

TE Verg Bescheid 2007/10/18 VKS-4093/07

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 18.10.2007

Norm

WVRG §1 Abs1

WVRG §2 Abs1

WVRG §11 Abs2

WVRG §13 Abs3

WVRG §18

WVRG §19 Abs1 und 3

WVRG §20 Abs1

WVRG §22 Abs2

WVRG §23 Abs1

WVRG §24 Abs1 Z6

WVRG §25 Abs1

WVRG §31

WVRG §39 in Verbindung mit

BVergG 2002 §7 Abs1 Z1

BVergG 2002 §20 Z13 lita sublitdd

BVergG 2002 §21 Abs1

BVergG 2002 §30

BVergG 2002 §98 Z9

BVergG 2006 §345 Abs2

AVG §53a

AVG §76 Abs1

1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

1. AVG § 53a heute

2. AVG § 53a gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013

3. AVG § 53a gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 161/2013
4. AVG § 53a gültig von 01.08.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 161/2013
5. AVG § 53a gültig von 01.01.2002 bis 31.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2001
6. AVG § 53a gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
7. AVG § 53a gültig von 01.07.1995 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995
8. AVG § 53a gültig von 01.02.1991 bis 30.06.1995

1. AVG § 76 heute
2. AVG § 76 gültig ab 01.01.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 82/2025
3. AVG § 76 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2001
4. AVG § 76 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
5. AVG § 76 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/1999
6. AVG § 76 gültig von 18.08.1999 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/1999
7. AVG § 76 gültig von 01.01.1999 bis 17.08.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
8. AVG § 76 gültig von 01.07.1998 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
9. AVG § 76 gültig von 01.07.1998 bis 30.06.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995
10. AVG § 76 gültig von 01.07.1995 bis 30.06.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995
11. AVG § 76 gültig von 01.02.1991 bis 30.06.1995

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** über den Antrag der *** Aktiengesellschaft, ***, vertreten durch Saxinger, Chalupsky und Partner, Rechtsanwälte GmbH in Linz, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezüglich der Vergabe des Dienstleistungsauftrages zum Abschluss eines Pensionskassenvertrages „Pensionskasse Gemeinde Wien“, Ausschreibungsnummer MA54-VC-2a/05-EU, durch die Antragsgegnerin Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien, MA 54 – Zentraler Einkauf, Am Modenapark 1-2, 1030 Wien, vertreten durch Binder Grösswang, Rechtsanwälte OEG in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Die Zuschlagsentscheidung vom 25.5.2007 wird für nichtig erklärt.
2. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 14.6.2007 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
3. 3.Ziffer 3
Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin von dieser entrichteten Pauschalgebühren von EUR 2.400,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.
4. 4.Ziffer 4
Die Gebühren des Sachverständigen Dr. Günther Gruber, Veitingergasse 51, 1130 Wien, werden im Einvernehmen mit den Parteien mit EUR 1.800,--, darin enthalten EUR 300 USt., bestimmt und der Antragstellerin zum Ersatz binnen 14 Tagen an den Sachverständigen auferlegt.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 13 Abs. 3, 18, 19 Abs. 1 und 3, 20 Abs. 1, 22 Abs. 2, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 6, 25 Abs. 1, 31, 39, WVRG in Verbindung mit §§ 7 Abs. 1 Z 1, 20 Z 13 lit. a sublit. dd, 21 Abs. 1, 30, 98 Z 9 BVergG 2002, § 345 Abs. 2 BVergG 2006, §§ 53a, 76 Abs. 1 AVG.Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 13, Absatz 3, 18, 19, Absatz eins und 3, 20 Absatz eins, 22, Absatz 2, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 31, 39,, WVRG in Verbindung mit Paragraphen 7, Absatz eins, Ziffer eins, 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, d, d,, 21 Absatz eins, 30, 98, Ziffer 9, BVergG 2002, Paragraph 345, Absatz 2, BVergG 2006, Paragraphen 53 a, 76, Absatz eins, AVG.

Begründung:

Die Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien – MA 54 (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages zum Abschluss eines Pensionskassenvertrages für ihre Mitarbeiter. Die Kundmachung im

Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften erfolgte am 30.12.2005 zur Zl. 2005/S251 – 248333.

In den Ausschreibungsunterlagen war zunächst vorgesehen, dass zur Teilnahme am Vergabeverfahren nur Bietergemeinschaften zugelassen werden. Unter anderem wurde diese Festlegung von der Antragstellerin in einem Nachprüfungsverfahren bekämpft. Diesem ihrem Begehren wurde mit Bescheid des VKS vom 13.3.2006, VKS – 248/06, stattgegeben und jene Bestimmungen der Ausschreibung für nichtig erklärt, wonach die Bildung einer Bietergemeinschaft zwingend vorgeschrieben war und nur Bietergemeinschaften zur Teilnahme am Vergabeverfahren zugelassen werden sollten. Dem darüber hinaus gehenden Mehrbegehren im Abschnitt Teil A Allgemeiner Teil den Punkt 5 und im Teil B den Punkt 4.4, wonach als Auswahlkriterium die Anzahl und Qualifikation der Mitarbeiter bewertet wird, wobei nur Dienstnehmer des Bewerbers und seiner verbundenen Unternehmen berücksichtigt werden, nicht aber sonstige Ressourcen über die der Bewerber verfügt und im Teil B Punkt 4.5, wonach als Auswahlkriterium die Performance nur betreffend die offenen Veranlagungs- und Risikogemeinschaften (VRGen) berücksichtigt werden und nicht die Performance aller VRGen, für nichtig zu erklären, wurde nicht stattgegeben.

Die Antragsgegnerin hat das Vergabeverfahren nach dieser Entscheidung, offenbar ohne die Teilnahmebedingungen diesbezüglich entsprechend der zitierten Entscheidung des Vergabekontrollsenates konkret zu ändern, fortgesetzt und den ausgewählten Teilnehmern, darunter auch der Antragstellerin, am 21.7.2006 die Ausschreibungsunterlagen für die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens übermittelt. Danach ist Auftragsgegenstand der Abschluss eines Pensionskassenvertrages im Sinne der zwischen der Antragsgegnerin (als Dienstgeberin) und dem Zentralausschuss der Personalvertretung der Bediensteten der Gemeinde Wien am 12.12.2005 mit der Ergänzung vom 26.6.2006 abgeschlossenen „Pensionskassenvereinbarung“. Weiters sind die in den allgemeinen Auftragsbestimmungen unter Punkt 22 angeführten „Serviceleistungen (Mindestanforderungen)“ zu erbringen. Die Zuschlagsfrist wurde zunächst mit 20 Wochen festgelegt. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei als Zuschlagskriterien vorgesehen waren: Entgelt (35 %), Ergebnis von Berechnungen (15 %), Veranlagung (35 %) und zusätzliche kostenfreie Serviceleistungen (15 %).

Das Ende der Angebotsfrist war der 25.8.2006. Die Antragstellerin hat rechtzeitig ein Angebot gelegt. Am 30.11.2006 haben Verhandlungen zwischen den Parteien stattgefunden. Schließlich wurde die Antragstellerin aufgefordert bis 27.2.2007 ein „Letzt-angebot (last and best offer)“ zu übermitteln. Dieser Aufforderung ist die Antragstellerin rechtzeitig nachgekommen.

Mit Zustimmung auch der Antragstellerin wurde die Zuschlagsfrist zunächst bis Ende April 2007, schließlich bis Ende Juni 2007 verlängert.

Mit Schreiben vom 25.5.2007, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin ihre Zuschlagsentscheidung mitgeteilt, wonach beabsichtigt sei, den Auftrag einer Arbeitsgemeinschaft erteilen zu wollen. Mit Schreiben vom 29.5.2007 hat die Antragstellerin die Antragsgegnerin um Mitteilung der Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes sowie um Bekanntgabe der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes ersucht. Diesem Ersuchen hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 21.6.2007 entsprochen und mitgeteilt, dass das Angebot der ARGE beim Entgelt besser bewertet worden sei, bei den Zuschlagskriterien „Berechnung und Veranlagung“ hingegen das Angebot der Antragstellerin.

Ebenso besser bewertet worden sei das Angebot der ARGE beim Kriterium der kostenfreien Serviceleistungen. Weder die Punktezahlen, die die Antragstellerin erreicht hat, noch jene der für die Zuschlagsentscheidung vorgesehenen ARGE wurden bekanntgegeben.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 6.6.2007 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Kostenersatz. Im Wesentlichen macht die Antragstellerin geltend, die Antragsgegnerin sei bei Bewertung der Angebote bezüglich der Höhe der Vermögensverwaltungskosten und bei Beurteilung des Zuschlagskriteriums „Veranlagung“ unrichtig vorgegangen. Der Zuschlag an die ARGE sei aufgrund zwingender pensionskassenrechtlicher Vorschriften unzulässig, die Bildung der ARGE verstoße gegen kartellrechtliche Vorschriften und wettbewerbsrechtliche Grundsätze. Durch die angefochtene Entscheidung werde die Antragstellerin in ihrem subjektiven Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Verfahrens, insbesondere auf Ausscheidung des Angebotes der vorgesehenen Zuschlagsempfängerin, auf Zuschlagsentscheidung zu Gunsten ihres Angebotes und letztlich auf Zuschlagserteilung verletzt. Im Einzelnen führt sie aus, die Antragsgegnerin habe

mitgeteilt, dass die ARGE günstigere laufende Beitragsverwaltungskostensätze und günstigere Liquidierungskostensätze sowie etwas höhere Vermögensverwaltungskostensätze anbiete. Sie liege im Gesamtvergleich der laufenden Kosten nach 10 und 20 Beitragsjahren vor der Antragstellerin. Nach den Ausschreibungsunterlagen wären aber auch die laufenden Kosten für einen Zeitraum von 30 Jahren zu berücksichtigen gewesen, was offenbar nicht erfolgt wäre. Auf Grund des in der Begründung der Zuschlagsentscheidung genannten Beitragsvolumens sei weiters anzunehmen, dass der Bewertung ein wesentlich geringeres Beitragsvolumen zu Grunde gelegt worden sei, was zu einem unberechtigten Vorteil von Bietern mit höheren Vermögensverwaltungskosten führe. Bei korrekter Bewertung beim Zuschlagskriterium Entgelt wäre das Angebot der Antragstellerin besser zu bewerten als jenes der ARGE, womit die Antragstellerin Bestbieterin wäre. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 6.6.2007 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Kostenersatz. Im Wesentlichen macht die Antragstellerin geltend, die Antragsgegnerin sei bei Bewertung der Angebote bezüglich der Höhe der Vermögensverwaltungskosten und bei Beurteilung des Zuschlagskriteriums „Veranlagung“ unrichtig vorgegangen. Der Zuschlag an die ARGE sei aufgrund zwingender pensionskassenrechtlicher Vorschriften unzulässig, die Bildung der ARGE verstoße gegen kartellrechtliche Vorschriften und wettbewerbsrechtliche Grundsätze. Durch die angefochtene Entscheidung werde die Antragstellerin in ihrem subjektiven Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Verfahrens, insbesondere auf Ausscheidung des Angebotes der vorgesehenen Zuschlagsempfängerin, auf Zuschlagsentscheidung zu Gunsten ihres Angebotes und letztlich auf Zuschlagserteilung verletzt. Im Einzelnen führt sie aus, die Antragsgegnerin habe mitgeteilt, dass die ARGE günstigere laufende Beitragsverwaltungskostensätze und günstigere Liquidierungskostensätze sowie etwas höhere Vermögensverwaltungskostensätze anbiete. Sie liege im Gesamtvergleich der laufenden Kosten nach 10 und 20 Beitragsjahren vor der Antragstellerin. Nach den Ausschreibungsunterlagen wären aber auch die laufenden Kosten für einen Zeitraum von 30 Jahren zu berücksichtigen gewesen, was offenbar nicht erfolgt wäre. Auf Grund des in der Begründung der Zuschlagsentscheidung genannten Beitragsvolumens sei weiters anzunehmen, dass der Bewertung ein wesentlich geringeres Beitragsvolumen zu Grunde gelegt worden sei, was zu einem unberechtigten Vorteil von Bietern mit höheren Vermögensverwaltungskosten führe. Bei korrekter Bewertung beim Zuschlagskriterium Entgelt wäre das Angebot der Antragstellerin besser zu bewerten als jenes der ARGE, womit die Antragstellerin Bestbieterin wäre.

Für die Antragstellerin sei nicht nachvollziehbar, warum sie beim Kriterium „Veranlagung“ nur geringfügig besser bewertet wurde als die ARGE. Die Antragstellerin müsste vor allem bei der Frage der Unabhängigkeit ihrer Veranlagung eine wesentlich bessere Bewertung erhalten als die ARGE, da die Umsetzung deren Veranlagungskonzeptes im Kreis ihrer Aktionäre erfolge, während bei der Veranlagung durch die Antragstellerin die Unabhängigkeit gewährleistet wäre. Eine bessere Bewertung der Antragstellerin beim Zuschlagskriterium Entgelt und beim Zuschlagskriterium Veranlagung müsste daher dazu führen, dass die Antragstellerin Bestbieterin wäre.

Weiters macht die Antragstellerin geltend, dass bei der Berechnung der laufenden Kosten, entgegen den Ausschreibungsbestimmungen, eine Änderung des Leistungsumfanges gegenüber der Ausschreibung mit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vereinbart worden sei. Dem Abschluss des gegenständlichen Pensionskassenvertrages mit der ARGE stünden zwingende gesetzliche Vorschriften des Pensionskassengesetzes entgegen. Der Pensionskassenvertrag müsse den Vorschriften des Pensionskassengesetzes entsprechen, weshalb der Abschluss eines Pensionskassenvertrags mit einer Arbeitsgemeinschaft ausgeschlossen wäre. Der vorgesehene Zuschlag an die ARGE sei aber auch aufgrund kartellrechtlicher Vorschriften und wettbewerbsrechtlicher Grundsätze unzulässig. Der Marktanteil der beiden Mitglieder der ARGE liege weit über 50%, weshalb sie als zumindest gemeinsam Markt beherrschend anzusehen sind, jede der beteiligten Pensionskassen könnte den Auftrag auch alleine abwickeln. Die Auftraggeberin hätte daher nicht davon ausgehen dürfen, dass das Angebot einer zulässigen Bietergemeinschaft vorliegt. Bei der gebotenen Prüfung der Zulässigkeit der Bietergemeinschaft nach kartellrechtlichen Grundsätzen hätte die Auftraggeberin zu dem Ergebnis gelangen müssen, dass das Angebot gemäß § 98 Z 9 BVergG 2002 auszuschneiden ist. Zur wettbewerbsrechtlichen Relevanz sei auch auf den beträchtlichen Auftragsumfang und die unbefristete Vertragsdauer des Pensionskassenvertrags zu verweisen. Das gemeinsame Angebot erfordere eine auf lange Dauer angelegte Abstimmung der Konditionen und der Veranlagung für einen erheblichen Teil des Geschäftsumfanges der beteiligten Pensionskassen sowie für die Erbringung von Dienstleistungen. Die ARGE bedeute eine exklusive Zusammenarbeit zwischen zwei – zumindest gemeinsamen marktbeherrschenden – Wettbewerbern in einem sehr

engen Markt, die darüber hinaus kartellrechtlich nicht gerechtfertigt werden könne. Weiters macht die Antragstellerin geltend, dass bei der Berechnung der laufenden Kosten, entgegen den Ausschreibungsbestimmungen, eine Änderung des Leistungsumfanges gegenüber der Ausschreibung mit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vereinbart worden sei. Dem Abschluss des gegenständlichen Pensionskassenvertrages mit der ARGE stünden zwingende gesetzliche Vorschriften des Pensionskassengesetzes entgegen. Der Pensionskassenvertrag müsse den Vorschriften des Pensionskassengesetzes entsprechen, weshalb der Abschluss eines Pensionskassenvertrags mit einer Arbeitsgemeinschaft ausgeschlossen wäre. Der vorgesehene Zuschlag an die ARGE sei aber auch aufgrund kartellrechtlicher Vorschriften und wettbewerbsrechtlicher Grundsätze unzulässig. Der Marktanteil der beiden Mitglieder der ARGE liege weit über 50%, weshalb sie als zumindest gemeinsam Markt beherrschend anzusehen sind, jede der beteiligten Pensionskassen könnte den Auftrag auch alleine abwickeln. Die Auftraggeberin hätte daher nicht davon ausgehen dürfen, dass das Angebot einer zulässigen Bietergemeinschaft vorliegt. Bei der gebotenen Prüfung der Zulässigkeit der Bietergemeinschaft nach kartellrechtlichen Grundsätzen hätte die Auftraggeberin zu dem Ergebnis gelangen müssen, dass das Angebot gemäß Paragraph 98, Ziffer 9, BVergG 2002 auszuschneiden ist. Zur wettbewerbsrechtlichen Relevanz sei auch auf den beträchtlichen Auftragsumfang und die unbefristete Vertragsdauer des Pensionskassenvertrags zu verweisen. Das gemeinsame Angebot erfordere eine auf lange Dauer angelegte Abstimmung der Konditionen und der Veranlagung für einen erheblichen Teil des Geschäftsumfanges der beteiligten Pensionskassen sowie für die Erbringung von Dienstleistungen. Die ARGE bedeute eine exklusive Zusammenarbeit zwischen zwei – zumindest gemeinsamen marktbeherrschenden – Wettbewerbern in einem sehr engen Markt, die darüber hinaus kartellrechtlich nicht gerechtfertigt werden könne.

Auftragsgegenstand sei der Abschluss eines Pensionskassenvertrages samt Erbringung bestimmter Dienstleistungen. Die Ausschreibungsunterlagen würden jedoch keinen Vertragsentwurf oder dergleichen für den Pensionskassenvertrag enthalten. Eine rechtmäßige Zuschlagsentscheidung sei im gegenständlichen Vergabeverfahren erst möglich, wenn mit allen Bietern der abzuschließende Pensionskassenvertrag ausgehandelt wurde, sodass ein unterschriftsreifer Entwurf vorliege. Unzulässig wäre es, den Zuschlag zu erteilen und dann über den Pensionskassenvertrag zu verhandeln, was offenbar von der Antragsgegnerin beabsichtigt werde.

Zusammenfassend hält die Antragstellerin daher die von ihr angefochtene Zuschlagsentscheidung in mehrfacher Hinsicht für rechtswidrig. Das Angebot der Antragstellerin sei beim Zuschlagskriterium Entgelt und beim Zuschlagskriterium Veranlagung besser zu bewerten, sodass sie Bestbieterin wäre. Auf Grund zwingender pensionskassenrechtlicher Vorschriften könne die Antragsgegnerin dem Angebot der ARGE den Zuschlag nicht erteilen, deren Angebot wäre überdies gemäß § 98 Z 9 BVergG 2002 auszuschneiden, weil eine unzulässige Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft zwischen zumindest gemeinsam den Markt beherrschenden Unternehmen vorliege. Darüber hinaus mache die mangelnde Zuschlagsreife die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig. Zusammenfassend hält die Antragstellerin daher die von ihr angefochtene Zuschlagsentscheidung in mehrfacher Hinsicht für rechtswidrig. Das Angebot der Antragstellerin sei beim Zuschlagskriterium Entgelt und beim Zuschlagskriterium Veranlagung besser zu bewerten, sodass sie Bestbieterin wäre. Auf Grund zwingender pensionskassenrechtlicher Vorschriften könne die Antragsgegnerin dem Angebot der ARGE den Zuschlag nicht erteilen, deren Angebot wäre überdies gemäß Paragraph 98, Ziffer 9, BVergG 2002 auszuschneiden, weil eine unzulässige Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft zwischen zumindest gemeinsam den Markt beherrschenden Unternehmen vorliege. Darüber hinaus mache die mangelnde Zuschlagsreife die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig.

Die Antragstellerin habe ihr Interesse an der Erlangung des Auftrages durch ihre Teilnahme am Verhandlungsverfahren ausreichend bekundet. Sollte sie den Auftrag nicht erhalten, drohe ihr ein Schaden von mindestens EUR 60.000,-- zu entstehen (Aufwendungen für den Teilnahmeantrag, die Angebotserstellung, die Vorbereitung und Teilnahme an den Verhandlungen, Aufwendungen für rechtliche Beratung und Vertretung). Weiters drohe ein Schaden in Folge frustrierter Kosten und entgangenen Gewinnes sowie eines entgangenen Gemeinkostendeckungsbeitrages. Letztlich würde die Antragstellerin einen für sie wichtigen Referenzauftrag verlieren. Die Antragsgegnerin sei von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens rechtzeitig und vollständig unterrichtet worden, die Pauschalgebühren seien beigebracht worden.

Dem Antrag der Antragstellerin, zur Sicherung ihrer Rechtsposition eine einstweilige Verfügung zu erlassen, wurde mit Bescheid vom 14.6.2007 entsprochen. Diese einstweilige Verfügung wurde zweimal, zuletzt mit Bescheid vom 27.9.2007, verlängert. Diesbezüglich kann auf den Inhalt der den Parteien zugekommenen Bescheide verwiesen

werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 13.6.2007 ist die für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene ARGE – Ge Wien, bestehend aus der *** AG und der *** – Pensionskassen AG (im Folgenden kurz „ARGE“ genannt) als Partei in das Verfahren eingetreten (§ 22 Abs. 2 WVRG 2007). Mit Schriftsatz vom 13.6.2007 ist die für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene ARGE – Ge Wien, bestehend aus der *** AG und der *** – Pensionskassen AG (im Folgenden kurz „ARGE“ genannt) als Partei in das Verfahren eingetreten (Paragraph 22, Absatz 2, WVRG 2007).

Mit Schriftsatz vom 15.6.2007 hat die Antragsgegnerin inhaltlich zum Vorbringen der Antragstellerin Stellung genommen und die Abweisung des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung beantragt. Entgegen der Annahme der Antragstellerin sei zur Berechnung der laufenden Kosten nach 10, 20 und 30 Beitragsjahren sehr wohl das Beitragsvolumen entsprechend der Ausschreibungsunterlage herangezogen worden. Eine unzulässige Einschränkung des Leistungsumfanges sei nicht erfolgt. Bei der im Rahmen der Begründung der Zuschlagsentscheidung angeführten Vergabesumme handle es sich um die Beiträge des Dienstgebers exklusive Dienstnehmerbeiträge und Zusatzbeiträge des Dienstgebers. Die Aufnahme der Dienstnehmerbeiträge und Zusatzbeiträge des Dienstgebers in die Berechnung der laufenden Kosten in der Ausschreibungsunterlage für die 2. Stufe sei allerdings von der Antragstellerin nicht angefochten worden, weshalb sie der Angebotsbewertung zugrunde gelegt worden sind. Entgegen der Vermutung der Antragstellerin seien auch die laufenden Kosten nach 30 Jahren bewertet worden. Soweit die Festlegung der Zulassung von Arbeits- und Bietergemeinschaften in den Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen bekämpft werde, habe es die Antragstellerin unterlassen zeitgerecht diese Festlegungen der Ausschreibung zu bekämpfen. Diesbezüglich sei Präklusion eingetreten. Unabhängig davon führt die Antragsgegnerin aus, das mit jeder der beiden Pensionskassen der ARGE ein eigener Pensionskassenvertrag abgeschlossen werden soll. Beide Pensionskassen blieben voneinander unabhängig als Aktiengesellschaften bestehen. Im angebotenen Modell ARGE seien die Anwartschaftsberechtigten bzw. Leistungsberechtigten „praktisch virtuell geteilt“ und werden entsprechend dem Konsortialverhältnis jeder Pensionskasse in der betreffenden Veranlagungs- und Risikogemeinschaft (im Folgenden VRG) geführt. Die laufenden Beträge würden an den Konsortialführer überwiesen und unverzüglich im Innenverhältnis entsprechend der Quote aufgeteilt. Die Veranlagung der Beiträge und Guthaben erfolge grundsätzlich getrennt im Konsortialverhältnis, für die Bilanzierung würden die Ergebnisse dann konsolidiert und ausgehend von diesem einheitlichem Ergebnis erfolge die Zuweisung auf die Konten der Anspruchs- und Leistungsberechtigten. Die Mitglieder der ARGE würden nur für den Abschluss des Pensionskassenvertrages solidarisch haften. Das Pensionskassengesetz schließe die Übernahme von Pensionskassengeschäften durch ein Konsortium zweier Pensionskassen nicht aus, ein Widerspruch zu Bestimmungen des Pensionskassengesetzes bestehe daher nicht.

Soweit die Antragstellerin kartellrechtliche Bedenken im Hinblick auf das Angebot der ARGE äußere, sei Präklusion eingetreten. Inhaltlich sei dieses Vorbringen unrichtig, weil jede Pensionskasse einen eigenen Vertrag mit der Antragsgegnerin abschließe. Beide Pensionskassen blieben voneinander unabhängig als Aktiengesellschaft bestehen. „Die beteiligten Pensionskassen haben sich zum Zweck der Angebotslegung für das gegenständliche Vergabeverfahren zu einer ARGE zusammengeschlossen. Jede der beteiligten Pensionskassen könnte die ausgeschriebene Leistung selbst erbringen, ein gemeinsames Angebot ermöglichte dem Konsortium, substantiell ein für die Gemeinde Wien noch vorteilhafteres Angebot zu legen. Das Recht sich zu einer ARGE zusammenzuschließen und ein gemeinsames Angebot einzureichen“ sei nach dem BVergG 2002 nicht untersagt. Durch die Bildung der ARGE komme es auch nicht zu einer Beschränkung des Wettbewerbes durch die Reduzierung der Zahl der Bieter, weil nach den Teilnahmeunterlagen ohnedies nur drei Bieter zur Angebotslegung eingeladen wurden. Alle drei eingeladenen Bieter hätten ein Angebot gelegt, eine Reduzierung auf weniger Bieter habe damit nicht stattgefunden. Das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Konsortium sei auch in dieser Zusammensetzung bereits für andere Auftraggeber tätig, kartell- bzw. wettbewerbsrechtliche Gründe die eine Ausscheidung rechtfertigen könnten, lägen daher nicht vor.

Die Vorgaben für den Pensionskassenvertrag seien in der Ausschreibung enthalten. Durch das Angebot der ARGE sowie das Ergebnis der durchgeführten Verhandlungen stünden die Inhalte der Pensionskassenverträge nunmehr fest, eine Ausformulierung des Vertrages erfolgt nach Zuschlagserteilung.

In seiner Stellungnahme vom 14.6.2007 hat sich die Teilnahmeberechtigte der Argumentation der Antragsgegnerin angeschlossen und weiters ausgeführt, dass die Bildung einer Arbeitsgemeinschaft/Bietergemeinschaft/Bewerbergemeinschaft zwischen den beiden Pensionskassen nicht gegen

wettbewerbsrechtliche Bestimmungen verstoße und eine derartige Kooperation weder pensionskassenrechtlich noch vergaberechtlich unzulässig wäre. Dazu verweist die Teilnahmeberechtigte auf die Judikatur der Zivilgerichte sowie darauf, dass nach dem Inhalt der Ausschreibungsunterlagen von der Auftraggeberin die konsortiale Durchführung des Pensionskassenvertrages gewünscht werde. Derartige konsortiale Pensionskassengeschäfte seien in der Vergangenheit bereits mehrfach abgeschlossen worden, ohne dass dies von den zuständigen Stellen untersagt worden wäre. Die Bewertung der Angebote sei von einem externen Berater der Auftraggeberin vorgenommen worden, ohne Kenntnis der Detailbewertung und Detailangebote eines Bieters sei es nicht möglich die Richtigkeit der Bestbieterermittlung in Zweifel zu ziehen.

Auch pensionskassenrechtliche Bedenken seien nicht gerechtfertigt, weil jede der beiden Mitglieder der ARGE eine entsprechend konzessionierte Pensionskasse wäre. Es sei nicht erforderlich, dass die Bietergemeinschaft selbst über eine Konzession nach dem Pensionskassengesetz verfüge. Das Pensionskassengeschäft werde daher auch nicht von der ARGE betrieben, sondern von den beiden Pensionskassen und zwar in der Form, dass ein jeder Mitarbeiter der Stadt Wien zu 60% an den VRGen der *** und zu 40% in den VRGen der *** veranlagt werde. Das Risiko beschränkt sich jeweils auf den von den jeweiligen Konsortialpartnern übernommenen Anteil, die Eigenkapitalausstattung habe lediglich dem übernommenen Anteil zu entsprechen. Für den vom Konsortialpartner übernommenen Anteil bestehe – ausschreibungskonform – keine Solidarhaftung.

Zu den wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt die Teilnahmeberechtigte aus, dass die drei größten Marktteilnehmer am überbetrieblichen Pensionskassenmarkt die Antragstellerin sowie die beiden Mitglieder der ARGE wären. Je nach Kriterium sei die Antragstellerin die zweit oder drittgrößte überbetriebliche Pensionskasse nach den beiden Mitgliedern der ARGE. Diese Anbieterstruktur zeige, dass das angestrebte Leistungsvolumen von bis zu 70.000 Anwartschafts- und Leistungsberechtigten das Geschäftsfeld der zwei mittelgroßen Pensionskassen *** (Antragstellerin) und *** (Mitglied der ARGE) nahezu verdoppeln würde, während auch für das weitere Mitglied der ARGE dies einen Leistungszuwachs von mehr als 50% der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten ausmache. Dieser große Leistungsumfang, der Gegenstand der Ausschreibung sei, erfordere geradezu die Bildung einer Bietergemeinschaft. In diesem Zusammenhang verweist die Teilnahmeberechtigte auf die Verordnung zur Durchführung des § 17 Kartellgesetz (BGBl. 1989/185), wonach unter anderem die Bildung einer Arbeitsgemeinschaft zur gemeinsamen Ausführung eines bestimmten Auftrages zulässig wäre. Ausgehend von der Annahme, dass nach den Ausschreibungsunterlagen gefordert war, dass eine Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft zu bilden sei und ein Pensionskassenmodell im konsortialen Sinn anzubieten sei, habe die Teilnahmeberechtigte ihr Angebot gelegt. Ein eigenständiges Angebot sei unzulässig gewesen. Selbst wenn aber die Antragsgegnerin diese Forderung nicht aufgestellt hätte, könnte keines der beiden Mitglieder der ARGE das gegenständliche Projekt eigenständig ohne erhebliche Zusatzrisiken durchführen. Diese Umstände würden die Bildung von Arbeits-/Bietergemeinschaften auch zwischen zwei großen Unternehmen rechtfertigen. Gleichzeitig ermögliche das konsortiale Modell, dass der Auftraggeber und die Anwartschafts- und Leistungsberechtigten bloß einen Ansprechpartner hätte, der für sie alle Serviceleistungen beider Pensionskassen koordiniert und gewährt. Vor diesem Hintergrund sei die Forderung der Antragsgegnerin nach einem konsortialen Modell sachlichen gerechtfertigt, weder ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung noch ein unzulässiges Kartell würden vorliegen. Zu den wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt die Teilnahmeberechtigte aus, dass die drei größten Marktteilnehmer am überbetrieblichen Pensionskassenmarkt die Antragstellerin sowie die beiden Mitglieder der ARGE wären. Je nach Kriterium sei die Antragstellerin die zweit oder drittgrößte überbetriebliche Pensionskasse nach den beiden Mitgliedern der ARGE. Diese Anbieterstruktur zeige, dass das angestrebte Leistungsvolumen von bis zu 70.000 Anwartschafts- und Leistungsberechtigten das Geschäftsfeld der zwei mittelgroßen Pensionskassen *** (Antragstellerin) und *** (Mitglied der ARGE) nahezu verdoppeln würde, während auch für das weitere Mitglied der ARGE dies einen Leistungszuwachs von mehr als 50% der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten ausmache. Dieser große Leistungsumfang, der Gegenstand der Ausschreibung sei, erfordere geradezu die Bildung einer Bietergemeinschaft. In diesem Zusammenhang verweist die Teilnahmeberechtigte auf die Verordnung zur Durchführung des Paragraph 17, Kartellgesetz (BGBl. 1989/185), wonach unter anderem die Bildung einer Arbeitsgemeinschaft zur gemeinsamen Ausführung eines bestimmten Auftrages zulässig wäre. Ausgehend von der Annahme, dass nach den Ausschreibungsunterlagen gefordert war, dass eine Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft zu bilden sei und ein Pensionskassenmodell im konsortialen Sinn anzubieten sei, habe die Teilnahmeberechtigte ihr Angebot gelegt. Ein eigenständiges Angebot sei unzulässig gewesen. Selbst wenn aber die Antragsgegnerin diese Forderung nicht

aufgestellt hätte, könnte keines der beiden Mitglieder der ARGE das gegenständliche Projekt eigenständig ohne erhebliche Zusatzrisiken durchführen. Diese Umstände würden die Bildung von Arbeits-/Bietergemeinschaften auch zwischen zwei großen Unternehmen rechtfertigen. Gleichzeitig ermögliche das konsortiale Modell, dass der Auftraggeber und die Anwartschafts- und Leistungsberechtigten bloß einen Ansprechpartner hätte, der für sie alle Serviceleistungen beider Pensionskassen koordiniert und gewährt. Vor diesem Hintergrund sei die Forderung der Antragsgegnerin nach einem konsortialen Modell sachlichen gerechtfertigt, weder ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung noch ein unzulässiges Kartell würden vorliegen.

Unrichtig sei, das kein Pensionskassenvertrag den Ausschreibungsunterlagen zugrunde gelegen wäre. Pensionskassenrechtliche Bestimmungen seien Gegenstand der Teilnahmeunterlagen gewesen und wurden in der Aufforderung zur Angebotsabgabe konkretisiert. Dazu kämen noch die Ergebnisse der diesbezüglichen Verhandlungen. Die Vorlage einer entsprechenden Urkunde „Pensionskassenvertrag“ sei nicht geboten. Der Pensionskassenvertrag könne durch Auftragserteilung abgeschlossen werden, da dessen Inhalt ausreichend fest stehe.

Diesen Ausführungen ist die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 25.6.2007 entgegen getreten und hat zunächst darauf hingewiesen, dass jene Bestimmungen in den Teilnahmebedingungen, wonach die Bildung einer Bietergemeinschaft erforderlich war, durch die Entscheidung des Vergabekontrollsenates als vergaberechtswidrig aufgehoben wurden. Die zur Verfügung gestellten Ausschreibungsunterlagen für die zweite Stufe des Vergabeverfahrens würden keine Aussagen zum konsortialen Modell und auch keine Aussagen über die Zulässigkeit der Bildung einer Bietergemeinschaft enthalten. Wenn die Antragsgegnerin in ihrer Stellungnahme betone, dass jeder Bewerber im Stande gewesen wäre den Auftrag alleine zu erfüllen, treffe dies auch auf die Partner der ARGE zu. Soweit die ARGE Gegenteiliges vorbringe, sei dies unrichtig. Der Ausschreibungsunterlage für die zweite Stufe sei eine Pensionskassenvereinbarung angeschlossen gewesen. Dabei handle es sich um eine Vereinbarung die zwischen der Gemeinde Wien als Dienstgeberin und dem Zentralausschuss der Personalvertretung der Bediensteten der Gemeinde Wien abgeschlossen worden sei. In dieser Vereinbarung verpflichtete sich die Gemeinde Wien „einer Pensionskasse beizutreten“. Die Möglichkeit, zwei Pensionskassenverträge abzuschließen und zwei verschiedenen Pensionskassen beizutreten sowie alle Anwartschaftsberechtigten bzw. Leistungsberechtigten „virtuell“ in zwei Pensionskassen zu erfassen, sei in dieser Pensionskassenvereinbarung nicht vorgesehen. Damit fehle es an einer wesentlichen Grundlage für die Zulässigkeit des Konsortialmodells. Soweit in diesem Zusammenhang die Antragsgegnerin den Vorwurf der Präklusion erhebe, sei ihr entgegen zu halten, dass der Antragstellerin erst durch die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung bekannt wurde, dass eine Bietergemeinschaft zugelassen wurde und ihr erst aufgrund der in weiterer Folge zugänglich gemachten Informationen bekannt wurde, dass zwei parallele Pensionskassenverträge mit den zwei Partnern der Bietergemeinschaft abgeschlossen werden sollen und dass Gegenstand des abzuschließenden Vertrages ein Konsortialmodell sei. Die Antragstellerin hätte daher ihre Einwände gegen ein – in den Ausschreibungsunterlagen der zweiten Stufe gar nicht mehr vorgesehenes Konsortialmodell – vor der Zuschlagsentscheidung gar nicht in einem Nachprüfungsverfahren geltend machen können. Präklusion sei daher nicht eingetreten.

Hinsichtlich der kartellrechtlichen Unzulässigkeit der Bildung der ARGE verweist die Antragstellerin darauf, dass § 17 Kartellgesetz in der Fassung vor der Novelle BGBl. Nr. 62/2002 und die Freistellungsverordnung nicht mehr in Kraft stünden. Hinsichtlich der kartellrechtlichen Unzulässigkeit der Bildung der ARGE verweist die Antragstellerin darauf, dass Paragraph 17, Kartellgesetz in der Fassung vor der Novelle Bundesgesetzblatt Nr. 62 aus 2002, und die Freistellungsverordnung nicht mehr in Kraft stünden.

Üblicherweise enthielten Pensionskassenverträge eine Reihe von Regelungen, die nicht durch die Betriebsvereinbarung (im vorliegenden Fall durch die Pensionskassenvereinbarung) vorgegeben seien. Es sei Sache des Auftraggebers in der Ausschreibung diese Bedingungen vorzugeben oder sie im Rahmen des Vergabeverfahrens auszuhandeln. Im gegenständlichen Vergabeverfahren seien noch Vertragsbestimmungen offen, die Antragstellerin halte daher ihren Einwand, dass „die Angelegenheit noch nicht zuschlagsreif, war“ aufrecht.

Zur Bewertung der Angebote führt die Antragstellerin aus, dass zu überprüfen wäre, ob die Bewertung konkret entsprechend den Vorgaben hin der Ausschreibungsunterlagen erfolgt sei. Die Antragstellerin habe Grund zur Annahme, dass entweder unzulässiger Weise eine andere Bemessungsgrundlage (nämlich ein geringeres Beitragsvolumen) herangezogen wurde oder dass der Auftraggeberin ein Rechenfehler unterlaufen sei. Diese Frage könnte letztlich aber nur durch Beiziehung eines Sachverständigen geklärt werden.

In einer ergänzenden Stellungnahme vom 8.8.2007 hat die nunmehr anwaltlich vertretene Antragsgegnerin ergänzend ausgeführt, dass die Bewertung der Angebote durch ein externes Beratungsunternehmen anhand der Vorgaben in der Ausschreibung vorgenommen worden sei. Dabei seien allgemein anerkannte Methoden, die den branchenüblichen Standards entsprechen, verwendet worden. Die einzelnen Bewertungsschritte, insbesondere die Zuteilung von Bewertungspunkten auf den jeweiligen Ebenen könne anhand der Dokumentation nachvollzogen werden. Die Vorgaben für die Berechnungsmethoden seien als Bedingungen der Ausschreibung im Übrigen bekannt gewesen und von der Antragstellerin nicht angefochten worden. Die Berechnung der laufenden Kosten sei nach den Ausschreibungsbedingungen explizit mittels Hochrechnung vorzunehmen gewesen. Die Erstellung der Hochrechnung sei nach den Bedingungen der Ausschreibung und für alle Angebote in der gleichen Weise erfolgt. Aus der Hochrechnung der Kosten würden durch die sogenannte Abzinsung auf einen bestimmten Zeitpunkt Barwerte der Kosten ermittelt. Die Antragstellerin habe in ihrer Berechnung für die Abzinsung der Kosten den 1.1.2006 gewählt, während die Antragsgegnerin die Abzinsung zum 31.12.2006 vorgenommen habe. Der um ein Jahr abweichende Betrachtungszeitraum bewirke bereits einen rechnerischen Unterschied zwischen den Barwerten in Höhe des gewählten Zinssatzes für die Abzinsung von 4 %. Die Antragsgegnerin habe auch für die Kostenhochrechnung ausschreibungskonform und entsprechend dem bezüglichen, maßgeblichen Inkrafttretensdatum des Gesetzes, mit dem die DO 1994, die BO 1994, PO 1995, die VBO 1995 geändert werden, Wr. LGBl. 44/2004 als Beginnzeitpunkt der Betrachtung den 1.1.2005 zugrunde gelegt. Die Antragsgegnerin sei daher ausschreibungskonform und für alle Bieter gleich von den Zeiträumen 2005 bis 2014, 2005 bis 2024 und 2005 bis 2034 ausgegangen. Demgegenüber habe die Antragstellerin ihrer Berechnung unrichtigerweise die Zeiträume 2006 bis 2015, 2006 bis 2025 und 2006 bis 2035 zugrunde gelegt. Allein schon der Unterschied zwischen den von der Antragstellerin und den von der Auftraggeberin gewählten Berechnungszeiträumen bewirke, dass die Berechnung der Antragstellerin ins Leere gehen müsse.

In einer ergänzenden Stellungnahme vom 8.8.2007 hat die nunmehr anwaltlich vertretene Antragsgegnerin ergänzend ausgeführt, dass die Bewertung der Angebote durch ein externes Beratungsunternehmen anhand der Vorgaben in der Ausschreibung vorgenommen worden sei. Dabei seien allgemein anerkannte Methoden, die den branchenüblichen Standards entsprechen, verwendet worden. Die einzelnen Bewertungsschritte, insbesondere die Zuteilung von Bewertungspunkten auf den jeweiligen Ebenen könne anhand der Dokumentation nachvollzogen werden. Die Vorgaben für die Berechnungsmethoden seien als Bedingungen der Ausschreibung im Übrigen bekannt gewesen und von der Antragstellerin nicht angefochten worden. Die Berechnung der laufenden Kosten sei nach den Ausschreibungsbedingungen explizit mittels Hochrechnung vorzunehmen gewesen. Die Erstellung der Hochrechnung sei nach den Bedingungen der Ausschreibung und für alle Angebote in der gleichen Weise erfolgt. Aus der Hochrechnung der Kosten würden durch die sogenannte Abzinsung auf einen bestimmten Zeitpunkt Barwerte der Kosten ermittelt. Die Antragstellerin habe in ihrer Berechnung für die Abzinsung der Kosten den 1.1.2006 gewählt, während die Antragsgegnerin die Abzinsung zum 31.12.2006 vorgenommen habe. Der um ein Jahr abweichende Betrachtungszeitraum bewirke bereits einen rechnerischen Unterschied zwischen den Barwerten in Höhe des gewählten Zinssatzes für die Abzinsung von 4 %. Die Antragsgegnerin habe auch für die Kostenhochrechnung ausschreibungskonform und entsprechend dem bezüglichen, maßgeblichen Inkrafttretensdatum des Gesetzes, mit dem die DO 1994, die BO 1994, PO 1995, die VBO 1995 geändert werden, Wr. Landesgesetzblatt 44 aus 2004, als Beginnzeitpunkt der Betrachtung den 1.1.2005 zugrunde gelegt. Die Antragsgegnerin sei daher ausschreibungskonform und für alle Bieter gleich von den Zeiträumen 2005 bis 2014, 2005 bis 2024 und 2005 bis 2034 ausgegangen. Demgegenüber habe die Antragstellerin ihrer Berechnung unrichtigerweise die Zeiträume 2006 bis 2015, 2006 bis 2025 und 2006 bis 2035 zugrunde gelegt. Allein schon der Unterschied zwischen den von der Antragstellerin und den von der Auftraggeberin gewählten Berechnungszeiträumen bewirke, dass die Berechnung der Antragstellerin ins Leere gehen müsse.

Der Leistungsumfang sei nicht geändert worden. Es sei ausschreibungskonform von zwei verschiedenen Summen auszugehen gewesen. Für die Vergabesumme sei der niedrigere Betrag, das heißt der Betrag ohne Dienstnehmerbeiträge und Zusatzbeiträge des Dienstgebers anzusetzen gewesen, wo hingegen für die Berechnung der laufenden Kosten die höhere Summe, das heißt der Betrag inklusive dieser Beiträge heranzuziehen gewesen sei.

Mit ausführlicher Begründung legt die Antragsgegnerin dar, warum ihrer Ansicht nach die vorgesehene Zuschlagserteilung weder Bestimmungen des Pensionskassengesetzes noch kartellrechtlichen oder wettbewerbsrechtlichen Vorschriften widerspreche. Zusammenfassend führt sie aus, dass es sich gegenständlich um eine punktuelle und nicht generelle Zusammenarbeit, um einen Beschaffungsmarkt (Nachfrager ist die öffentliche

Hand), um den Versicherungsmarkt und um einen Großauftrag handle. Die ARGE sei nur für ein bestimmtes Vergabeverfahren gegründet worden, es handelt sich dabei nicht um eine ständige Kooperationsform. Für die Antragsgegnerin habe keine Verpflichtung zu einer umfassenden tiefgehenden Prüfung im Hinblick auf Verletzung kartellrechtlicher Vorschriften bestanden, sie sei lediglich verpflichtet gewesen, „eine Prüfung, ob die Zweckmäßigkeit der Entscheidung, als BIEGE/ARGE aufzutreten grundsätzlich nachvollziehbar“ gewesen sei. Dies sei angesichts der Größe des Auftrages und der Üblichkeit von Konsortiallösungen auch der Fall gewesen.

Zum Vorbringen der Antragstellerin, ein ausformulierter Vertragstext liege nicht vor, führt die Antragsgegnerin aus, dass wesentliche Punkte eines Pensionskassenvertrages vom Gesetz vorgegeben seien. Weiters würden die Ausschreibungsbedingungen als auch die Teilnahmebedingungen weitere, maßgebliche Aspekte des Vertrages ebenso enthalten, wie zusätzliche Punkte in der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes. Letztlich hätten Verhandlungen stattgefunden, die Einzelheiten des Pensionskassenvertrages zum Gegenstand hatten. Das Ergebnis dieses mehrstufigen Prozesses stehe fest und bedürfe keiner weiteren inhaltlichen Änderung. Der Vertrag komme durch den Zuschlag zustande. Die nochmalige Beurkundung des Vertragsinhaltes sowie die Gegenzeichnung nach Zuschlagserteilung sei üblich und zulässig, sofern es dadurch nicht zu einer Veränderung des zugeschlagenen Auftrages komme.

In der mündlichen Verhandlung vom 21.8.2007 hat der Senat über Antrag der Antragstellerin die Einholung eines Gutachtens eines Versicherungsmathematikers beschlossen und im Einvernehmen mit den Parteien Dr. Günther Gruber zur Erstattung eines Gutachtens zur Frage der Bewertung der Angebote bestellt. Dieses Gutachten ist am 17.9.2007 abgegeben worden.

In einer Stellungnahme zum Gutachten vom 24.9.2007 hat die Antragstellerin um Ergänzung ersucht, welchem Ersuchen vom Senat entsprochen wurde. Dazu hat der Sachverständige ein ergänzendes Gutachten am 8.10.2007 abgegeben.

In einer weiteren Stellungnahme, die am 17.10.2007 eingelangt ist, hat die Antragstellerin ausführlich ihren Standpunkt zur Frage der Anwendbarkeit der Versicherung GVO sowie der Durchführungsverordnung zu § 17 Kartellgesetz 1988 dargestellt. In diesem Schriftsatz hat sie ausführlich dargelegt, warum die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen wäre, eine kartellrechtliche Prüfung bezüglich der Bildung der ARGE vorzunehmen. In einer weiteren Stellungnahme, die am 17.10.2007 eingelangt ist, hat die Antragstellerin ausführlich ihren Standpunkt zur Frage der Anwendbarkeit der Versicherung GVO sowie der Durchführungsverordnung zu Paragraph 17, Kartellgesetz 1988 dargestellt. In diesem Schriftsatz hat sie ausführlich dargelegt, warum die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen wäre, eine kartellrechtliche Prüfung bezüglich der Bildung der ARGE vorzunehmen.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt, trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme zugestellt wurden, dem Inhalt des von Dr. Günther Gruber erstellten Gutachtens sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlungen vom 21.8.2007 und vom 18.10.2007 folgende weitere entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin hat als öffentliche Auftraggeberin den gegenständlichen Dienstleistungsauftrag zur Vergabe eines Pensionskassenvertrages im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung ordnungsgemäß und europaweit ausgeschrieben. Nachdem die Antragstellerin aufgrund ihres Teilnahmeantrages zur Teilnahme am Vergabeverfahren zugelassen worden ist, hat ihr die Antragsgegnerin am 21.7.2006 die Ausschreibungsunterlagen für die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens übermittelt. Die Angebotsfrist endete am 25.8.2006. Die Antragstellerin hat ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Am 30.11.2006 haben Verhandlungen zwischen den Parteien stattgefunden. Schließlich wurde die Antragstellerin aufgefordert, bis 27.2.2007 ein Letztangebot (last and best offer) abzugeben. Dieser Aufforderung ist die Antragstellerin rechtzeitig nachgekommen.

Die ursprünglich mit 20 Wochen festgelegte Zuschlagsfrist wurde mit Zustimmung der Bieter zunächst bis Ende April 2007, letztlich bis Ende Juni 2007 verlängert.

Die den ausgewählten Bietern in der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens übermittelten Ausschreibungsunterlagen sind in Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen, einen Allgemeinen Teil A und einen Teil B gegliedert. Als Beilage 3 ist diesen Ausschreibungsunterlagen die „Pensionskassenvereinbarung gemäß § 7a der Besoldungsordnung 1994, BO 1994, BGBl. für Wien Nr. 55 bzw. § 17 Abs. 1 Z 8 der Vertragsbedienstetenordnung 1995,

VBO 1995, LGBl. für Wien Nr. 50, jeweils idF LGBl. für Wien Nr. 44/2004, abgeschlossen zwischen der Gemeinde Wien als Dienstgeberin und dem Zentralausschuss der Personalvertretung der Bediensteten der Gemeinde Wien" angeschlossen. Diese Pensionskassenvereinbarung weist insgesamt 28 Paragraphen auf und enthält die Verpflichtung der Antragsgegnerin als Dienstgeberin mit Wirksamkeit vom 1.1.2005 für die Anwartschaftsberechtigten durch Abschluss eines Pensionskassenvertrages im Sinne des § 15 Pensionskassengesetz (PKG) einer Pensionskasse beizutreten. In der Pensionskassenvereinbarung werden die Versorgungsleistungen, Anwartschaft, Beitragsleistungen, ergänzende Rechte und Pflichten der Anwartschaftsberechtigten und Leistungsberechtigten, die Voraussetzungen für Kündigung respektive einvernehmliche Beendigung des Pensionskassenvertrages und die Beendigung und Abänderung der Vereinbarung geregelt. Weiters enthält diese Pensionskassenvereinbarung Schlussbestimmungen. Die den ausgewählten Bietern in der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens übermittelten Ausschreibungsunterlagen sind in Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen, einen Allgemeinen Teil A und einen Teil B gegliedert. Als Beilage 3 ist diesen Ausschreibungsunterlagen die „Pensionskassenvereinbarung gemäß Paragraph 7 a, der Besoldungsordnung 1994, BO 1994, BGBl. für Wien Nr. 55 bzw. Paragraph 17, Absatz eins, Ziffer 8, der Vertragsbedienstetenordnung 1995, VBO 1995, LGBl. für Wien Nr. 50, jeweils in der Fassung LGBl. für Wien Nr. 44 aus 2004,, abgeschlossen zwischen der Gemeinde Wien als Dienstgeberin und dem Zentralausschuss der Personalvertretung der Bediensteten der Gemeinde Wien" angeschlossen. Diese Pensionskassenvereinbarung weist insgesamt 28 Paragraphen auf und enthält die Verpflichtung der Antragsgegnerin als Dienstgeberin mit Wirksamkeit vom 1.1.2005 für die Anwartschaftsberechtigten durch Abschluss eines Pensionskassenvertrages im Sinne des Paragraph 15, Pensionskassengesetz (PKG) einer Pensionskasse beizutreten. In der Pensionskassenvereinbarung werden die Versorgungsleistungen, Anwartschaft, Beitragsleistungen, ergänzende Rechte und Pflichten der Anwartschaftsberechtigten und Leistungsberechtigten, die Voraussetzungen für Kündigung respektive einvernehmliche Beendigung des Pensionskassenvertrages und die Beendigung und Abänderung der Vereinbarung geregelt. Weiters enthält diese Pensionskassenvereinbarung Schlussbestimmungen.

Punkt 13 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen hält fest:

„Pensionskassen-Vereinbarung

Die Pensionskassenleistungen sind grundsätzlich entsprechend der zwischen dem Auftraggeber und dem Zentralausschuss der Personalvertretung der Bediensteten der Gemeinde Wien am 12.12.2005 mit der Ergänzung vom 26.6.2006 abgeschlossenen „Pensionskassen-Vereinbarung" (Beilage 3) anzubieten. Deren Inhalt stellt die Grundlage für die zu vergebenden Pensionskassenleistungen sowie den abzuschließenden Pensionskassenvertrag (Mindestanforderung) dar.

Das Pensionskassenmodell soll unter Ausschluss der Mindestertragsgarantie gemäß § 2 Abs. 1 PKG verwaltet werden. Das Pensionskassenmodell soll unter Ausschluss der Mindestertragsgarantie gemäß Paragraph 2, Absatz eins, PKG verwaltet werden.

Notwendige Änderungen der Pensionskassen-Vereinbarung, die sich im Zuge des Verhandlungsverfahrens ergeben, werden durchgeführt."

Im Punkt 22 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen werden zahlreiche, von den Bietern zu erbringende Serviceleistungen (Mindestanforderungen) festgelegt. Diese betreffen zum einen die Implementierung des Pensionskassenmodells sowie Leistungen im Rahmen der laufenden Betreuung (Punkt 22 lit. a und lit. b). Im Punkt 22 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen werden zahlreiche, von den Bietern zu erbringende Serviceleistungen (Mindestanforderungen) festgelegt. Diese betreffen zum einen die Implementierung des Pensionskassenmodells sowie Leistungen im Rahmen der laufenden Betreuung (Punkt 22 Litera a und Litera b,).

Im Abschnitt A „Allgemeiner Teil" sind die Zuschlagskriterien unter Punkt 5 festgelegt. Danach soll die Auftragsvergabe nach dem Bestbieterprinzip (wirtschaftlich günstigstes bestes Angebot nach den genannten Zuschlagskriterien) erfolgen. Insgesamt werden vier Zuschlagskriterien angeführt, das Kriterium 1, Entgelt gewichtet mit 35 %, das Kriterium 2, Berechnungen gewichtet mit 15 %, das Kriterium 3, Veranlagung, gewichtet mit 35 % und das Kriterium 4, zusätzlich kostenfreie Serviceleistungen (in Ergänzung zu den in den Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen, Punkt 22 geforderten Serviceleistungen), gewichtet mit 15 %. Bei jedem dieser Kriterien werden zahlreiche Subkriterien angeführt und schließlich unter Punkt 6 ergänzende Erläuterungen zur Angebotsbewertung dargestellt.

Bis zum Ablauf der Angebotsfrist am 25.8.2006, 12.00 Uhr haben sowohl die Antragstellerin als auch die ARGE rechtzeitig, ebenso wie das dritte zur zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens zugelassene Unternehmen, jeweils ein umfangreiches Angebot abgegeben. Nach kommissioneller Öffnung der Angebote im Anschluss an den Ablauf der Angebotsfrist wurden diese dem externen Berater der Antragsgegnerin Greco International AG „zur weiteren Durchsicht und Vorbereitung für das weitere Verhandlungsverfahren übermittelt“.

Nach Prüfung der Angebote und Besprechung über die weitere Vorgangsweise am 23.10.2006, wurden die Antragstellerin und die Teilnahmeberechtigte mit Schreiben je vom 10. November 2006 unter Übermittlung einer umfangreichen Themenliste zu einem Verhandlungstermin am 29.11.2006 (Teilnahmeberechtigte) bzw. 30.11.2006 (Antragstellerin) eingeladen. Über beide Gesprächstermine finden sich umfangreiche Niederschriften in den Vergabeakten. Im Anschluss an die Besprechungen hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 5.12.2006, die Teilnahmeberechtigte mit Schreiben vom 15.12.2006 weitere Fragen der Antragsgegnerin beantwortet.

Mit Schreiben vom 6.2.2007 wurden schließlich die Bieter der zweiten Verhandlungsrunde unter Übermittlung der Protokolle inklusive Ergänzungen zu den vorgenommenen Präsentationen aufgefordert, bis 27.2.2007, 12.00 Uhr, ein Letztangebot (last best offer) zu übermitteln. Alle drei Bieter sind dieser Aufforderung fristgerecht nachgekommen. Die Auswertung dieser Letztangebote wurde abermals von dem von der Antragsgegnerin beigezogenen externen Expertenunternehmen vorgenommen. Diesbezüglich findet sich in den Vergabeakten eine umfangreiche Niederschrift über die Auswertung der Angebote vom 19.4.2007 (insgesamt 28 Seiten) samt umfangreichen Beilagen.

Darin wird zum Angebot der als „Bietergemeinschaft“ bezeichneten Teilnahmeberechtigten ausgeführt, dass diese „im Sinne der angebotenen konsortialen Durchführung des Pensionskassenmodells autonom eine Aufteilung zwischen den beiden Beteiligten Pensionskassen im Verhältnis 60 % (***) zu 40 % (***)“ vorschlägt. „Die *** ist somit Konsortialführer“. Abschließend gelangt die Bewertungskommission zum Ergebnis, dass das Angebot der Teilnahmeberechtigten an erster Stelle, jenes der Antragstellerin an zweiter Stelle und das Angebot der dritten Bieterin an dritter Stelle zu reihen war. Die Bietergemeinschaft hat 4,64 Punkte, die Antragstellerin 4,44 Punkte erreicht.

Weder der Niederschrift über die Auswertung der Angebote noch der Niederschrift über die mit der Teilnahmeberechtigten geführte Verhandlungsrunde am 29.11.2006, noch sonst ist den Vergabeakten ein Hinweis darauf zu entnehmen, dass sich die Antragsgegnerin mit dem Problem auseinandergesetzt hat, ob durch das gemeinsame Auftreten der in der ARGE GeWien zusammengeschlossenen Unternehmen eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne kartellrechtlicher Bestimmungen gelegen sein könnte. Sowohl nach dem Inhalt der Vergabeakten als auch nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens ist davon auszugehen, dass beide in der ARGE zusammengeschlossenen Pensionskassen einen Marktanteil von je zumindest 30 % haben, es sich bei diesen beiden Pensionskassen um die zwei größten Pensionskassen Österreichs handelt. Nach der eingangs dargestellten Entscheidung des Vergabekontrollsenates vom 13.3.2006, VKS – 248/06, konnten sich sowohl Einzelunternehmen als auch Bietergemeinschaften am Vergabeverfahren beteiligen, dass Angebote nur dann Berücksichtigung fänden, wenn sie ein „konsortiales Modell“ beinhalten, ist den Ausschreibungsunterlagen nicht zu entnehmen.

Jedenfalls hat die Teilnahmeberechtigte ein derartiges konsortiales Modell angeboten, wonach mit jeder der beiden Pensionskassen ein eigener Pensionskassenvertrag abgeschlossen werden soll. Jeder Mitarbeiter der Stadt Wien wird zu 60 % in den Veranlagungs- und Risikogemeinschaften der *** und zu 40 % in der Veranlagungs- und Risikogemeinschaft der *** veranlagt. Die Veranlagung der Beiträge und Guthaben erfolgt grundsätzlich getrennt im Konsortialverhältnis. Zur konsortialen Durchführung ist vorgesehen, dass jene Pensionskassen, die die höhere Quote zugeteilt bekommt (gegenständlich die ***) von der anderen Pensionskasse beauftragt wird, alle im Zusammenhang mit der Verwaltung ihrer Quote anfallenden Angelegenheiten der Verwaltungs- und Leistungserbringung ebenfalls wahrzunehmen, sodass Verwaltung und Leistungserbringung nur von einer Pensionskasse im Namen beider Pensionskassen erbracht werden. Die Pensionskasse, die als Konsortialführer auftritt, ist alleiniger Ansprechpartner bei allen Fragen, die nicht die Veranlagung an sich betreffen (vgl. Punkt 15 lit. b der Teilnahmeunterlagen). Eine derartige Durchführung konsortialer Pensionskassengeschäfte existiert – wie von den Parteien übereinstimmend vorgebracht – bereits mehrfach auf dem österreichischen Markt. Jedenfalls hat die Teilnahmeberechtigte ein derartiges konsortiales Modell angeboten, wonach mit jeder der beiden Pensionskassen ein eigener Pensionskassenvertrag abgeschlossen werden soll. Jeder Mitarbeiter der Stadt Wien wird zu 60 % in den Veranlagungs- und Risikogemeinschaften der *** und zu 40 % in der Veranlagungs- und Risikogemeinschaft der *** veranlagt. Die Veranlagung der Beiträge und Guthaben erfolgt grundsätzlich getrennt im Konsortialverhältnis. Zur konsortialen

Durchführung ist vorgesehen, dass jene Pensionskassen, die die höhere Quote zugeteilt bekommt (gegenständlich die ***) von der anderen Pensionskasse beauftragt wird, alle im Zusammenhang mit der Verwaltung ihrer Quote anfallenden Angelegenheiten der Verwaltungs- und Leistungserbringung ebenfalls wahrzunehmen, sodass Verwaltung und Leistungserbringung nur von einer Pensionskasse im Namen beider Pensionskassen erbracht werden. Die Pensionskasse, die als Konsortialführer auftritt, ist alleiniger Ansprechpartner bei allen Fragen, die nicht die Veranlagung an sich betreffen vergleiche Punkt 15 Litera b, der Teilnahmeunterlagen). Eine derartige Durchführung konsortialer Pensionskassengeschäfte existiert – wie von den Parteien übereinstimmend vorgebracht – bereits mehrfach auf dem österreichischen Markt.

Den Vergabeakten ist nicht zu entnehmen, dass die Antragsgegnerin in irgendeiner Art und Weise, insbesondere nicht im Zuge der durchgeführten Verhandlungsrunde, geprüft hätte, ob die in der ARGE zusammengeschlossenen Unternehmen in der Lage wären, die Leistungen jeweils allein zu erbringen. Erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens haben die beiden Pensionskassen vorgebracht, dass sie jeweils alleine nicht über die erforderliche Kapazität verfügen würden, ein erfolversprechendes Angebot abzugeben, sondern zu einer Zusammenarbeit als Bietergemeinschaft benötigt wären.

Nach dem eingeholten Gutachten des über Antrag der Antragstellerin bestellten Sachverständigen Dr. Günther Gruber, ist die Bewertung der Angebote nach dem Zuschlagskriterium (Entgelt), wie in den Ausschreibungsbestimmungen zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens in A Allgemeiner Teil unter Punkt 5 festgelegt wurde, unter Zugrundelegung des Zeitraumes 1.1.2006 als Beginn für den 10jährigen, 20jährigen und 30jährigen Zeitraum erfolgt. Bei der Bewertung der Angebote hat sich die Antragsgegnerin an die Ausschreibungsbedingungen, insbesondere die festgelegten Subkriterien gehalten. Ausgehend vom Ausschreibungstext ist zwar unklar, ob bei der Barwertberechnung generell auf Vertragsjahre (ab dem 1.1.2006 oder auf Beitragszahlungszeiträume ab dem 1.1.2005) abgestellt werden sollte. Die von der Antragsgegnerin gewählte Vorgangsweise stellt auf zehn Beitragsjahre ab und bezieht die Diskontierung aller Zahlungen für Vergleichszwecke auf den 31.12.2006. Dies ist zwar nicht expressis verbis den Ausschreibungsbedingungen zu entnehmen. Das von der Antragsgegnerin bzw. ihrem externen Berater angewandte Modell (Subkomponente „Entgelt“) wurde vom Sachverständigen mathematisch nachvollzogen und dessen rechnerische Richtigkeit bei der Ermittlung der in die Bewertung eingeflossenen Ergebnisse festgestellt. Unter Berücksichtigung der unklaren Situation hinsichtlich der einzubeziehenden Perioden („zehn Beitragszeiträume“ versus „zehn Pensionskassenvertragsjahre“) einerseits sowie des Bezugszeitpunktes aller Zahlungsräume (Abzinsungszeitpunkt 1.1.2006 versus 31.12.2006) hat der Sachverständige sämtliche Barwerte nach der gleichen Logik in verschiedenen Varianten berechnet, um aus dem Vergleich der Variantenergebnisse eine allfällige Beeinflussung des Bewertungsergebnisses ersichtlich zu machen. Entsprechend den verschiedenen Varianten, auch jener, die von der Antragstellerin dargelegt wurde, ergeben die Ergebnisse der Überprüfung, dass sich die Reihung der Anbieter bei sämtlichen Varianten in keiner Weise verändert. Die Punkteauswertung variiert in einer für das Gesamtergebnis unerheblich kleinen Bandbreite. Damit kommt der Sachverständige zusammenfassend zum Ergebnis, dass sämtliche Varianten praktisch das selbe Ergebnis zeigen. Die Abweichungen sind so gering, dass sie teilweise durch die Rundung auf zwei Nachkommastellen im Zuge der Summierung sogar optisch legalisiert werden. Insgesamt gelangt der Sachverständige daher zur Feststellung „dass keinen nennenswerten Auswirkung durch eine eventuell unterschiedliche Interpretation der Ausschreibungsbedingungen verzeichnet werden kann. Die Auswertung durch die Antragsgegnerin kann daher rechnerisch bestätigt werden.“ Ebenso hat der Sachverständige festgestellt, dass „der unterschiedliche Abzinsungszeitpunkt ebenfalls keinen nennenswerten Einfluss auf das Bewertungsergebnis hat“ (Gutachten vom 15.9.2007).

In der Ergänzung dieses Gutachtens hat der Sachverständige am 5.10.2007 ausgeführt, dass bei sämtlichen Angeboten, auch jenem der Antragstellerin, die in den Offerten genannten Größen (im Wesentlichen Beitragskostensätze in Prozent der Beiträge; Vermögensverwaltungskostensätze in Prozent des verwalteten Vermögens; Nebenkosten; Beitragsvolumen für die einzelnen Jahre) den Berechnungen zugrunde gelegt wurden. In der mündlichen Verhandlung vom 18.10.2007 haben die Parteien zum Gutachten Drs. Gruber erklärt, dass sie dessen Ergebnis anerkennen bzw. akzeptieren (Seite 2 und 3 des Protokolls).

Festlegungen in den Angebotsunterlagen in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens wurden von keiner der Parteien, insbesondere nicht von der Antragstellerin, angefochten.

Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom

25.5.2007 ist am 6.6.2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist nachgewiesen, die Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich wurden entrichtet.

Diese Feststellungen gründen sich auf vor allem auf den Inhalt der Vergabeakten, deren Richtigkeit nicht bestritten wurde, sowie auf das schlüssige und nachvollziehbare Gutachten des versicherungsmathematischen Sachverständigen Dr. Gruber. Danach war zunächst als erwiesen anzunehmen, dass die Bewertung der Gutachten entsprechend den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen rechnerisch richtig erfolgt ist und selbst bei Annahme verschiedener Varianten es zu keiner Änderung in der Reihung der Angebote kommt. Das Ergebnis der Überprüfung wurde letztlich von der Antragstellerin ebenso anerkannt wie von den beiden anderen am Verfahren beteiligten Parteien. Der Vorwurf, die Antragsgegnerin hätte eine unrichtige Angebotsbewertung bzw. eine unzulässige Einschränkung des Leistungsumfanges vorgenommen, konnte damit nicht erwiesen werden. Dass die Antragsgegnerin im Zuge der Beurteilung der Angebote sich mit der Frage des Zusammenschlusses der beiden Versicherungsunternehmen in einer ARGE im Hinblick auf das Vorliegen kartellrechtlicher Verstöße nicht auseinandergesetzt hat, ergibt sich sowohl aus den Vergabeakten als auch aus dem Vorbringen der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung vom 18.10.2007.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Vorauszuschicken ist, dass im Hinblick auf die Einleitung des Vergabeverfahrens (europaweite Kundmachung am 30.12.2005) auf den gegenständlichen Sachverhalt gemäß § 345 Abs. 2 BVergG 2006 weiterhin die Bestimmungen des BVergG 2002 anzuwenden sind. Hingegen sind auf das Nachprüfungsverfahren im Hinblick auf den Auftrag auf Nichtigerklärung, der am 6.6.2007 eingelangt ist, gemäß § 39 WVRG 2007 bereits die Bestimmungen dieses Rechtsschutzgesetzes anzuwenden. Vorauszuschicken ist, dass im Hinblick auf die Einleitung des Vergabeverfahrens (europaweite Kundmachung am 30.12.2005) auf den gegenständlichen Sachverhalt gemäß Paragraph 345, Absatz 2, BVergG 2006 weiterhin die Bestimmungen des BVergG 2002 anzuwenden sind. Hingegen sind auf das Nachprüfungsverfahren im Hinblick auf den Auftrag auf Nichtigerklärung, der am 6.6.2007 eingelangt ist, gemäß Paragraph 39, WVRG 2007 bereits die Bestimmungen dieses Rechtsschutzgesetzes anzuwenden.

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 7 Abs. 1 Z 1 BVergG 2002. Sie führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zum Abschluss eines Pensionskassenvertrages. Die Kundmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2002. Sie führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zum Abschluss eines Pensionskassenvertrages. Die Kundmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines den Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihn durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 20 Z 13 lit. a sublit. dd BVergG 2002. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines den Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihn durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG

2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2002. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Die Zuschlagsentscheidung vom 25.5.2007 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen. Ihr am 6.6.2007 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007. Die Zuschlagsentscheidung vom 25.5.2007 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen. Ihr am 6.6.2007 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist, wenn auch nicht in allen Anfechtungspunkten, im Ergebnis berechtigt.

Die Antragstellerin hat zunächst vorgebracht, die durch die Antragsgegnerin vorgenommene Bewertung vor allem ihres Angebotes sei nicht in Übereinstimmung mit den Festlegungen zum Kriterium 1 (Entgelt) erfolgt. Aufgrund der Ergebnisse des Feststellungsverfahrens, insbesondere des eingeholten Gutachtens, steht fest, dass die Antragsgegnerin entsprechend ihren Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens bei der Bewertung aller Angebote vorgegangen ist und selbst eine Berücksichtigung möglicher Varianten (Stichtag 1.1.2006 bzw. 31.12.2006) keine Auswirkungen auf die Reihung der Angebote habe, sich vielmehr nur geringfügige, im zweistelligen Kommabereich liegende Änderungen ergeben. Sowohl nach dem Inhalt der Vergabeakten als auch des eingeholten Gutachtens steht weiters fest, dass eine unzulässige Einschränkung des Leistungsumfanges nicht erfolgt ist und damit im Ergebnis die von der Bewertungskommission ermittelte Reihung der Angebote nachvollziehbar und richtig ist. Das Ergebnis dieser Überprüfung wurde von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 18.10.2007 ausdrücklich anerkannt. In diesem Punkt erweist sich daher der Nachprüfungsantrag als nicht berechtigt.

Ebenso nicht berechtigt ist der Vorwurf der Antragstellerin, der vorgesehene Zuschlag an die ARGE „sei aufgrund zwingender pensionskassenrechtlicher Vorschriften unzulässig“. Das Verfahren hat ergeben, dass im Rahmen eines, von der ARGE angebotenen konsortialen Modells mit jeder der beiden Pensionskassen ein eigener Pensionskassenvertrag abgeschlossen werden soll. Danach wird jeder Mitarbeiter der Stadt Wien zu 60% in der VRG der *** zu 60%, in der VRG der *** zu 40% veranlagt. Die Veranlagung der Beiträge und Guthaben erfolgt grundsätzlich getrennt im konsortialen Verhältnis. Zur konsortialen Durchführung ist dabei vorgesehen, dass jene Pensionskasse, die die höhere Quote zugeteilt erhält, von der anderen Pensionskasse beauftragt wird, alle im Zusammenhang mit der Verwaltung ihrer Quote anfallenden Angelegenheiten der Verwaltungs- und Leistungserbringung ebenfalls wahrzunehmen, sodass die Verwaltung und Leistungserbringung nur von einer Pensionskasse im Namen beider Pensionskassen vorgenommen wird und diese Pensionskasse als alleiniger Ansprechpartner bei allen Fragen, die nicht die Veranlagung an sich betreffen, sowohl für die Vertragspartner als auch für die Anwartschafts- und Leistungsberechtigten auftritt. Entgegen der Annahme der Antragstellerin ist also davon auszugehen, dass der Pensionskassenvertrag nicht mit der ARGE abgeschlossen wird und damit gegen Bestimmungen des PKG verstoßen könnte. Dass beide Pensionskassen die Anforderungen des Pensionskassengesetzes erfüllen, ist unstrittig. In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, dass entgegen der Annahme der Teilnahmeberechtigten zumindest den Ausschreibungsunterlagen in der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens der ausdrückliche Wunsch der Antragsgegnerin auf Abschluss eines konsortialen Modells nicht zu entnehmen ist. Der Standpunkt der Teilnahmeberechtigten dürfe vielmehr auf den Inhalt der Teilnahmeunterlagen in der ersten Stufe des Verfahrens zurückzuführen sein, wobei die Teilnahmeberechtigte unbeachtet lässt, dass jene Bestimmungen, die die Bildung einer Bietergemeinschaft verlangt haben und wonach nur Bietergemeinschaften zur Teilnahme am Vergabeverfahren zugelassen waren, mit Bescheid des VKS vom 13.3.2006, VKS – 248/06, für nichtig erklärt wurden.

Da nach den Ergebnissen des Vergabeverfahrens vorgesehen ist, mit jeder der beiden Pensionskassen, die unbestrittenermaßen den Anforderungen des Pensionskassengesetzes (§ 6 PKG) entsprechen, abgeschlossen werden sollen, hält der Senat die Vereinbarung eines konsortialen Pensionskassenmodells für unbedenklich (vgl. auch OGH 1.2.2007, 9OBA28/06; VKS – 248/06). Auch in diesem Punkte konnte daher der Argumentation der Antragstellerin nicht gefolgt werden. Da nach den Ergebnissen des Vergabeverfahrens vorgesehen ist, mit jeder der beiden Pensionskassen,

die unbestrittenermaßen den Anforderungen des Pensionskassengesetzes (Paragraph 6, PKG) entsprechen, abgeschlossen werden sollen, hält der Senat die Vereinbarung eines konsortialen Pensionskassenmodells für unbedenklich (vergleiche auch OGH 1.2.2007, 9OBA28/06; VKS – 248/06). Auch in diesem Punkte konnte daher der Argumentation der Antragstellerin nicht gefolgt werden.

Soweit die Antragstellerin jedoch rügt, „der vorgesehene Zuschlag an die ARGE – Ge Wien (sei) aufgrund kartellrechtlicher Vorschriften und wettbewerbsrechtlicher Grundsätze unzulässig“, erweist sich die Anfechtung in diesem Punkte als im Ergebnis berechtigt.

Nach § 30 Abs. 2 BVergG 2002 können sich Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften durch Legung von Angeboten an Vergabeverfahren beteiligen. Die Teilnahmeberechtigte hat sich als ARGE am Verfahren beteiligt und ein Angebot gelegt. Bei den beiden Mitgliedern der ARGE dürfte es sich nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens um die beiden größten am Markt befindlichen Pensionskassen handeln (Schriftsatz der Teilnahmeberechtigten vom 14.6.2007 Seite 10: „Die drei größten Marktteilnehmer am überbetrieblichen Pensionskassenmarkt sind die Antragstellerin, die *** und die ***. Je nach Kriterium ist die Antragstellerin die zweit- oder drittgrößte überbetriebliche Pensionskasse nach der *** und nach bzw. vor der ***“ ; Antragstellerin im einleitenden Schriftsatz, Seite 10: „Der Marktanteil der beiden Mitglieder der Bietergemeinschaft liegt weit über 50%“). Nach Paragraph 30, Absatz 2, BVergG 2002 können sich Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften durch Legung von Angeboten an Vergabeverfahren beteiligen. Die Teilnahmeberechtigte hat sich als ARGE am Verfahren beteiligt und ein Angebot gelegt. Bei den beiden Mitgliedern der ARGE dürfte es sich nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens um die beiden größten am Markt befindlichen Pensionskassen handeln (Schriftsatz der Teilnahmeberechtigten vom 14.6.2007 Seite 10: „Die drei größten Marktteilnehmer am überbetrieblichen Pensionskassenmarkt sind die Antragstellerin, die *** und die ***. Je nach Kriterium ist die Antragstellerin die zweit- oder drittgrößte überbetriebliche Pensionskasse nach der *** und nach bzw. vor der ***“ ; Antragstellerin im einleitenden Schriftsatz, Seite 10: „Der Marktanteil der beiden Mitglieder der Bietergemeinschaft liegt weit über 50%“).

Mangels Rechtspersönlichkeit ist nicht die ARGE selbst, sondern sind die einzelnen Mitglieder der ARGE Träger von Rechten und Pflichten eines Angebotes. Das Angebot ist daher ungeachtet einer allfälligen internen Arbeitsteilung jedem Mitglied zur Gänze zuzurechnen. Der Vertrag kommt zwischen dem Auftraggeber und den Mitgliedern der ARGE zustande, nur diese sind Vertragspartner, nicht die ARGE selbst (Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel Bundesvergabegesetz 2002 § 30 RZ 17). Mangels Rechtspersönlichkeit ist nicht die ARGE selbst, sondern sind die einzelnen Mitglieder der ARGE Träger von Rechten und Pflichten eines Angebotes. Das Angebot ist daher ungeachtet einer allfälligen internen Arbeitsteilung jedem Mitglied zur Gänze zuzurechnen. Der Vertrag kommt zwischen dem Auftraggeber und den Mitgliedern der ARGE zustande, nur diese sind Vertragspartner, nicht die ARGE selbst (Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel Bundesvergabegesetz 2002 Paragraph 30, RZ 17).

Nach § 21 Abs 1 BVergG 2002 sind Aufträge über Leistungen u.a. entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs zu vergeben. Der Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbs bedeutet unter anderem, dass der Auftraggeber verpflichtet ist zu prüfen, inwieweit zwischen Bietern wettbewerbswidrige Abreden getroffen wurden, insbesondere ob in diesem Zusammenhang die Bildung einer ARGE kartellrechtlich zulässig ist. Trifft dies nicht zu, wäre das Angebot nach § 98 Z 9 BVergG 2002 auszuschneiden. Der Auftraggeber ist daher verpflichtet bei Beteiligung einer ARGE am Vergabeverfahren die österreichischen und europäischen kartellrechtlichen Vorschriften zu beachten. Nach Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 sind Aufträge über Leistungen u.a. entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs zu vergeben. Der Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbs bedeutet unter anderem, dass der Auftraggeber verpflichtet ist zu prüfen, inwieweit zwischen Bietern wettbewerbswidrige Abreden getroffen wurden, insbesondere ob in diesem Zusammenhang die Bildung einer ARGE kartellrechtlich zulässig ist. Trifft dies nicht zu, wäre das Angebot nach Paragraph 98, Ziffer 9, BVergG 2002 auszuschneiden. Der Auftraggeber ist daher verpflichtet bei Beteiligung einer ARGE am Vergabeverfahren die österreichischen und europäischen kartellrechtlichen Vorschriften zu beachten.

Das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass eine derartige Prüfung von der Antragsgegnerin nicht vorgenommen worden ist, obwohl im Hinblick auf die Stellung der beiden Mitglieder der ARGE auf dem relevanten Markt eine derartige Prüfung jedenfalls angezeigt gewesen wäre.

Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens hat sich die Teilnahmeberechtigte dazu auf die Gruppenfreistellungsverordnung,

GVO 358/2003 sowie auf die Durchführungsverordnung zu § 17 KartG 1998, welche die Bildung einer Arbeitsgemeinschaft zur gemeinsamen Ausführung eines bestimmten Auftrages vom Kartellverbot des Kartellgesetzes 1998 ausnimmt, berufen. Beide Bestimmungen kommen nach Ansicht des Senates nicht zur Anwendung. Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens hat sich die Teilnahmeberechtigte dazu auf die Gruppenfreistellungsverordnung, GVO 358 aus 2003, sowie auf die Durchführungsverordnung zu Paragraph 17, KartG 1998, welche die Bildung einer Arbeitsgemeinschaft zur gemeinsamen Ausführung eines bestimmten Auftrages vom Kartellverbot des Kartellgesetzes 1998 ausnimmt, berufen. Beide Bestimmungen kommen nach Ansicht des Senates nicht zur Anwendung.

Die GVO 358/2003 nimmt Formen der Zusammenarbeit in den Bereichen Kostenberechnungen, Risikostudien und Risikomodelle von der Anwendbarkeit des Kartellverbotes nach Art. 81 Abs. 1 EGV aus. Auch die nach der GVO 358/2003 ausgenommene Mitversicherungs- und Rückversicherungsgemeinschaft liegt gegenständlich nicht vor, diesbezüglich wurde weder ein entsprechendes Vorbringen der Teilnahmeberechtigten bzw. der Antragsgegnerin erstattet, noch finden sich sonst Hinweise in den Vergabeakten. Die GVO 358 aus 2003, nimmt Formen der Zusammenarbeit in den Bereichen Kostenberechnungen, Risikostudien und Risikomodelle von der Anwendbarkeit des Kartellverbotes nach Artikel 81, Absatz eins, EGV aus. Auch die nach der GVO 358 aus 2003, ausgenommene Mitversicherungs- und Rückversicherungsgemeinschaft liegt gegenständlich nicht vor, diesbezüglich wurde weder ein entsprechendes Vorbringen der Teilnahmeberechtigten bzw. der Antragsgegnerin erstattet, noch finden sich sonst Hinweise in den Vergabeakten.

Zutreffend verweist die Antragstellerin darauf, dass der Durchführungsverordnung zu § 17 KartG 1998 durch die umfassende Neuregelung der Kartellrechtsnovelle 2005 derogiert worden ist. Die für diese Durchführungsverordnung notwendige gesetzliche Grundlage ist weggefallen, eine neue, den gleichen Sachverhalt regelnde Verordnung, die auf § 17 KartG 2005 gründet, ist nicht erlassen worden. Damit wurde im österreichischen Kartellrecht mit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle 2002 die kartellrechtliche Immunität der ARGE beseitigt, weshalb seit 1.7.2002 sämtliche Arbeitsgemeinschaften am Maßstab des KartG zu prüfen sind (siehe Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, RZ. 41 zu § 30 und die dort zitierten Belegstellen). Zutreffend verweist die Antragstellerin darauf, dass der Durchführungsverordnung zu Paragraph 17, KartG 1998 durch die umfassende Neuregelung der Kartellrechtsnovelle 2005 derogiert worden ist. Die für diese Durchführungsverordnung notwendige gesetzliche Grundlage ist weggefallen, eine neue, den gleichen Sachverhalt regelnde Verordnung, die auf Paragraph 17, KartG 2005 gründet, ist nicht erlassen worden. Damit wurde im österreichischen Kartellrecht mit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle 2002 die kartellrechtliche Immunität der ARGE beseitigt, weshalb seit 1.7.2002 sämtliche Arbeitsgemeinschaften am Maßstab des KartG zu prüfen sind (siehe Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, RZ. 41 zu Paragraph 30 und die dort zitierten Belegstellen).

Unstrittig handelt es sich bei den beiden Mitgliedern der ARGE um bedeutende Marktteilnehmer, die auf diesen Markt grundsätzlich als Konkurrenten auftreten, sich jedoch gegenständlich zur Abgabe eines Angebotes verbunden haben. Die Bildung einer ARGE kann daher unter Umständen eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bedeuten, weil mit der Vereinbarung über die ARGE in der Regel gleichzeitig die Abrede verbunden ist, bei einer konkreten Ausschreibung ein eigenes Angebot zu legen und es dadurch zu einer Reduktion der Zahl der Bieter kommt. Eine ARGE zwischen Wettbewerbern stellt nur dann keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG bzw. der §§ 10f KartG dar, wenn die beteiligten Unternehmen, jedes für sich betrachtet, zur Zeit der Bildung der ARGE überhaupt nicht oder jedenfalls zu dieser Zeit nicht über die erforderliche Kapazität zur Durchführung des angestrebten Auftrages verfügen oder zwar über die erforderliche Kapazität verfügen, aber erst die Zusammenarbeit der ARGE sie in die Lage versetzt, ein erfolversprechendes Angebot abzugeben. Die ARGE ist nur dann nicht wettbewerbsbeschränkend, wenn die Legung eigenständiger Angebote aus Kapazitätsgründen oder dem Fehlen technischer Einrichtungen oder der entsprechenden technischen Kompetenz unmöglich ist (Schramm/Aicher, Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, § 30 RZ 41-43 und die zahlreich dort zitierten Nachweisstellen). Unstrittig handelt es sich bei den beiden Mitgliedern der ARGE um bedeutende Marktteilnehmer, die auf diesen Markt grundsätzlich als Konkurrenten auftreten, sich jedoch gegenständlich zur Abgabe eines Angebotes verbunden haben. Die Bildung einer ARGE kann daher unter Umständen eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bedeuten, weil mit der Vereinbarung über die ARGE in der Regel gleichzeitig die Abrede verbunden ist, bei einer konkreten Ausschreibung ein eigenes Angebot zu legen und es dadurch zu einer Reduktion der Zahl der Bieter kommt. Eine ARGE zwischen Wettbewerbern stellt nur dann keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Artikel 81, Absatz eins, EG bzw. der Paragraphen 10 f, KartG dar,

wenn die beteiligten Unternehmen, jedes für sich betrachtet, zur Zeit der Bildung der ARGE überhaupt nicht oder jedenfalls zu dieser Zeit nicht über die erforderliche Kapazität zur Durchführung des angestrebten Auftrages verfügen oder zwar über die erforderliche Kapazität verfügen, aber erst die Zusammenarbeit der ARGE sie in die Lage versetzt, ein erfolversprechendes Angebote abzugeben. Die ARGE ist nur dann nicht wettbewerbsbeschränkend, wenn die Legung eigenständiger Angebote aus Kapazitätsgründen oder dem Fehlen technischer Einrichtungen oder der entsprechenden technischen Kompetenz unmöglich ist (Schramm/Aicher, Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, Paragraph 30, RZ 41-43 und die zahlreich dort zitierten Nachweisstellen).

Eine derartige Prüfung, ob die Mitglieder der ARGE jeweils für sich allein betrachtet, in der Lage gewesen wären, ein selbstständiges Angebot zu legen, wurde nach dem Inhalt der Vergabeakten nicht vorgenommen, was letztlich auch von der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung vom 18.10.2007 zugestanden wurde. Dies wäre jedoch umso mehr angezeigt gewesen, als die Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 15.6.2007 ausdrücklich vorgebracht hat, dass „jede der beteiligten Pensionskassen .. die ausgeschriebene Leistung selbst erbringen (könnte), ein gemeinsames Angebot ermöglichte dem Konsortium, substantiell ein für die Gemeinde Wien noch vorteilhafteres Angebot zu legen“. Ob die Mitglieder der ARGE, wie von ihnen vorgebracht, tatsächlich selbstständig nicht in der Lage wären, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen, wurde weder hinterfragt noch in einer nachvollziehbaren Art und Weise geprüft. Im Hinblick darauf, dass das größere Mitglied der ARGE von der anderen Pensionskasse beauftragt wird, alle im Zusammenhang mit der Verwaltung der Quoten anfallenden Angelegenheiten der Verwaltungs- und Leistungserbringung wahrzunehmen, sodass Verwaltung und Leistungserbringung nur von einer Pensionskasse im Namen beider Pensionskassen erbracht werden, ist dieses Vorbringen, dass die beiden Kassen zu einem Zusammenschluss genötigt wären, um den gegenständlichen Auftrag zu erfüllen, jedenfalls fragwürdig. Der in diesem Zusammenhang von der Teilnahmeberechtigten erhobene Einwand, die Vergabe der Leistungen unter Zugrundelegung eines konsortialen Modells hätte von der Antragstellerin rechtzeitig gerügt werden müssen, erweist sich als unbegründet, da die Antragstellerin erst mit Erhalt der Zuschlagsentscheidung von der Absicht der Antragsgegnerin Kenntnis erlangte, dass der gegenständliche Pensionskassenvertrag als Konsortialmodell vergeben werden soll.

Zutreffend verweist die Antragstellerin weiters darauf, dass im Rahmen einer kartellrechtlicher Prüfung ein maßgebliches Abgrenzungskriterium die Wahrscheinlichkeit des Marktzutrittes ist. Ermöglicht die Konsortialvereinbarung erst den Marktzutritt, erlaubt sie den Wettbewerb und beschränkt ihn daher nicht. Sind aber die beteiligten Unternehmen in der Lage die Leistungen selbst zu erbringen, bleibt kein Raum für einen Zusammenschluss im Rahmen einer ARGE. Nach den Ergebnissen des Verfahrens ist davon auszugehen, dass die *** Marktführer auf dem Gebiet der Pensionskassen sein dürfte. Das zweite Mitglied der ARGE *** dürfte nach eigenem Vorbringen der Teilnahmeberechtigten die zweitstärkste Pensionskasse am Markt sein. Beide Unternehmen zusammen verfügen jedenfalls nach eigener Darstellung über mehr als 30% Marktanteil. Wenn ein Unternehmer am Markt einen Anteil von mindestens 30% hat, trifft ihn die Beweislast, dass die Voraussetzungen für eine marktbeherrschende Stellung nicht vorliegen (vgl. OGH als KOG 16Ok6/0, 16Ok46/05). Eine Prüfung unter diesem Gesichtspunkt ist nicht erfolgt, entsprechende Bescheinigungen wurden auch von der ARGE nicht vorgelegt. Im Hinblick auf diese Umstände wäre daher von der Auftraggeberin zu hinterfragen gewesen, ob der Zusammenschluss der beiden Marktführer erforderlich gewesen ist, um den Marktzutritt bzw. die Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen. Zutreffend verweist die Antragstellerin weiters darauf, dass im Rahmen einer kartellrechtlicher Prüfung ein maßgebliches Abgrenzungskriterium die Wahrscheinlichkeit des Marktzutrittes ist. Ermöglicht die Konsortialvereinbarung erst den Marktzutritt, erlaubt sie den Wettbewerb und beschränkt ihn daher nicht. Sind aber die beteiligten Unternehmen in der Lage die Leistungen selbst zu erbringen, bleibt kein Raum für einen Zusammenschluss im Rahmen einer ARGE. Nach den Ergebnissen des Verfahrens ist davon auszugehen, dass die *** Marktführer auf dem Gebiet der Pensionskassen sein dürfte. Das zweite Mitglied der ARGE *** dürfte nach eigenem Vorbringen der Teilnahmeberechtigten die zweitstärkste Pensionskasse am Markt sein. Beide Unternehmen zusammen verfügen jedenfalls nach eigener Darstellung über mehr als 30% Marktanteil. Wenn ein Unternehmer am Markt einen Anteil von mindestens 30% hat, trifft ihn die Beweislast, dass die Voraussetzungen für eine marktbeherrschende Stellung nicht vorliegen vergleiche OGH als KOG 16Ok6/0, 16Ok46/05). Eine Prüfung unter diesem Gesichtspunkt ist nicht erfolgt, entsprechende Bescheinigungen wurden auch von der ARGE nicht vorgelegt. Im

Hinblick auf diese Umstände wäre daher von der Auftraggeberin zu hinterfragen gewesen, ob der Zusammenschluss der beiden Marktführer erforderlich gewesen ist, um den Marktzutritt bzw. die Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen.

Es wird daher die Auftraggeberin im fortgesetzten Vergabeverfahren zu prüfen haben, ob durch den Zusammenschluss der beiden Mitglieder der ARGE gegen kartellrechtliche Bestimmungen verstoßen wurde. Nur dann, wenn eine derartige Prüfung erfolgt ist, wird feststehen, ob ein Zuschlag an die ARGE „entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes“ im Sinne des § 21 Abs. 1 BVergG 2002 erfolgen kann. Ergibt diese Prüfung jedoch, dass ein wettbewerbswidriges Angebot, das gegen kartellrechtliche oder wettbewerbsrechtliche Vorschriften verstößt, vorliegt, wäre das Angebot gemäß § 98 Z 9 BVergG 2002 auszuschneiden. Im Zuge der Prüfung dieser Frage im Hinblick auf ihre kartellrechtliche Relevanz steht der Antragsgegnerin die Möglichkeit eines Feststellungsantrages nach § 28 Abs. 2 KartG 2005 an das Kartellgericht bzw. eine Befassung der Bundeswettbewerbsbehörde zur Verfügung. Letztlich werden aber die Mitglieder der ARGE den Nachweis zu erbringen haben, dass ein kartellrechtlicher Verstoß nicht vorliegt. Es wird daher die Auftraggeberin im fortgesetzten Vergabeverfahren zu prüfen haben, ob durch den Zusammenschluss der beiden Mitglieder der ARGE gegen kartellrechtliche Bestimmungen verstoßen wurde. Nur dann, wenn eine derartige Prüfung erfolgt ist, wird feststehen, ob ein Zuschlag an die ARGE „entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes“ im Sinne des Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 erfolgen kann. Ergibt diese Prüfung jedoch, dass ein wettbewerbswidriges Angebot, das gegen kartellrechtliche oder wettbewerbsrechtliche Vorschriften verstößt, vorliegt, wäre das Angebot gemäß Paragraph 98, Ziffer 9, BVergG 2002 auszuschneiden. Im Zuge der Prüfung dieser Frage im Hinblick auf ihre kartellrechtliche Relevanz steht der Antragsgegnerin die Möglichkeit eines Feststellungsantrages nach Paragraph 28, Absatz 2, KartG 2005 an das Kartellgericht bzw. eine Befassung der Bundeswettbewerbsbehörde zur Verfügung. Letztlich werden aber die Mitglieder der ARGE den Nachweis zu erbringen haben, dass ein kartellrechtlicher Verstoß nicht vorliegt.

Da eine derartige Prüfung der Notwendigkeit des Zusammenschlusses der beiden Pensionskassen in einer ARGE bisher nicht geprüft wurde, erweist sich der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung als berechtigt, weil noch nicht abschließend beurteilt werden kann, ob der Ausscheidungsgrund des § 98 Z 9 BVergG 2002 vorliegt oder nicht. Die Prüfung dieser Frage fällt nicht in die Kompetenz des Senates sondern obliegt ausschließlich dem Auftraggeber (vgl. BVA 28.6.04, 15N-46/04-56 u.a.). Da eine derartige Prüfung der Notwendigkeit des Zusammenschlusses der beiden Pensionskassen in einer ARGE bisher nicht geprüft wurde, erweist sich der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung als berechtigt, weil noch nicht abschließend beurteilt werden kann, ob der Ausscheidungsgrund des Paragraph 98, Ziffer 9, BVergG 2002 vorliegt oder nicht. Die Prüfung dieser Frage fällt nicht in die Kompetenz des Senates sondern obliegt ausschließlich dem Auftraggeber vergleiche BVA 28.6.04, 15N-46/04-56 u.a.).

Soweit die Antragstellerin geltend macht, die Zuschlagsentscheidung wäre auch deswegen rechtswidrig, weil der abzuschließende Pensionskassenvertrag noch nicht einmal im Entwurf vorgelegt worden sei, erweist sich ihre Argumentation als nicht berechtigt. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass sie diesen Umstand nicht innerhalb der Frist des § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007 nach Aufforderung zur Angebotsabgabe gerügt hat. Ihr diesbezügliches Vorbringen ist damit verfristet. Unabhängig davon ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Pensionskassenleistungen grundsätzlich entsprechend der den Ausschreibungsunterlagen angeschlossenen Pensionskassenvereinbarung, Beilage 3, anzubieten waren. Dazu kommen noch zahlreiche eingehende Regelungen in den Ausschreibungsunterlagen (etwa in Punkt 22 der allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen) sowie der Ergebnisse der Verhandlungsrunden. Letztlich ist aber auch zu berücksichtigen, dass wesentliche Punkte des Pensionskassenvertrages vom Pensionskassengesetz vorgegeben sind. Der Senat ist daher zur Ansicht gelangt, dass der Inhalt des abzuschließenden Pensionskassenvertrages in all seinen wesentlichen Punkten feststeht und damit keine Möglichkeit für die Vertragspartner besteht, davon abzuweichen oder davon abweichende Bestimmungen in die Endfassung aufzunehmen. Soweit die Antragstellerin geltend macht, die Zuschlagsentscheidung wäre auch deswegen rechtswidrig, weil der abzuschließende Pensionskassenvertrag noch nicht einmal im Entwurf vorgelegt worden sei, erweist sich ihre Argumentation als nicht berechtigt. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass sie diesen Umstand nicht innerhalb der Frist des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007 nach Aufforderung zur Angebotsabgabe gerügt hat. Ihr diesbezügliches Vorbringen ist damit verfristet. Unabhängig davon ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Pensionskassenleistungen grundsätzlich entsprechend der den Ausschreibungsunterlagen angeschlossenen

Pensionskassenvereinbarung, Beilage 3, anzubieten waren. Dazu kommen noch zahlreiche eingehende Regelungen in den Ausschreibungsunterlagen (etwa in Punkt 22 der allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen) sowie der Ergebnisse der Verhandlungsrunden. Letztlich ist aber auch zu berücksichtigen, dass wesentliche Punkte des Pensionskassenvertrages vom Pensionskassengesetz vorgegeben sind. Der Senat ist daher zur Ansicht gelangt, dass der Inhalt des abzuschließenden Pensionskassenvertrages in all seinen wesentlichen Punkten feststeht und damit keine Möglichkeit für die Vertragspartner besteht, davon abzuweichen oder davon abweichende Bestimmungen in die Endfassung aufzunehmen.

Die Teilnahmeberechtigte, die mit Schriftsatz vom 15.6.2007 dem Verfahren beigetreten ist, ist gemäß § 22 Abs. 2 WVRG 2007 jedenfalls als präsumtive Zuschlagsempfängerin Partei des gegenständlichen Verfahrens, ohne dass dies bescheidmäßig festzustellen gewesen wäre. Die Teilnahmeberechtigte, die mit Schriftsatz vom 15.6.2007 dem Verfahren beigetreten ist, ist gemäß Paragraph 22, Absatz 2, WVRG 2007 jedenfalls als präsumtive Zuschlagsempfängerin Partei des gegenständlichen Verfahrens, ohne dass dies bescheidmäßig festzustellen gewesen wäre.

Mit der Stattgebung des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 20.9.2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Mit der Stattgebung des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 20.9.2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 genannten Vorraussetzungen liegen vor. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, genannten Vorraussetzungen liegen vor.

Der Ausspruch über den Ersatz und die Entscheidung über die Kosten des Sachverständigen gründen sich auf §§ 53a, 76 Abs. 1 AVG. Der Ausspruch über den Ersatz und die Entscheidung über die Kosten des Sachverständigen gründen sich auf Paragraphen 53 a, 76, Absatz eins, AVG.

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Nichtigerklärung einer Zuschlagsentscheidung, da kartellrechtliche und wettbewerbsrechtliche Prüfung des Angebots einer ARGE durch Auftraggeber unterblieben ist; Keine Prüfung durch Nachprüfungsbehörde.

Dokumentnummer

VERGT_20071018_4093_07_00

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