

im Sinne des Punktes 18g eine Eintragung als Unternehmensberater im Berufsregister (in Österreich Gewerbeberechtigung) für die Ausübung der nachgefragten Tätigkeit vorweisen; ferner war eine Eintragung im Firmenbuch (Pkt. 18h) erforderlich sowie gemäß Punkt 18i Erfahrung als Unternehmensberater im Bereich der Qualifizierungsberatung und Personalentwicklung und der Einsatz von gut qualifiziertem Personal, das über mehrjährige Erfahrung in der Unternehmensberatung verfügt, (Punkt 18j). Ferner war gemäß Punkt 18l der Verdingungsunterlagen gefordert, dass der Bieter zur Erbringung der nachgefragten Leistungen rechtlich befugt sein muss. Vom Bieter waren des weiteren Nachweise zu erbringen, die, sollten sie nicht erbracht werden, zu seinem Ausschluss aus dem Vergabeverfahren führen; gefordert wurde dazu unter Punkt 19 N5 der Nachweis der erfolgten Eintragung als Unternehmensberater im Berufsregister (in Österreich Gewerbeberechtigung) sowie unter N7 die Auflistung von 5 allgemeinen Referenzprojekten in den letzten 2 Jahren unter Angabe des Namens des Auftraggebers, der Art der Leistung, des Leistungsumfanges, der Zeitdauer und des Wertes der Leistungserfüllung (zu Punkt 18i). Unter N8 die Angabe der Namen sowie der beruflichen Qualifikation jener Personen, die für die Ausführung der betreffenden Dienstleistung eingesetzt werden (zu Punkt 18j). Weiters war die Angabe der Anzahl der Jahre, in der die Person als Unternehmensberater/in selbstständig oder unselbstständig tätig war, gefordert.

Die Angebotsöffnung fand am 18. Juli 2001 um 13.30 Uhr im AMS Tirol-Landesgeschäftsstelle, Schöpfstraße 5, 6010 Innsbruck, Zimmer 4.000 statt. Als Zuschlagskriterien wurden hinsichtlich der Bewertung der gültigen Angebote ein Vorschlag zur operativen Umsetzung, die Qualifikation des Bieters, die Erfahrung des Bieters mit gleichartigen Aufträgen sowie der Preis angesetzt. Für die Gewichtung des Preises wurde vom Auftraggeber eine Benotung nach einem Punktesystem

aufgestellt; von insgesamt 100 Punkten war der Preis mit 25 Punkten gewichtet, wobei derjenige Bieter, der mehr als 50% vom Billigstpreis entfernt ist, keine Punkte erhält und bei gleicher Bewertung der Bieter der günstigste Gesamtpreis entscheidet (Pkt 22 der Verdingungsunterlagen). Die vergebende Stelle hat dabei die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin mit insgesamt 962 Punkten (Umsetzung: 295, Qualifikation: 237, Erfahrung: 180, Preis: 250) an erster, und die Antragstellerin mit 900 Punkten (Umsetzung: 295, Qualifikation: 250, Erfahrung: 180, Preis: 175) an zweiter Stelle gereiht.

Die B*** KEG hat in ihrem Angebot 5 Referenzprojekte angeführt; dies waren die Projekte 1. "Holz in Tirol" (Oktober 1998 - September 1999; Auftraggeber: AMS Tirol), 2. "Lebensmittel" (Februar - Juli 1999; Auftraggeber: AMS Tirol),

1. 3.Ziffer 3

"Pädagogische Beratung & Beratung über arbeitsmarktrelevante Ausbildung, Curriculumerstellung, Evaluation" (Jänner 1999 - Oktober 2001; Auftraggeber: Universität Innsbruck), 4. "Technische und pädagogische Beratung, Evaluation, Projektmanagement" (April 2001 - November 2002; Auftraggeber BM f. Bildung, Wissenschaft und Kultur) und 5. "Beratung, Coaching, Curriculumentwicklung, Projektmanagement, Evaluation" (Oktober 1999 - Juni 2000; Auftraggeber Tiroler Bildungsinstitut Grillhof). Am Referenzprojekt 1 und 2 hat Mag H***, jedoch nicht die nunmehrige B*** KEG, Mag M*** und Mag. K*** gearbeitet, das Referenzprojekt 3 und 5

wurde anfänglich von Mag. H*** und Mag. M*** und nach Gründung der B*** KEG von dieser betreut; erst das Referenzprojekt 4 wurde ausschließlich von der B*** KEG betreut. Mag. H*** hat seit 1990/91 unternehmensberaterische Tätigkeiten ohne Gewerbebeschein ausgeführt (Verhandlungsschrift, Aussage Mag. H***), da er bzw die B***, über eine solche erst seit dem 16.03.2001 verfügt. Mag. M*** ist ebenso

seit 1990, in der Zeit als Assistentin an der Universität Innsbruck, auf Werkvertragsbasis als Unternehmensberaterin tätig und verfügt über keine Gewerbeberechtigung. Mag H*** stellt das Erfordernis der Gewerbeberechtigung jedenfalls für den Zeitraum 1990 - 2000 als Fehlen eines blossen Formalerfordernisses dar (Verhandlungsschrift, Mag. H***). Im Zeitpunkt der Angebotslegung hat die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin, B*** KEG, über eine Gewerbeberechtigung für Unternehmensberater verfügt (vgl. Gewerbeverzeichnisauszug). Die Auftraggeberin hat das Vorliegen einer Gewerbeberechtigung für die von den Referenzprojekten erfassten Zeiträume nicht geprüft. Die Antragstellerin verfügt über eine Gewerbeberechtigung für die Referenzprojekte und hat diese Gewerbeberechtigung der Auftraggeberin auch nachgewiesen (vgl. Gewerbeverzeichnisauszug).jedenfalls für den Zeitraum 1990 - 2000 als Fehlen eines blossen Formalerfordernisses dar (Verhandlungsschrift, Mag. H***). Im Zeitpunkt der Angebotslegung hat

die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin, B*** KEG, über eine Gewerbeberechtigung für Unternehmensberater verfügt (vergleiche Gewerbeverzeichnisauszug). Die Auftraggeberin hat das Vorliegen einer Gewerbeberechtigung für die von den Referenzprojekten erfassten Zeiträume nicht geprüft. Die Antragstellerin verfügt über eine Gewerbeberechtigung für die Referenzprojekte und hat diese Gewerbeberechtigung der Auftraggeberin auch nachgewiesen (vergleiche Gewerbeverzeichnisauszug).

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und zur Zulässigkeit des Antrages römisch eins. Zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und zur Zulässigkeit des Antrages:

Das AMS Österreich, Landesgeschäftsstelle Tirol ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 11 Abs. 1 Z 2 BVergG. Der vorliegende Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag gemäß § 3 Abs. 1 BVergG (Anhang III, Kategorie 11 Unternehmensberatung und verbundene Tätigkeiten) zu qualifizieren. Das AMS Österreich, Landesgeschäftsstelle Tirol ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Der vorliegende Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 3, Absatz eins, BVergG (Anhang römisch drei, Kategorie 11 Unternehmensberatung und verbundene Tätigkeiten) zu qualifizieren.

Gemäß § 7 Abs. 1 leg.cit ist das BVergG für die Vergabe von. Gemäß Paragraph 7, Absatz eins, leg.cit ist das BVergG für die Vergabe von

Dienstleistungsaufträgen dann heranzuziehen, wenn der geschätzte Auftragswert ohne Ust mindestens EURO 200.000 beträgt. Nach den Angaben des Auftraggebers beträgt der geschätzte Auftragswert ATS 3.150.000,-; dieser Wert erscheint im Hinblick auf die Preise der eingelangten Angebote plausibel, weshalb davon auszugehen ist, dass der Schwellenwert des § 7 Abs. 1 BVergG in Höhe von ATS 2.752.060,- jedenfalls überschritten wird. Der Zuschlag ist noch nicht erteilt, sodass das Bundesvergabeamt zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß § 113 Abs. 2 BVergG zuständig ist. Da die gegenständlichen Nachprüfungsanträge nach Angebotsprüfung gestellt wurden, sind sie gemäß § 115 Abs. 2 Z 1 BVergG auch zulässig. Dienstleistungsaufträgen dann heranzuziehen, wenn der geschätzte Auftragswert ohne Ust mindestens EURO 200.000 beträgt. Nach den Angaben des Auftraggebers beträgt der geschätzte Auftragswert ATS 3.150.000,-; dieser Wert erscheint im Hinblick auf die Preise der eingelangten Angebote plausibel, weshalb davon auszugehen ist, dass der Schwellenwert des Paragraph 7, Absatz eins, BVergG in Höhe von ATS 2.752.060,- jedenfalls überschritten wird. Der Zuschlag ist noch nicht erteilt, sodass das Bundesvergabeamt zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß Paragraph 113, Absatz 2, BVergG zuständig ist. Da die gegenständlichen Nachprüfungsanträge nach Angebotsprüfung gestellt wurden, sind sie gemäß Paragraph 115, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG auch zulässig.

II. Zur inhaltlichen Beurteilung des Antrages römisch zwei. Zur inhaltlichen Beurteilung des Antrages:

1. 1.) eins,

Zu Spruchpunkt 1.:

a.) Zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Vergabeentscheidung:

In ihrem Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens vom 29.08.2001 geht die Antragstellerin im wesentlichen davon aus, dass die B*** KEG aufgrund des Umstandes, dass sie erst seit 16.03.2001 über die Gewerbeberechtigung als Unternehmensberater verfügt, den in den Verdingungsunterlagen geforderten Kriterien (Pkt 18i und 18j; 19 und 20) nicht entspricht, insbesondere die von ihrem jetzigen geschäftsführenden Gesellschafter vor Gründung der KEG durchgeführten Projekte nicht als verwertbare Referenzen der jetzigen KEG in Betracht kommen, weshalb die B*** KEG von der vergebenden Stelle aus dem Vergabeverfahren aufgrund ihrer fehlenden Qualifikation auszuscheiden gewesen wäre. Diese Frage kann jedoch dahinstehen. Die vorgesehene Zuschlagsempfängerin ist nämlich aus einem anderen Grund auszuscheiden.

Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist gemäß § 117 Abs. 1 BVergG die Frage, ob die vom Unternehmer in seinem Antrag angefochtene Entscheidung des Auftraggebers rechtswidrig und für den Ausgang des Verfahrens wesentlich ist. Nach dem Gesetzeswortlaut kommt es jedoch nicht auf die vom Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist gemäß Paragraph 117, Absatz eins, BVergG die Frage, ob die vom Unternehmer in seinem Antrag angefochtene Entscheidung des Auftraggebers rechtswidrig und für den Ausgang des Verfahrens wesentlich ist. Nach dem Gesetzeswortlaut kommt es jedoch nicht auf die vom

Auftraggeber zur Begründung der angefochtenen Entscheidung geltend gemachten Argumente an, sondern ist die Rechtmäßigkeit der Auftraggeberentscheidung an sich zu überprüfen. In diesem Zusammenhang findet § 39 AVG Anwendung, da unter Berücksichtigung der Amtswegigkeit das Bundesvergabeamt die Rechtmäßigkeit der Entscheidung des Auftraggebers ohne Beschränkung auf die vom Auftraggeber herangezogenen Gründe und ohne Beschränkung auf die dagegen vom Antragsteller erhobenen Rügen zu überprüfen hat. Das BVergG normiert keine Beschränkung des Grundsatzes der Amtswegigkeit bei der Ermittlung des im Rahmen des Prozessgegenstandes relevanten Sachverhalts und kennt weder eine Bindung an das Parteivorbringen noch eine Beschränkung der Überprüfungsbefugnis auf die geltend gemachten

Beschwerdepunkte (vgl N-80/01-19 vom 2. Oktober 2001)Beschwerdepunkte vergleiche N-80/01-19 vom 2. Oktober 2001).

Unter Zugrundelegung dieser Überlegungen ist einem auf Nichtigerklärung der Vergabeentscheidung des Auftraggebers gerichteter Antrag dann stattzugeben, wenn das Ermittlungsverfahren ergibt, dass das Angebot der vorgesehenen Zuschlagsempfängerin, vom Auftraggeber nach § 52 Abs 1 BVergG auszuschneiden gewesen wäre.Unter Zugrundelegung dieser Überlegungen ist einem auf Nichtigerklärung der Vergabeentscheidung des Auftraggebers gerichteter Antrag dann stattzugeben, wenn das Ermittlungsverfahren ergibt, dass das Angebot der vorgesehenen Zuschlagsempfängerin, vom Auftraggeber nach Paragraph 52, Absatz eins, BVergG auszuschneiden gewesen wäre.

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 BVergG hat die vergebende Stelle vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag aufgrund des Ergebnisses der Prüfung, Angebote von Bieterinnen unverzüglich auszuschneiden, bei welchen die Befugnis oder die finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder die Zuverlässigkeit nicht gegeben ist. Die Zuverlässigkeit ist nicht gegeben, wenn der Bieter bzw physische Personen, die in dessen Geschäftsführung tätig sind (vgl § 58 Abs 1 Z 3 BVergG) im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen haben, die vom Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde (vgl § 58 Abs 1 Z 4 BVergG und Art 29 Abs 1 lit d der Dienstleistungsrichtlinie 92/50/EWG), sofern anzunehmen ist, dass auch in der Zukunft schwere berufliche Verfehlungen begangen werden.Gemäß Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG hat die vergebende Stelle vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag aufgrund des Ergebnisses der Prüfung, Angebote von Bieterinnen unverzüglich auszuschneiden, bei welchen die Befugnis oder die finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder die Zuverlässigkeit nicht gegeben ist. Die Zuverlässigkeit ist nicht gegeben, wenn der Bieter bzw physische Personen, die in dessen Geschäftsführung tätig sind vergleiche Paragraph 58, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG) im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen haben, die vom Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde vergleiche Paragraph 58, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG und Artikel 29, Absatz eins, Litera d, der Dienstleistungsrichtlinie 92/50/EWG), sofern anzunehmen ist, dass auch in der Zukunft schwere berufliche Verfehlungen begangen werden.

Zur Klärung der Frage, welche beruflichen Verfehlungen für die Beurteilung der Zuverlässigkeit relevant sind, ist zunächst auf die Spruchpraxis zu verweisen. Nach dieser ist davon auszugehen, dass der Begriff der Zuverlässigkeit im BVergG im Wesentlichen den gleichen Inhalt wie in anderen wirtschaftsrechtlichen Gesetzen, insbesondere der Gewerbeordnung, hat. Auch der VfGH hat ausgesprochen, dass die Zuverlässigkeitsprüfung nach BVergG durchaus mit jener nach der Gewerbeordnung vergleichbar ist (vgl VfGH v 24.06.1998, G 462/97; Baurechtliche Blätter 1998, 194 ff). Nach der Rsp des VwGH mangelt es dem Gewerbeinhaber an der gewerberechtlichen Zuverlässigkeit, wenn er nach der Beschaffenheit der von ihm begangenen Handlungen oder Unterlassungen keine Gewähr dafür bietet, dass er bei der Ausübung des Gewerbes die hiebei zu beachtenden öffentlichen Rücksichten wahren werde (vgl zB VwGH v 27.03.1990, 89/04/0064; VwSlg 9607 A/1978). Unter sinngemäßer Anwendung dieser Grundsätze ergibt sich daher, dass bei einem Bieter die vergaberechtliche Zuverlässigkeit iSv § 52 Abs 1 Z 1 BVergG dann nicht gegeben ist, wenn der Unternehmer aufgrund der vom Unternehmensinhaber oder aufgrund der von Personen, denen für die Durchführung öffentlicher Aufträge maßgeblicher Bedeutung innerhalb des Unternehmens zukommt, begangenen Handlungen oder

Unterlassungen keine Gewähr dafür bietet, dass die bei der Vergabe und Durchführung öffentlicher Aufträge zu beachtenden Interessen gewahrt werden. Zur Klärung der Frage, welche beruflichen Verfehlungen für die Beurteilung der Zuverlässigkeit relevant sind, ist zunächst auf die Spruchpraxis zu verweisen. Nach dieser ist davon auszugehen, dass der Begriff der Zuverlässigkeit im BVergG im Wesentlichen den gleichen Inhalt wie in anderen wirtschaftsrechtlichen Gesetzen, insbesondere der Gewerbeordnung, hat. Auch der VfGH hat ausgesprochen, dass die Zuverlässigkeitsprüfung nach BVergG durchaus mit jener nach der Gewerbeordnung vergleichbar ist (vergleiche VfGH v 24.06.1998, G 462/97; Baurechtliche Blätter 1998, 194 ff). Nach der Rsp des VwGH mangelt es dem Gewerbeinhaber an der gewerberechtlichen Zuverlässigkeit, wenn er nach der Beschaffenheit der von ihm begangenen Handlungen oder Unterlassungen keine Gewähr dafür bietet, dass er bei der Ausübung des Gewerbes die hiebei zu beachtenden öffentlichen Rücksichten wahren werde (vergleiche zB VwGH v 27.03.1990, 89/04/0064; VwSlg 9607 A/1978). Unter sinngemäßer Anwendung dieser Grundsätze ergibt sich daher, dass bei einem Bieter die vergaberechtliche Zuverlässigkeit iSv Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG dann nicht gegeben ist, wenn der Unternehmer aufgrund der vom Unternehmensinhaber oder aufgrund der von Personen, denen für die Durchführung öffentlicher Aufträge maßgeblicher Bedeutung innerhalb des Unternehmens zukommt, begangenen Handlungen oder Unterlassungen keine Gewähr dafür bietet, dass die bei der Vergabe und Durchführung öffentlicher Aufträge zu beachtenden Interessen gewahrt werden.

Unter Bedachtnahme auf den zentralen vergaberechtlichen Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbes (§ 16 Abs 1 BVergG) muß bei der Vergabe öffentlicher Aufträge darauf geachtet werden, dass insbesondere jene Rechtsvorschriften eingehalten werden, denen wettbewerbsregelnder Charakter zukommt. Unter Bedachtnahme auf den zentralen vergaberechtlichen Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbes (Paragraph 16, Absatz eins, BVergG) muß bei der Vergabe öffentlicher Aufträge darauf geachtet werden, dass insbesondere jene Rechtsvorschriften eingehalten werden, denen wettbewerbsregelnder Charakter zukommt.

Im vorliegenden Fall hat der geschäftsführende Gesellschafter der in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin in den Jahren 1990/91 bis 2000 Leistungen als Unternehmensberater erbracht, ohne über die erforderliche Gewerbeberechtigung zu verfügen. Durch das Tätigwerden als Unternehmensberater ohne Gewerbeberechtigung über einen Zeitraum von nahezu 10 Jahren hat die B*** KEG gegen die für das Berufsrecht zentralen gewerberechtliche Bestimmungen (vgl § 366 Abs 1 Z 1 GewO) verstoßen. Die verletzte Vorschrift stellt das Kernstück der berufsrechtlichen Regelungen dar. Im Hinblick auf die Dauer des Verstoßes liegt eine schwerwiegende Verfehlung vor. Da § 366 Abs 1 Z 1 GewO eine Norm ist, die Voraussetzungen festlegt, die Wettbewerber erfüllen müssen, um zum Markt zugelassen zu werden, kommt dieser Bestimmung wettbewerbsregelnder Charakter zu (vgl das wissenschaftliche Schrifttum: Harrer, Normenverstoß und § 1 UWG, Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (ÖBl) 1981, 87 ff, vor FN 40). In diesem Zusammenhang ist auch auf die Rechtssprechung des obersten Gerichtshofs hinzuweisen, nach der unlauterer Wettbewerb vorliegt, wenn Mitbewerber bewusst in den gesetzlichen Vorbehaltsbereich einer fremden Gewerbeberechtigung eingegriffen haben, um so im Wettbewerb einen Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern zu erlangen (MR 1988, 102; ÖBl 1989, 122; EvBl 1989/100; ÖBl 1990, 7; ÖBl 1991, 67; MR 1992, 75 uva). Im vorliegenden Fall hat der geschäftsführende Gesellschafter der in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin in den Jahren 1990/91 bis 2000 Leistungen als Unternehmensberater erbracht, ohne über die erforderliche Gewerbeberechtigung zu verfügen. Durch das Tätigwerden als Unternehmensberater ohne Gewerbeberechtigung über einen Zeitraum von nahezu 10 Jahren hat die B*** KEG gegen die für das Berufsrecht zentralen gewerberechtliche Bestimmungen (vergleiche Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer eins, GewO) verstoßen. Die verletzte Vorschrift stellt das Kernstück der berufsrechtlichen Regelungen dar. Im Hinblick auf die Dauer des Verstoßes liegt eine schwerwiegende Verfehlung vor. Da Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer eins, GewO eine Norm ist, die Voraussetzungen festlegt, die Wettbewerber erfüllen müssen, um zum Markt zugelassen zu werden, kommt dieser Bestimmung wettbewerbsregelnder Charakter zu (vergleiche das wissenschaftliche Schrifttum: Harrer, Normenverstoß und Paragraph eins, UWG, Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (ÖBl) 1981, 87 ff, vor FN 40). In diesem Zusammenhang ist auch auf die Rechtssprechung des obersten Gerichtshofs hinzuweisen, nach der unlauterer Wettbewerb vorliegt, wenn Mitbewerber bewusst in den gesetzlichen Vorbehaltsbereich einer fremden Gewerbeberechtigung eingegriffen haben, um so im Wettbewerb einen Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern zu erlangen (MR 1988, 102; ÖBl 1989, 122; EvBl 1989/100; ÖBl 1990, 7; ÖBl 1991, 67; MR 1992, 75 uva).

Die bei Mag. H*** festgestellte Verletzung des § 366 Abs 2 Z 1 GewO stellt daher eine schwere berufliche Verfehlung iSv § 58 Abs 1 Z 4 BVergG dar. Obwohl die vorgesehene Zuschlagsempfängerin nunmehr (seit März 2001) eine Gewerbeberechtigung als Unternehmensberater besitzt, mangelt es an der Zuverlässigkeit der vorgesehenen Zuschlagsempfängerin bzw ihres geschäftsführenden Gesellschafter, da Mag. H*** das Vorliegen einer Gewerbeberechtigung als "bloßes Formalerfordernis" bezeichnete und aufgrund dieser Einstellung zur Einhaltung zentraler berufsrechtlicher Vorschriften der Schluss nahe liegt, dass eine Verletzung auch anderer gesetzlicher Vorschriften gerade bei diesem Bieter auch weiterhin zu befürchten ist. Die vergebende Stelle wäre daher verpflichtet gewesen, das Angebot der B*** KEG mangels Zuverlässigkeit unverzüglich

auszuscheiden.

Im vorliegenden Fall hat die Auftraggeberin es jedoch unterlassen festzustellen, dass der geschäftsführende Gesellschafter der B***, Mag. H***, in den Jahren 1990/91 bis 16.03.2001 unternehmensberaterische Leistungen erbracht hat ohne über eine entsprechende Gewerbeberechtigung zu verfügen.

Unter Zugrundelegung der Allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens, insbesondere des § 16 Abs. 1 BVergG sind Aufträge über Leistungen nach einem im BVergG vorgesehenen Verfahren, entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an - spätestens zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung - befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Unter Zugrundelegung der Allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens, insbesondere des Paragraph 16, Absatz eins, BVergG sind Aufträge über Leistungen nach einem im BVergG vorgesehenen Verfahren, entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an - spätestens zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung - befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben.

Daraus folgt, dass es dem Auftraggeber nicht etwa freisteht von der nachweislichen Feststellung schwerer beruflicher Verfehlungen bzw vom Ausscheiden unzuverlässiger Bieter gem § 52 Abs 1 Z 1 BVergG abzusehen. Der Auftraggeber ist vielmehr verpflichtet, festzustellen, ob für die Beurteilung der Zuverlässigkeit relevante berufliche Verfehlungen vorliegen, soweit ihm dies unter Bedachtnahme auf die Haushaltsgrundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit gemäß Art 126 b Abs 5 V-VG im konkreten Vergabeverfahren möglich ist. Daraus folgt, dass es dem Auftraggeber nicht etwa freisteht von der nachweislichen Feststellung schwerer beruflicher Verfehlungen bzw vom Ausscheiden unzuverlässiger Bieter gem Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG abzusehen. Der Auftraggeber ist vielmehr verpflichtet, festzustellen, ob für die Beurteilung der Zuverlässigkeit relevante berufliche Verfehlungen vorliegen, soweit ihm dies unter Bedachtnahme auf die Haushaltsgrundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit gemäß Artikel 126, b Absatz 5, V-VG im konkreten Vergabeverfahren möglich ist.

Im vorliegenden Fall wäre es dem Auftraggeber möglich gewesen, die schwere berufliche Verfehlung des Mag. H*** festzustellen. Zu diesem Zweck hätte der Auftraggeber nämlich lediglich das Datum zu dem der Gewerbeschein für die B*** KEG ausgestellt wurde und der sonstige Inhalt des Gewerbescheins betreffend Mag H*** mit den von Mag H*** vorgelegten Referenzprojekten, wovon zwei

ohne dies für die jetzige Auftraggeberin durchgeführt wurden, vergleichen müssen. Da der Auftraggeber dieser Pflicht nicht nachgekommen ist, ist die Vergabeentscheidung rechtswidrig.

b.) Zur Entscheidungswesentlichkeit der angefochtenen Entscheidung:

Gemäß § 117 Abs. 1 Z 2 BVergG hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge des Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers für nichtig zu erklären, wenn sie für den Ausgang des Vergabeverfahrens von

wesentlichem Einfluss ist. Die Entscheidung der vergebenden Stelle ist dann von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens wenn sie - bei rechtmäßigen Vorgehen - zur Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter bzw. Bewerber geführt hätte. Gemäß Paragraph 117, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge des Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers für nichtig zu erklären, wenn sie für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Die Entscheidung der vergebenden Stelle ist dann von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens wenn sie - bei rechtmäßigen Vorgehen - zur Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter bzw. Bewerber geführt hätte.

Im vorliegenden Fall hat der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung trotz Vorliegens des Ausscheidenstatbestandes des § 52 Abs. 1 Z 1 BVergG zu Gunsten der B*** KEG getroffen. Diese wäre jedoch rechtens. Im vorliegenden Fall hat der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung trotz Vorliegens des Ausscheidenstatbestandes des Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG zu Gunsten der B*** KEG getroffen. Diese wäre jedoch rechtens auszuscheiden und müsste daher der Zuschlag jedenfalls einem anderen Bieter erteilt werden.

Die im Sinne des § 117 Abs. 1 Z 2 BVergG wesentliche Zuschlagsentscheidung steht im Widerspruch zu Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und ist somit für nichtig zu erklären. Die im Sinne des Paragraph 117, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG wesentliche Zuschlagsentscheidung steht im Widerspruch zu Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und ist somit für nichtig zu erklären.

1. 2.)2,

Zu Spruchpunkt 2.:

Das von der Antragstellerin geforderte Begehren, die Entscheidung, die B*** KEG aus dem Ausschreibungsverfahren aufgrund der fehlenden Qualifikation auszuscheiden, ist zurückzuweisen, da das Bundesvergabeamt keine gesetzliche Zuständigkeit besitzt, durch bescheidmäßigen Ausspruch die im Vergabeverfahren vom Auftraggeber zu setzenden Entscheidungen anstelle des Auftraggebers zu treffen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Veröffentlichungen

Connex 2002/3,44 ZVB 2002/3,7

Schlagworte

Geltungsbereich, persönlicher, öffentlicher Auftraggeber, AMS; Nachprüfungsverfahren, Prüfungsbefugnis des Bundesvergabeamtes, Grundsatz der Amtswegigkeit, keine Beschränkung auf Beschwerdepunkte und Parteienvorbringen; Ausscheiden von Angeboten, Fehlen der beruflichen Zuverlässigkeit, schwere Verfehlung, Ausschlussgrund; Ausschluss von Bietern, schwere Verfehlung, Verstoß gegen wettbewerbsregelnde Bestimmungen, Dauer der Tätigkeit; Ausscheiden von Angeboten, Pflicht zur Überprüfung der Zuverlässigkeit des Bieters, Grundsatz des freien und lauterer Wettbewerbs, Grundsatz der Gleichbehandlung, Haushaltsgrundsätze; Nachprüfungsverfahren, Rechtswidrigkeit und Wesentlichkeit der Entscheidung; Nachprüfungsverfahren, Begehren, zulässiges, Ausscheiden der Bewerberin wegen fehlender Qualifikation;

Dokumentnummer

VERGT_20011112_N_91_01_31_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