jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

# TE Vwgh Erkenntnis 2008/10/1 2005/04/0204

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 01.10.2008

**Index**

L72007 Beschaffung Vergabe Tirol;
10/07 Verwaltungsgerichtshof;
57/03 Pensionskassenrecht;
97 Öffentliches Auftragswesen;

**Norm**

BPG 1990 §3 Abs1 Z1;
BPG 1990 §3 Abs1 Z2;
BPG 1990 §3 Abs1 Z3;
BPG 1990 §3 Abs2;
BVergG 2002 §20 Z41;
BVergG 2002 §20 Z42;
BVergG 2002 §20 Z6;
BVergG 2002 §23;
LVergabenachprüfungsG Tir 2002 §11 Abs1 Z3 lita;
PKG 1990 §15 Abs1;
PKG 1990 §15 Abs4;
VwGG §42 Abs2 Z1;

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Gruber und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Bayjones, Dr. Grünstäudl und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Eisner, über die Beschwerde der Stadt Innsbruck, vertreten durch Dr. Michael E. Sallinger, Rechtsanwalt in 6020 Innsbruck, Sillgasse 21/III, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates in Tirol vom 26. Juli 2007, Zl. uvs-2004/K11/001-24, betreffend Nichterklärung einer Zuschlagsentscheidung (mitbeteiligte Partei: Ö, vertreten durch Dr. Rainer Roniger und DDr. Christian F. Schneider, Rechtsanwälte in 1220 Wien, ARES-Tower, Donau-City-Straße 11), zu Recht erkannt:

**Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird in seinen Spruchpunkten 1. und 3. wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

Das Land Tirol hat der beschwerdeführenden Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

**Begründung**

Die beschwerdeführende Partei ist eine Stadtgemeinde in Tirol im Sinne des § 1 Abs. 1 des Tiroler Vergabenachprüfungsgesetzes 2002 und hat im Amtsblatt der Stadt Innsbruck vom 22. April 2003 sowie im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 30. April 2003 ein Vergabeverfahren betreffend einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich in Form eines zweistufigen Verhandlungsverfahrens mit vorheriger öffentlicher Bekanntmachung ausgeschrieben. Gegenstand des Dienstleistungsauftrages sind Pensionskassenleistungen, die gegenüber den Dienstnehmern der beschwerdeführenden Partei zu erbringen sind. In der Ausschreibung der ersten Stufe des Verhandlungsverfahrens ist festgehalten, dass die Pensionskassenleistungen in einem zwischen der beschwerdeführenden Partei und dem Zuschlagsempfänger abzuschließenden Pensionskassenvertrag festgelegt werden sollen. Die anzubietenden Pensionskassenleistungen bestimmen sich dabei nach einer "Pensionskassen(betriebs)vereinbarung (beitragsorientiertes Modell)", die zwischen der beschwerdeführenden Partei als Arbeitgeber einerseits und "dem Betriebsrat/der Personalvertretung" andererseits abgeschlossen wird.

Mit Schreiben vom 11. August 2003 lud die beschwerdeführende Partei die besten vier Bewerber der ersten Stufe zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens ein. Den Bewerbern wurden gleichzeitig die Unterlagen zur Anbotslegung und (siehe dort Punkt B.1.) der "Entwurf der Pensionskassen(betriebs)vereinbarung" gemäß § 3 Betriebspensionsgesetz, der durch das Angebot umgesetzt werden sollte, angeschlossen. Drei der eingeladenen Bewerber, darunter die mitbeteiligte Partei, legten innerhalb der Angebotsfrist ihre Angebote. Mit Schreiben der beschwerdeführenden Auftraggeberin (bzw. der vergebenden Stelle) vom 19. Dezember 2003 wurde der mitbeteiligten Partei die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten eines anderen Bieters (AP) bekannt gegeben.

Mit Schriftsatz vom 30. Dezember 2003 beantragte die mitbeteiligte Partei die Nichtigerklärung dieser Zuschlagsentscheidung.

Diesen Antrag wies die belangte Behörde mit Bescheid vom 8. März 2004 zurück, weil sie die Rechtsauffassung vertrat, dass der gegenständliche Auftrag kein Dienstleistungsauftrag sei und ihr daher nach dem Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz keine Zuständigkeit zur Überprüfung der Zuschlagsentscheidung zukomme. Mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 6. April 2005, Zl. 2004/04/0071, wurde dieser Bescheid wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit aufgehoben; unter Verweis auf sein Erkenntnis vom 1. März 2005, Zl. 2003/04/0008, bejahte der Verwaltungsgerichtshof das Vorliegen eines Dienstleistungsauftrages.

Mit dem nunmehr angefochtenen Ersatzbescheid vom 26. Juli 2005 erklärte die belangte Behörde in den bekämpften Spruchteilen die Zuschlagsentscheidung der beschwerdeführenden Auftraggeberin vom 19. Dezember 2003 für nichtig (Spruchpunkt 1.) und verpflichtete diese gegenüber der mitbeteiligten Partei zum Ersatz der Pauschalgebühren (Spruchpunkt 3.). Nach der Begründung des angefochtenen Bescheides sei die Zuschlagsentscheidung aus vier Gründen rechtswidrig: Erstens habe die Beschwerdeführerin mit ihren Dienstnehmern bzw. der Personalvertretung vor der Ausschreibung des gegenständlichen Dienstleistungsauftrages entgegen gesetzlichen Bestimmungen keine Betriebsvereinbarung über die Pensionskassenleistungen "abgeschlossen" (eine solche Betriebsvereinbarung sei bloß im Entwurf vorgelegen), zweitens habe sie im gegenständlichen Fall unzulässigerweise das Verhandlungsverfahren ausgewählt, drittens habe die Beschwerdeführerin ausschreibungswidrig als Zuschlagskriterium auch das "Know-how" der Mitarbeiter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin berücksichtigt und viertens hätten die Ausschreibungsunterlagen keine Mindestanforderungen für die ausdrücklich als zulässig erklärten Alternativangebote enthalten.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde. Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt und auf die Erstattung einer Gegenschrift verzichtet, die mitbeteiligte Partei hat eine Gegenschrift erstattet.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 14 Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2002 hat der unabhängige Verwaltungssenat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn sie (Z.1) im Widerspruch zu Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002-BVergG oder der Verordnungen aufgrund dieses Gesetzes steht und (Z.2) auf den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

1. Zur Betriebsvereinbarung:

Die belangte Behörde hat im angefochtenen Bescheid (im Einklang mit den Ausschreibungsunterlagen) festgestellt,

dass die Betriebsvereinbarung zwischen der Beschwerdeführerin und der Personalvertretung ihrer Dienstnehmer, in der das zu schaffende Pensionskassenmodell näher geregelt werde, bereits Bestandteil der Ausschreibung gewesen sei, obwohl diese Betriebsvereinbarung erst im Entwurf vorgelegen sei und erst zusammen mit der Zuschlagserteilung habe unterzeichnet werden sollen. So werde in der Ausschreibung des gegenständlichen Dienstleistungsauftrages ausdrücklich auf diese Betriebsvereinbarung verwiesen. Gemäß § 3 Betriebspensionsgesetz und § 15 Abs. 1 Pensionskassengesetz stelle aber eine gültig abgeschlossene Betriebsvereinbarung eine unbedingte Voraussetzung für den Abschluss eines Pensionskassenvertrages dar. Es reiche daher nicht aus, wenn eine solche Betriebsvereinbarung, wie gegenständlich, erst im Entwurf vorliege. Da der Pensionskassenvertrag somit nur auf Basis der Betriebsvereinbarung abgeschlossen werden könne, sei es nach Ansicht der belangten Behörde "wohl logisch", dass die Betriebsvereinbarung "noch vor der Ausschreibung des Pensionskassenvertrages hätte geschlossen werden müssen". Da somit ein dem Gesetz entsprechender Zuschlag niemals hätte erfolgen können, sei die Zuschlagsentscheidung schon aus diesem Grund für nichtig zu erklären gewesen.

Schon im Nachprüfungsverfahren hat die Beschwerdeführerin im Schriftsatz vom 7. Juli 2005 (wiedergegeben im angefochtenen Bescheid auf S. 46 ff) erläutert, dass der Beitritt zu einer überbetrieblichen Pensionskasse einerseits eine Betriebsvereinbarung mit der Vertretung der Dienstnehmer erfordere und andererseits ein Verfahren zur öffentlichen Auftragsvergabe. Ein "Gleichlauf" dieser beiden Vorgänge sei rechtlich wie auch tatsächlich nicht möglich. Erst im Zuge des Vergabeverfahrens ergebe sich nämlich, welche konkrete Ausgestaltung einer Pensionskasse zum optimalen Modell führe. Daher könne in einer Betriebsvereinbarung nur das bereits fertige Ergebnis des Beschaffungsvorganges rechtlich umgesetzt werden, weshalb es unmöglich sei, eine bereits abgeschlossene Betriebsvereinbarung dem Vergabeverfahren zu Grunde zu legen. Die von der belangten Behörde bezeichnete Vorgangsweise würde nämlich bedeuten, dem Dienstgeber eine Betriebsvereinbarung mit der Verpflichtung zum Abschluss eines Pensionsvertrages aufzubürden, ohne dass zu diesem Zeitpunkt ein Bieter vorhanden wäre, auf dessen Offert zugeschlagen werden könnte.

Daher habe die Beschwerdeführerin, so ihre Ausführungen in der Beschwerde, der Ausschreibung bloß den Entwurf einer Betriebsvereinbarung, zu dem die Personalvertretung allerdings bereits ihr Einverständnis erklärt habe, zu Grunde legen können. Der rechtsgültige Abschluss der Betriebsvereinbarung könne erst nach der Beendigung des Vergabeverfahrens erfolgen, weil erst dann auf Grund des Angebotes des Bestbieters feststehe, wie die Vereinbarung mit der Personalvertretung endgültig auszusehen habe. Für die Bieter ergäbe sich dadurch keine Schlechterstellung, weil diese auf Grund der gesetzlichen Vorschriften in Kenntnis darüber seien, dass es des Zustandekommens einer Betriebsvereinbarung bedürfe, um den Leistungsvertrag perfekt zu machen.

Die im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung der Beschwerdeführerin geltenden Bestimmungen des Betriebspensionsgesetzes bzw. des Pensionskassengesetzes lauten auszugsweise:

§ 3 Betriebspensionsgesetz BGBl. Nr. 282/1990 in der Fassung

BGBl. I Nr. 51/2002:

"Pensionskasse

Voraussetzungen für Errichtung, Beitritt und Auflösung

§ 3. (1) Die Errichtung einer betrieblichen Pensionskasse oder der Beitritt zu einer betrieblichen oder überbetrieblichen Pensionskasse bedarf mit Ausnahme der in Abs. 2 genannten Fälle nach Maßgabe des § 9 Z 8 und § 15 Abs. 4 des Pensionskassengesetzes, BGBl. Nr. 281/1990, zur Rechtswirksamkeit des Abschlusses einer Betriebsvereinbarung oder in den Fällen des Abs. 1a eines Kollektivvertrages. Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarung haben jedenfalls zu regeln:

1. Die Mitwirkung der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten an der Verwaltung der Pensionskasse;

2. das Leistungsrecht, dazu gehören insbesondere die Ansprüche der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten; die Höhe der vom Arbeitgeber zu entrichtenden Beiträge, die im Falle beitragsorientierter Vereinbarungen mit der Pensionskasse betragsmäßig oder in fester Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen festzulegen sind; zusätzlich können variable Beiträge bis zur Höhe der vom Arbeitgeber verpflichtend zu entrichtenden Beiträge vorgesehen werden; die allfällige Verpflichtung des Arbeitgebers zur Beitragsanpassung bei Auftreten von zusätzlichen Deckungserfordernissen;

3. die Voraussetzungen und die Rechtswirkungen der Auflösung einer betrieblichen Pensionskasse, wobei der Sicherung der Ansprüche der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten der Vorrang vor anderen Leistungen der Kasse zu geben ist; die Voraussetzungen für die Arbeitgeberkündigung des Pensionskassenvertrages gemäß § 17 PKG und die Rechtswirkungen dieser Kündigung hinsichtlich der Ansprüche der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten.

...

(2) Für Arbeitnehmer, die von keinem Betriebsrat vertreten sind oder für die kein Kollektivvertrag (im Sinne der Abs. 1 und 1a) gilt, bedarf der Beitritt zu einer Pensionskasse des vorherigen Abschlusses einer Vereinbarung mit dem Arbeitgeber, die nach einem Vertragsmuster unter Berücksichtigung des § 18 zu gestalten ist. Dieses Vertragsmuster hat die in Abs. 1 genannten Angelegenheiten zu regeln.

..."

§ 15 Pensionskassengesetz BGBl. Nr. 281/1990 in der Fassung

BGBl. I Nr. 97/2001:

"Pensionskassenvertrag

§ 15. (1) Der Pensionskassenvertrag ist zwischen der Pensionskasse und dem beitretenden Arbeitgeber abzuschließen. Darin sind entsprechend dem Kollektivvertrag, der Betriebsvereinbarung oder der Vereinbarung gemäß Vertragsmuster nach dem Betriebspensionsgesetz die Ansprüche der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten auf Leistungen der Pensionskasse zu regeln.

...

(4) Entspricht ein Pensionskassenvertrag nicht den Vorschriften dieses Bundesgesetzes oder den Vorschriften des § 3 des Betriebspensionsgesetzes, so hat die FMA die Pensionskasse mit der Verbesserung des Vertrages zu beauftragen; kommt die Pensionskasse diesem Auftrag binnen längstens sechs Monaten nicht nach, so ist der Pensionskassenvertrag nichtig."

Aus diesen Bestimmungen ergibt sich, dass die Errichtung einer betrieblichen Pensionskasse oder, wie gegenständlich, der Beitritt zu einer (bestehenden) betrieblichen oder überbetrieblichen Pensionskasse - somit das "Abschließen" eines Pensionskassenvertrages im Sinne des § 15 Abs. 1 Pensionskassengesetz - zu seiner Rechtswirksamkeit (und zur Hintanhaltung einer Nichtigkeit dieses Vertrages im Sinne des § 15 Abs. 4 leg. cit.) des Abschlusses einer Betriebsvereinbarung bzw. eines Kollektivvertrages bedarf. Das Vorliegen einer bereits abgeschlossenen Betriebsvereinbarung ist daher (erst) eine Voraussetzung für das rechtswirksame Zustandekommen eines Pensionskassenvertrages, somit für die Erteilung des Zuschlags, aber noch keine Voraussetzung für die (bloße) Zuschlagsentscheidung (vgl. zu diesen Begriffen § 20 Z. 41 und 42 BVergG). Entgegen der Rechtsansicht der belangten Behörde führt daher das Fehlen einer rechtsgültig abgeschlossenen Betriebsvereinbarung nicht zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung betreffend die Pensionskassenleistungen. Angesichts des (mit der Personalvertretung bereits akkordierten) Entwurfes einer Betriebsvereinbarung war auch der ausgeschriebene Leistungsgegenstand für das Verhandlungsverfahren hinreichend bestimmt.

2. Zur Wahl des Verhandlungsverfahrens:

Einen weiteren Grund für die Rechtswidrigkeit der bekämpften Zuschlagsentscheidung erblickte die belangte Behörde in der nach ihrer Auffassung unzulässigen Auswahl des zweistufigen Verhandlungsverfahrens. Ein solches komme bei der gegenständlichen Versicherungsleistung (Dienstleistung der Kategorie 6 lit. a des Anhanges III zum BVergG) gemäß § 25 Abs. 5 Z. 3 BVergG nur dann in Betracht, wenn die zu erbringenden (Versicherungs-)Dienstleistungen der Gestalt seien, dass vertragliche Spezifikationen nicht hinreichend genau festgelegt werden können. Im gegenständlichen Fall seien die zu erbringenden Versicherungsleistungen jedoch "haarklein" und detailliert einerseits im Betriebspensionsgesetz und andererseits im Pensionskassengesetz geregelt. Es bestehe daher nach Ansicht der belangten Behörde weder hinsichtlich des Abschlusses des Pensionskassenvertrages noch hinsichtlich der gesamten Vertragsabwicklung "kaum ein vertraglicher Gestaltungsspielraum". Daher sei nicht einzusehen, warum es dem öffentlichen Auftraggeber nicht möglich sein solle, die vertraglichen Spezifikationen hinreichend genau im Sinne des

§ 25 Abs. 5 Z. 3 BVergG festzulegen. Das Verhandlungsverfahren sei daher zu Unrecht angewendet worden, es handle sich dabei um einen "nicht behebbaren Mangel" der Auftraggeberin, sodass diese nicht umhin kommen werde, die Ausschreibung zu widerrufen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob, wie die Beschwerde ausführt, unterschiedliche Modelle für Pensionskassendienstleistungen bestehen, die dazu führen, dass diese Dienstleistungen nicht im Vorhinein detailliert festgelegt werden können. In der Beschwerde wird nämlich vorgebracht, dass die der gegenständlichen Zuschlagsentscheidung zugrunde liegende Ausschreibung, in der das Verhandlungsverfahren festgelegt wurde, innerhalb der gesetzlichen Frist (§ 11 Abs. 1 Z 3 lit. a Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2002) nicht angefochten wurde. Im angefochtenen Bescheid werden dazu keine gegenteiligen Feststellungen getroffen, auch dem Verwaltungsakt sind keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass die Ausschreibung bekämpft worden wäre. Da somit davon auszugehen ist, dass die in der Ausschreibung erfolgte Wahl des Vergabeverfahrens bestandsfest geworden ist, durfte die belangte Behörde eine (allfällige) Rechtswidrigkeit der gesondert anfechtbaren Ausschreibung im Rahmen der Nachprüfung einer späteren Auftraggeberentscheidung, hier der Zuschlagsentscheidung, nicht mehr aufgreifen (vgl. dazu etwa das hg. Erkenntnis vom 27. Juni 2007, Zl. 2005/04/0234).

3. Angebotsbewertung:

Als dritten Grund für die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der beschwerdeführenden Auftraggeberin nennt die belangte Behörde die Heranziehung eines Zuschlagskriteriums, das in der Ausschreibung nicht genannt gewesen sei. Die Beschwerdeführerin habe nämlich die Zuschlagsentscheidung gegenüber der mitbeteiligten Partei im Schreiben vom 29. Dezember 2003 mit der besseren, "weiter in die Tiefe gehenden" Darstellung der Veranlagungsstrategie und des laufenden Investmentprozesses im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin begründet, dies insbesondere hinsichtlich der "Flexibilität, des Know-how der Mitarbeiter, der transparenten Auswahl der einzelnen Veranlagungsinstrumente und externer Partner sowie des tagesaktuellen, strukturierten Kontrollprozesses" (so das aktenkundige Schreiben vom 29. Dezember 2003). Dem gegenüber seien in der Ausschreibung der beschwerdeführenden Partei vier gewichtete Zuschlagskriterien und dazugehörende Subkriterien genannt worden. Beim in Frage kommenden dritten Zuschlagskriterium "Veranlagungs- und Risikogemeinschaft (VRG), Veranlagungserfolg" sei jedoch vom "Know-how" der Mitarbeiter keine Rede. Dieses Kriterium habe die Beschwerdeführerin daher unzulässigerweise als weiteres Subkriterium hinzugefügt und daher die Angebotsbewertung nicht ausschreibungskonform durchgeführt.

Schon im Nachprüfungsverfahren hat die beschwerdeführende Partei (siehe die Wiedergabe im angefochtenen Bescheid auf Seite 61) darauf hingewiesen, dass die "externe Veranlagung ein Kernelement jeder Pensionskasse und für den Kunden in der Regel besonders heikel (sei), da er natürlich wissen möchte, wo und wie sein Geld von der Pensionskasse angelegt wird". Daher sei eines der Zuschlagskriterien der Veranlagungserfolg, der seinerseits wesentlich durch das zugehörige Subkriterium "Veranlagungsprozess" bestimmt werde. Im Veranlagungsprozess gehe es um die Auswahl der Partner und Fondsmanager, das organisatorische Controlling und Monitoring und Ähnliches mehr, weil dies wesentliche Auswirkungen auf die Qualität der angebotenen Leistung habe. Daher sei in der zu diesem Zuschlagskriterium (Veranlagungserfolg) gehörenden Leistungsbeschreibung unter Punkt 3.2.14 vom Bieter anzugeben gewesen, welcher Veranlagungsinstrumente und Fondsmanager er sich bediene.

Auch in der Beschwerde verweist die Beschwerdeführerin auf diese Passagen der Ausschreibung und dass zum dritten Zuschlagskriterium "Veranlagungserfolg" bzw. dem diesbezüglichen Subkriterium "Veranlagungsprozess" auch der - in der Leistungsbeschreibung unter Punkt 3.2.14 genannte - Prozess der Auswahl der Partner und Fondsmanager gehöre. Auf diese Kriterien habe sich das Schlagwort "Know-how der Mitarbeiter" in der Begründung der Zuschlagsentscheidung vom 29. Dezember 2003 bezogen.

Die Ausschreibung der beschwerdeführenden Partei zur zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens lautet auszugsweise:

"A. ALLGEMEINE VERGABEREGELN

...

II. ALLGEMEINE BEDINGUNGEN FÜR DIE ANGEBOTSLEGUNG

...

8. Zuschlagskriterien

Die Auftragsvergabe erfolgt nach dem Bestbieterprinzip (= wirtschaftlich günstigstes (bestes) Angebot nach den genannten Zuschlagskriterien):

Kriterium 1

..... .....

15 %

Abdeckung des Modells

Hier wird jener Bieter am besten bewertet, der das vorgegebene Pensionskassenmodell mit möglichst wenigen Abänderungen umsetzen kann. Änderungen betreffend Melde- und Auskunftspflichten werden bei Kriterium 4 berücksichtigt.

Kriterium 2

..... .....

35 %

Entgelt

Hier werden laufende Kosten sowie Eventualkosten verglichen.

(...)

Kriterium 3

..... .....

35 %

Veranlagungs- und Risikogemeinschaft (VRG),

Veranlagungserfolg

Vergangenheitsperformance in der Pensionskasse;

Veranlagungskonzept; Veranlagungsprozess, Mindestveranlagungsertrag;

Kriterium 4

..... .....

15 %

Serviceleistungen

Je umfangreichere Serviceleistungen angeboten und je geringer

die Informations- und Meldepflichten sind, umso besser fällt die Bewertung aus.

...

B. LEISTUNGSVERZEICHNIS

Dieser Teil B der Unterlagen zur Angebotserstellung ist ausgefüllt (grau hinterlegte Felder) und unter Beifügung der geforderten Anlagen mit dem Angebotsschreiben (vgl Teil C) bis zum Ende der Angebotsabgabefrist bei der vergebenden Stelle einzureichen.

1. Abdeckung des Modells

Das Pensionskassenmodell ist beitragsorientiert.

In der Beilage 1 befindet sich der Entwurf der 'Pensionskassen(betriebs)vereinbarung'.

...

3.2. Veranlagungs- und Risikogemeinschaft

Beschreiben Sie die VRG, in die auf Basis des beschriebenen Modells der Auftraggeber eingegliedert werden, bzw.

sämtliche VRGen, die für die Eingliederung zur Auswahl stehen und welche Kriterien für die Auswahl relevant sind. Bitte machen Sie dazu folgende Angaben: ...

3.2.14. Beschreibung des laufenden Investmentprozesses (Anlage 8)

3.2.15. Angabe der Veranlagungsinstrumente und der Kapitalanlagegesellschaften sowie Fondsmanager, die mit der jeweiligen angeführten Asset Kategorie in der konkret angebotenen VRG betraut sind, getrennt nach Immobilien, Anleihen Euroländer, Anleihen ex Euroländer, Anleihen International, Aktien Europa, Aktien USA, Aktien Asien ex Japan, Aktien Japan, Aktien Emerging Markets, Sonstige (z.B. alternative Investmentformen)

(Anlage 9)"

Wie die beschwerdeführende Partei zutreffend aufzeigt, handelt es sich beim dritten Zuschlagskriterium "Veranlagungserfolg" um ein näher zu definierendes Zuschlagskriterium. Die beschwerdeführende Partei hat daher in der wiedergegebenen Ausschreibung auch dem Zuschlagskriterium "Veranlagungserfolg" nicht nur Subkriterien ("Veranlagungsprozess" bzw. "Veranlagungskonzept") sondern im Leistungsverzeichnis zusätzlich weitere Punkte (Subsubkriterien) zugeordnet, zu denen die Bieter nähere Angaben über die bestmögliche Erfüllung dieses Zuschlagskriteriums machen sollten. Konkret wurde zum Zuschlagskriterium "Veranlagungserfolg" bzw. "Veranlagungsprozess" im Leistungsverzeichnis nicht nur nach der Beschreibung des laufenden Investmentprozesses gefragt (Punkt 3.2.14.), sondern es wurden dort ausdrücklich auch Angaben der Bieter über die Veranlagungsinstrumente "sowie Fondsmanager, die mit der jeweiligen angeführten Asset Kategorie in der konkret angebotenen VRG betraut sind" (Punkt 3.2.15.) verlangt.

Schon daraus ist ersichtlich und im Hinblick auf das Ziel einer bestmöglichen Veranlagung des Geldes der Kunden auch nachvollziehbar, dass gemäß der Ausschreibung auch das Wissen und die Erfahrung ("Know-how") der zum Einsatz kommenden Fondsmanager ein Element des Zuschlagskriteriums "Veranlagungserfolg" bzw. "Veranlagungsprozess" darstellt. Der Verwaltungsgerichtshof vermag daher die Ansicht der belangten Behörde, dass nach der Ausschreibung auf das "Know-how" der Mitarbeiter der Pensionskasse im Rahmen der Zuschlagskriterien nicht Bedacht genommen werden dürfe, nicht zu teilen.

4. Alternativangebote:

Ausgehend vom oben wiedergegebenen ersten Zuschlagskriterium, wonach jener Bieter am besten bewertet werde, der das (durch die Betriebsvereinbarung) vorgegebene Pensionskassenmodell mit möglichst wenigen Abänderungen umsetzen könne, vertritt die belangte Behörde die Rechtsansicht, dass im gegenständlichen Fall Alternativangebote unzulässig gewesen seien. Zwar seien in Punkt 5. der Ausschreibung Alternativangebote ausdrücklich zugelassen worden, in der Ausschreibung fehle aber eine Definition der Mindestanforderungen, die Alternativangebote im Hinblick auf ihre Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Leistung erfüllen müssten. Dies bedeute nach Ansicht der belangten Behörde "nicht mehr und nicht weniger, als dass Alternativangebote eben nicht zulässig sind". Da die Ausschreibung in diesem Punkt rechtswidrig gewesen sei, habe ein rechtsgültiger Zuschlag nicht erfolgen können, sodass die Zuschlagsentscheidung auch aus diesem Grunde für nichtig zu erklären gewesen sei.

Die Überlegungen der belangten Behörde zur Unzulässigkeit von Alternativangeboten können schon deshalb eine Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung nicht begründen, weil nach der Aktenlage weder von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin noch von der mitbeteiligten Partei ein Alternativangebot abgegeben wurde. Vielmehr haben beide Bieter jeweils (nur) ein Hauptangebot gelegt. Selbst wenn daher die Ansicht der belangten Behörde, in der Ausschreibung seien entgegen § 69 Abs. 2 BVergG keine Mindestanforderungen für Alternativangebote genannt worden, zuträfe, so wäre im vorliegenden Fall nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen eine dadurch bewirkte Rechtswidrigkeit der Ausschreibung zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung führen sollte.

Da nach dem Gesagten somit keiner der von der belangten Behörde angeführten Gründe die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zu tragen im Stande ist, war der angefochtene Bescheid in seinem Spruchpunkt 1. (und im damit verbundenen Spruchpunkt 3.) wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

Wien, am 1. Oktober 2008

**Schlagworte**

Besondere Rechtsgebiete

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2008:2005040204.X00

**Im RIS seit**

04.11.2008

**Zuletzt aktualisiert am**

08.01.2013

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, http://www.vwgh.gv.at

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at