

TE Verg Bescheid 2006/3/13 VKS-248/06

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.03.2006

Norm

- WVRG §1 Abs2 Z1
- WVRG §2 Abs2 und 4
- WVRG §11 Abs2 Z2
- WVRG §13 Abs1
- WVRG §14 Abs1
- WVRG §17 Abs1
- WVRG §20 Abs1 Z3 lit a
- WVRG §23
- WVRG §26 Abs2
- WVRG §30
- BVergG 2002 §4 Abs1
- BVergG 2002 §7 Abs1 Z1
- BVergG 2002 §9 Abs1 Z4
- BVergG 2002 §20 Z3
- BVergG 2002 §11
- BVergG 2002 §13 lit a sublit dd
- BVergG 2002 §21 Abs1
- BVergG 2002 §30 Abs2
- AVG §74
 - 1. AVG § 74 heute
 - 2. AVG § 74 gültig ab 01.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
 - 3. AVG § 74 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

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

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, der Vergabekontrollsenat möge die Ausschreibung im Vergabeverfahren „Pensionskasse Gemeinde Wien“ für nichtig erklären, wird abgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Dem hilfsweise gestellten Antrag, der Vergabekontrollsenat möge folgende Entscheidungen und Festlegungen des Auftraggebers in den Ausschreibungsunterlagen für nichtig erklären, wird insoweit stattgegeben, als die Teilnahmebedingungen, wie sie in Abs. 9 und Abs. 15 der Allgemeinen Bestimmungen festgelegt wurden, wonach die Bildung einer Bietergemeinschaft erforderlich ist und nur Bietergemeinschaften zur Teilnahme am Vergabeverfahren zugelassen werden, ersatzlos zu entfallen haben. Dem hilfsweise gestellten Antrag, der Vergabekontrollsenat möge folgende Entscheidungen und Festlegungen des Auftraggebers in den Ausschreibungsunterlagen für nichtig erklären, wird insoweit stattgegeben, als die Teilnahmebedingungen, wie sie in Absatz 9 und Absatz 15, der Allgemeinen Bestimmungen festgelegt wurden, wonach die Bildung einer Bietergemeinschaft erforderlich ist und nur Bietergemeinschaften zur Teilnahme am Vergabeverfahren zugelassen werden, ersatzlos zu entfallen haben.

Dem darüber hinausgehenden 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, wird nicht stattgegeben.

1. 3.Ziffer 3

Die einstweilige Verfügung vom 25.1.2006 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 4.Ziffer 4

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren von EUR 3.200,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 2 Z 1, 2 Abs. 2 und 4, 11 Abs. 2 Z 2, 13 Abs. 1, 14 Abs. 1, 17 Abs. 1, 20 Abs. 1 Z 3 lit. a, 23, 26 Abs. 2, 30 WVRG und §§ 4 Abs. 1, 7 Abs. 1 Z 1, 9 Abs. 1 Z 4, 20 Z 3, 11, 13 lit. a sublit. dd, 21 Abs. 1, 30 Abs. 2 BVergG 2002 sowie § 74 AVG.Paragraphen eins, Absatz 2, Ziffer eins, 2, Absatz 2 und 4, 11 Absatz 2, Ziffer 2, 13, Absatz eins, 14, Absatz eins, 17, Absatz eins, 20, Absatz eins, Ziffer 3, Litera a,, 23, 26 Absatz 2, 30, WVRG und Paragraphen 4, Absatz eins, 7, Absatz eins, Ziffer eins, 9, Absatz eins, Ziffer 4, 20, Ziffer 3, 11, 13, Litera a, Sub-Litera, d, d,, 21 Absatz eins, 30, Absatz 2, BVergG 2002 sowie Paragraph 74, AVG.

Begründung:

Die Stadt Wien, vertreten durch den Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 54 (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) hat im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 30.12.2005, S 251, ein Verhandlungsverfahren zum Abschluss eines Pensionskassenvertrages europaweit ordnungsgemäß ausgeschrieben. Es handelt sich um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich. Die zu vergebende Leistung ist als Abschluss eines Pensionskassenvertrages („konsortiales Modell“ = gemeinsame Verwaltung eines Pensionskassenmodells durch mindestens zwei Pensionskassen/Einrichtungen gemäß § 5 Z 4 Pensionskassengesetz – PKG in der Fassung BGBl. I Nr. 8/2005) i. S.d. „Pensionskassenvereinbarung“ (beitragsorientiertes Modell) beschrieben. Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge war der 30.1.2006, 10.00 Uhr. Die Bedingungen zur Abgabe der Teilnahmeanträge sind in den Allgemeinen Bestimmungen für das Vergabeverfahren, bestehend aus den einleitenden Bestimmungen, dem Allgemeinen Teil A und dem Teil B über die von der Bewerbungsgemeinschaft einzureichenden Unterlagen, festgelegt. Die Stadt Wien, vertreten durch den Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 54 (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) hat im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 30.12.2005, S 251, ein Verhandlungsverfahren zum Abschluss eines Pensionskassenvertrages europaweit ordnungsgemäß ausgeschrieben. Es handelt sich um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich. Die zu vergebende Leistung ist als Abschluss eines Pensionskassenvertrages („konsortiales Modell“ = gemeinsame Verwaltung eines Pensionskassenmodells durch mindestens zwei Pensionskassen/Einrichtungen gemäß Paragraph 5, Ziffer 4, Pensionskassengesetz – PKG in der

Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 8 aus 2005,) i. S.d. „Pensionskassenvereinbarung“ (beitragsorientiertes Modell) beschrieben. Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge war der 30.1.2006, 10.00 Uhr. Die Bedingungen zur Abgabe der Teilnahmeanträge sind in den Allgemeinen Bestimmungen für das Vergabeverfahren, bestehend aus den einleitenden Bestimmungen, dem Allgemeinen Teil A und dem Teil B über die von der Bewerbungsgemeinschaft einzureichenden Unterlagen, festgelegt.

Die Antragstellerin, die ein Interesse an der Teilnahme am ausgeschriebenen Verhandlungsverfahren behauptet, bekämpft mit ihrem am 23.1.2006 eingelangten und damit rechtzeitigen (§ 20 Abs. 1 Z 3 lit. a WVRG) Antrag verschiedene Bestimmungen in den Teilnahmeunterlagen. Vor allem wendet sie sich dagegen, dass zwingend die Bildung einer Bietergemeinschaft verlangt wird und ausdrücklich festgehalten wurde, dass nur Bietergemeinschaften zur Teilnahme am Vergabeverfahren zugelassen sind. Weiters wird von ihr die Bestimmung bekämpft, wonach als Auswahlkriterium die Qualität der Mitarbeiter herangezogen wird, wobei nur Dienstnehmer des Bewerbers und seiner verbundenen Unternehmen berücksichtigt werden (Teil A – Allgemeiner Teil, Punkt 5 und Teil B Punkt 4.4). Ebenso wird bekämpft, dass als Auswahlkriterium die Performance nur betreffend die offenen Veranlagungs- und Risikogemeinschaften (= VRGen) berücksichtigt werden soll, nicht aber betreffend nicht offene Veranlagungs- und Risikogemeinschaften (Teil A der Ausschreibungsunterlage Punkt 5 und Teil B Punkt 4.5). Die Antragstellerin, die ein Interesse an der Teilnahme am ausgeschriebenen Verhandlungsverfahren behauptet, bekämpft mit ihrem am 23.1.2006 eingelangten und damit rechtzeitigen (Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer 3, Litera a, WVRG) Antrag verschiedene Bestimmungen in den Teilnahmeunterlagen. Vor allem wendet sie sich dagegen, dass zwingend die Bildung einer Bietergemeinschaft verlangt wird und ausdrücklich festgehalten wurde, dass nur Bietergemeinschaften zur Teilnahme am Vergabeverfahren zugelassen sind. Weiters wird von ihr die Bestimmung bekämpft, wonach als Auswahlkriterium die Qualität der Mitarbeiter herangezogen wird, wobei nur Dienstnehmer des Bewerbers und seiner verbundenen Unternehmen berücksichtigt werden (Teil A – Allgemeiner Teil, Punkt 5 und Teil B Punkt 4.4). Ebenso wird bekämpft, dass als Auswahlkriterium die Performance nur betreffend die offenen Veranlagungs- und Risikogemeinschaften (= VRGen) berücksichtigt werden soll, nicht aber betreffend nicht offene Veranlagungs- und Risikogemeinschaften (Teil A der Ausschreibungsunterlage Punkt 5 und Teil B Punkt 4.5).

Durch diese Festlegungen der Antragsgegnerin wäre die Antragstellerin gehindert, am Vergabeverfahren teilzunehmen, weil sie nicht beabsichtige, eine Bietergemeinschaft zu bilden. Dieses Verlangen der Antragsgegnerin verstoße gegen vergaberechtliche Vorschriften und sei im übrigen aus pensionskassenrechtlicher Sicht überhaupt unzulässig. Nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 und den EU-Vergaberichtlinien müsse ein Auftragnehmer grundsätzlich Bewerber- und Bietergemeinschaften zulassen. Dabei handle es sich um ein subjektives Recht der Unternehmer. Eine Beschränkung der Bildung von Bietergemeinschaften könne in besonders gelagerten Fällen zulässig sein, wenn dies etwa zur Gewährung des Wettbewerbes bei Vorliegen eines sehr engen „Anbietermarktes“ erforderlich sei. Für den gegenständlichen Auftrag kämen nur sechs österreichische Pensionskassen in Betracht. Bereits dieser Umstand würde den Auftraggeber dazu berechtigen, die Bildung von Bietergemeinschaften auszuschließen. Aus Wettbewerbsüberlegungen erscheine ein solcher Ausschluss sogar geboten. Diese Umstände wären vorliegend angezeigt. Nach den Grundsätzen des Vergaberechtes dürfe der Auftraggeber von Bewerbern oder Bietern keine bestimmte Rechtsform verlangen, soweit dies nicht aufgrund einschlägiger Rechtsvorschriften für die Durchführung des Auftrages zwingend erforderlich sei. Die Antragstellerin verfüge alleine und ohne Bildung einer Bietergemeinschaft über eine ausreichende wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit, um den ausgeschriebenen Auftrag zu erfüllen. Dies werde auch auf andere potentielle Bieter zutreffen. Eine sachliche Notwendigkeit, die Bildung von Bietergemeinschaften zu verlangen, liege nicht vor. Es komme nicht auf die Zahl der am Vertrag beteiligten Pensionskassen an, sondern auf die Leistungsfähigkeit und die wirtschaftlichen Verhältnisse der beteiligten Pensionskassen. Bei Auftragserteilung an zwei „schwache“ Pensionskassen sei der Auftraggeber nicht besser abgesichert als bei einer Auftragserteilung an eine „starke“ Pensionskasse. Die Antragsgegnerin gehe möglicherweise von der falschen Annahme aus, dass eine unterschiedliche Veranlagungskonzeption und die Bildung mehrerer unterschiedlicher Veranlagungs- und Risikogemeinschaften nur im Wege der ausgeschriebenen „konsortialen Lösung“ möglich sei.

Das von der Antragsgegnerin gewählte Auswahlkriterium Anzahl und Qualifikation der Mitarbeiter sei diskriminierend, weil es jene Pensionskassen begünstige, die die für die Veranlagung und die Verwaltung erforderlichen Leistungen selbst oder durch verbundene Unternehmen erbringen und jene Pensionskassen benachteilige, die solche Leistungen

zulässigerweise ausgelagert hätten. Dies stünde im eindeutigen Widerspruch zum vergaberechtlichen Grundsatz, dass sich ein Bieter bzw. Bewerber zum Nachweis der Leistungsfähigkeit auf die Ressourcen anderer Unternehmen stützen könne. Die Antragsgegnerin müsste daher auch die dem Bewerber sonst zur Verfügung stehenden personellen Ressourcen, unabhängig von der Art des Rechtsverhältnisses, berücksichtigen.

Das Auswahlkriterium „Performance“ verstoße gegen die Grundsätze eines fairen Vergabeverfahrens und gegen Grundsätze des fairen Wettbewerbs, weil nur offene VRGen berücksichtigt würden. Diese Festlegung sei unsachlich, weil für die Leistungsfähigkeit der Pensionskasse nicht nur die Performance in offenen VRGen ausschlaggebend sein könne, weshalb die Performance der Pensionskasse insgesamt als Auswahlkriterium berücksichtigt werden müsste, ohne Einschränkung auf offene VRGen.

Zu dem ihr drohenden Schaden führt die Antragstellerin aus, dass sie eine Pensionskasse im Sinne des Pensionskassengesetzes sei. Sie beabsichtige sich am gegenständlichen Vergabeverfahren zu beteiligen und einen Antrag auf Teilnahme abzugeben. Sie würde über die erforderliche Befugnis und Leistungsfähigkeit für den Abschluss des Pensionskassenvertrages sowie über zahlreiche einschlägige Referenzen verfügen. Aufgrund der von ihr angefochtenen, rechtswidrigen Festlegungen der Auftraggeberin bestehe jedoch die Gefahr, dass die Antragstellerin keinen ordnungsgemäßen Teilnahmeantrag stellen könne oder dass sie trotz Teilnahmeantrag vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werde und keine echte Chance auf Teilnahme des Vergabeverfahrens habe. Sie beabsichtige, sich am Vergabeverfahren ohne Partner zu beteiligen. Vertragsgegenstand soll der Abschluss eines Pensionskassenvertrages für sämtliche Bedienstete der Gemeinde Wien sein. Damit liege auf der Hand, dass es sich dabei um einen Referenzauftrag von enormer Bedeutung handle. Sollte es bei den rechtswidrigen Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage bleiben, hätte die Antragstellerin keine Chance auf Teilnahme am Vergabeverfahren, wodurch ihr ein wichtiges Referenzprojekt für künftige Vergabeverfahren entgehen könnte. Außerdem würde sie die Chance auf einen lukrativen Pensionskassenvertrag und auf den bei Pensionskassen marktüblichen Gewinn verlieren. Darin sei jedenfalls ein ihr drohender Schaden zu erblicken, wozu noch die ihr aufgelaufenen Kosten im Zusammenhang mit der Vorbereitung eines Teilnahmeantrages sowie der Kosten für die Rechtsberatung kämen. Die Antragsgegnerin sei rechtzeitig von der beabsichtigten Antragstellung unter Bekanntgabe der Gründe verständigt worden. Die zu entrichtenden Gebühren seien beigebracht worden. Zur Sicherung der Rechtsposition der Antragstellerin sei die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung notwendig.

Im Ergebnis beantragt die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlage, hilfsweise die Nichtigerklärung jener Bestimmungen in der Ausschreibungsunterlage, wonach die Bildung einer Bietergemeinschaft verlangt wird, die Bestimmungen betreffend das Auswahlkriterium, wonach die Anzahl und Qualifikation der Mitarbeit bewertet werden sollen, sowie die Bestimmungen zum Auswahlkriterium „Performance“, wonach nicht offene VRGen nicht berücksichtigt werden.

Mit Schriftsatz vom 25.1.2006 hat die Antragsgegnerin zunächst zum Antrag auf einstweilige Verfügung angemerkt, „dass seitens der Gemeinde Wien und deren Bediensteten das Interesse am baldigen Abschluss eines Pensionskassenvertrages“ bestehe.

Mit ihrer weiteren Stellungnahme vom 27.1.2006 hat die Antragsgegnerin, ohne zunächst die Abweisung des Nachprüfungsantrages zu begehren, zu den einzelnen

Anfechtungspunkten wie folgt ausgeführt:

Konsortiales Modell: Vorweg wird zu diesem Punkt angemerkt, dass sich die Antragsgegnerin für das konsortiale Modell – gemeinsame Verwaltung eines Pensionskassenmodells durch mindestens zwei Pensionskassen/Einrichtungen gemäß § 5 Z 4 Pensionskassengesetz – entschieden habe, zumal dieses Modell auch von der Finanzmarktaufsicht als zulässig erachtet werde. Dieser Behörde hätten die Pensionskassen bei konsortial geführten VRGen ihre Konsortialgeschäfte, ihren Konsortialanteil und auch den Konsortialführer bekannt zu geben. Der Vorteil dieses Modells im Gegensatz zur Beauftragung einer einzelnen Pensionskasse liege in der Streuung des Risikos, da zwei Pensionskassen gleichzeitig veranlagten und diese verschiedene Veranlagungserfolge haben können. Bei Ausfall/Beendigung des Vertrages mit einer Pensionskasse habe die andere Kasse solidarisch die Veranlagung weiter zu führen. Die zwei Pensionskassen sollen das Veranlagungskapital nach einer noch zu bestimmenden Aufteilungsquote, wobei diese Quote je nach Veranlagungsergebnis durch den Auftraggeber verändert werden könne, veranlagten. Beide Pensionskassen würden die selben Vorgaben zur Erstellung eines Geschäftsplanes und zur

Veranlagung erhalten. Dies führe zu einem „Wettbewerb“ unter den beauftragten Kassen und damit zu einer besseren Situation für die Stadt Wien. Der Auftraggeber erhalte eine breitere Meinung zu Anlagestrategien und -entscheidungen und dadurch eine bessere Kontrolle über die Veranlagung. Der Auftraggeber habe somit einen besseren Überblick bzw. erhalte mehr Möglichkeiten, die Marktgegebenheiten der Kapitalmärkte auszuschöpfen. Der von der Antragstellerin angezogene Fall der Bildung mehrerer Veranlagungs- und Risikogemeinschaften durch ein Unternehmen komme dem „Wettbewerb“ zur Erreichung des besten Ergebnisses nicht nach, auch die Risikostreuung auf zwei oder mehrere getrennte Pensionskassen könne nicht erfüllt werden. Zudem würden dem Auftraggeber die wertvollen Informationen der anderen Pensionskassen fehlen. Es stehe jeder Pensionskasse frei, ein Konsortium mit einer anderen zu bilden. Zur Umsetzung dieser Anforderung sei die zwingende Vorschreibung der Bildung einer Arbeits- und Bewerber-/Bietergemeinschaft erfolgt. Andernfalls wäre das von der FMA zugelassene konsortiale Modell im öffentlichen Bereich nicht möglich. Durch die zwingende Vorschreibung der Bildung einer Arbeits- und Bewerber-/Bietergemeinschaft sei auch sicher gestellt, dass einzig das konsortiale Modell angeboten werde. Die Verpflichtung zur Bildung einer Arbeits/Bietergemeinschaft sei im Bundesvergabegesetz nicht ausgeschlossen. Gegenständlich würden überdies sachliche Gründe für die zwingende Vorschreibung der Bildung einer derartigen Gemeinschaft gegeben sein. Auch das Pensionskassengesetz stehe der Bildung einer Bietergemeinschaft nicht entgegen. Konsortiales Modell: Vorweg wird zu diesem Punkt angemerkt, dass sich die Antragsgegnerin für das konsortiale Modell – gemeinsame Verwaltung eines Pensionskassenmodells durch mindestens zwei Pensionskassen/Einrichtungen gemäß Paragraph 5, Ziffer 4, Pensionskassengesetz - entschieden habe, zumal dieses Modell auch von der Finanzmarktaufsicht als zulässig erachtet werde. Dieser Behörde hätten die Pensionskassen bei konsortial geführten VRGen ihre Konsortialgeschäfte, ihren Konsortialanteil und auch den Konsortialführer bekannt zu geben. Der Vorteil dieses Modells im Gegensatz zur Beauftragung einer einzelnen Pensionskasse liege in der Streuung des Risikos, da zwei Pensionskassen gleichzeitig veranlagten und diese verschiedene Veranlagungserfolge haben können. Bei Ausfall/Beendigung des Vertrages mit einer Pensionskasse habe die andere Kasse solidarisch die Veranlagung weiter zu führen. Die zwei Pensionskassen sollen das Veranlagungskapital nach einer noch zu bestimmenden Aufteilungsquote, wobei diese Quote je nach Veranlagungsergebnis durch den Auftraggeber verändert werden könne, veranlagten. Beide Pensionskassen würden die selben Vorgaben zur Erstellung eines Geschäftsplanes und zur Veranlagung erhalten. Dies führe zu einem „Wettbewerb“ unter den beauftragten Kassen und damit zu einer besseren Situation für die Stadt Wien. Der Auftraggeber erhalte eine breitere Meinung zu Anlagestrategien und -entscheidungen und dadurch eine bessere Kontrolle über die Veranlagung. Der Auftraggeber habe somit einen besseren Überblick bzw. erhalte mehr Möglichkeiten, die Marktgegebenheiten der Kapitalmärkte auszuschöpfen. Der von der Antragstellerin angezogene Fall der Bildung mehrerer Veranlagungs- und Risikogemeinschaften durch ein Unternehmen komme dem „Wettbewerb“ zur Erreichung des besten Ergebnisses nicht nach, auch die Risikostreuung auf zwei oder mehrere getrennte Pensionskassen könne nicht erfüllt werden. Zudem würden dem Auftraggeber die wertvollen Informationen der anderen Pensionskassen fehlen. Es stehe jeder Pensionskasse frei, ein Konsortium mit einer anderen zu bilden. Zur Umsetzung dieser Anforderung sei die zwingende Vorschreibung der Bildung einer Arbeits- und Bewerber-/Bietergemeinschaft erfolgt. Andernfalls wäre das von der FMA zugelassene konsortiale Modell im öffentlichen Bereich nicht möglich. Durch die zwingende Vorschreibung der Bildung einer Arbeits- und Bewerber-/Bietergemeinschaft sei auch sicher gestellt, dass einzig das konsortiale Modell angeboten werde. Die Verpflichtung zur Bildung einer Arbeits/Bietergemeinschaft sei im Bundesvergabegesetz nicht ausgeschlossen. Gegenständlich würden überdies sachliche Gründe für die zwingende Vorschreibung der Bildung einer derartigen Gemeinschaft gegeben sein. Auch das Pensionskassengesetz stehe der Bildung einer Bietergemeinschaft nicht entgegen.

Nach dem Ausschreibungstext soll der Auftrag einem Konsortium erteilt werden. Dieses habe aus vergaberechtlichen Gründen für die Stellung eines Teilnahmeantrages bzw. für die Erstellung eines Angebotes als Bergwerksgemeinschaft bzw. Bietergemeinschaft aufzutreten. Die Leistungserbringung erfolge nach Auftragserteilung durch ein Konsortium, bestehend aus zwei (oder mehreren) Pensionskassen – Aktiengesellschaften in Übereinstimmung mit dem Pensionskassengesetz. Zur möglichen Zahl der Bewerber werde angemerkt, dass mit 23.9.2005 § 11 b Pensionskassengesetz in Kraft getreten sei, wonach auch Einrichtungen aus Mitgliedstaaten in Österreich Pensionskassenleistungen erbringen können. Zur Leistungserbringung sei anzumerken, dass das konsortiale Modell genauso wie der Vertrag mit nur einer Pensionskasse zivilrechtliche Regelungen zur Ausgestaltung des Vertrages erfordere. Die in den abzuschließenden Pensionskassenvertrag aufzunehmenden Punkte seien im Punkt 15 der Allgemeinen Bestimmungen festgelegt, wobei die Ausformulierung und nähere Ausgestaltung im Zuge des

Verhandlungsverfahrens gemeinsam mit den Pensionskassen erfolgen soll. Zur Aufteilung der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten, sowie der Hinterbliebenen sei im Punkt 15 b der Allgemeinen Bestimmungen der gegenständlichen Ausschreibung keine bestimmte Quote festgelegt worden, da sich diese aus dem Angebot bzw. den darauf folgenden Verhandlungen ergeben soll. Nach dem Ausschreibungstext soll der Auftrag einem Konsortium erteilt werden. Dieses habe aus vergaberechtlichen Gründen für die Stellung eines Teilnahmeantrages bzw. für die Erstellung eines Angebotes als Bewerbungsgemeinschaft bzw. Bietergemeinschaft aufzutreten. Die Leistungserbringung erfolge nach Auftragserteilung durch ein Konsortium, bestehend aus zwei (oder mehreren) Pensionskassen – Aktiengesellschaften in Übereinstimmung mit dem Pensionskassengesetz. Zur möglichen Zahl der Bewerber werde angemerkt, dass mit 23.9.2005 Paragraph 11, b Pensionskassengesetz in Kraft getreten sei, wonach auch Einrichtungen aus Mitgliedstaaten in Österreich Pensionskassenleistungen erbringen können. Zur Leistungserbringung sei anzumerken, dass das konsortiale Modell genauso wie der Vertrag mit nur einer Pensionskasse zivilrechtliche Regelungen zur Ausgestaltung des Vertrages erfordere. Die in den abzuschließenden Pensionskassenvertrag aufzunehmenden Punkte seien im Punkt 15 der Allgemeinen Bestimmungen festgelegt, wobei die Ausformulierung und nähere Ausgestaltung im Zuge des Verhandlungsverfahrens gemeinsam mit den Pensionskassen erfolgen soll. Zur Aufteilung der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten, sowie der Hinterbliebenen sei im Punkt 15 b der Allgemeinen Bestimmungen der gegenständlichen Ausschreibung keine bestimmte Quote festgelegt worden, da sich diese aus dem Angebot bzw. den darauf folgenden Verhandlungen ergeben soll.

Zu den Auswahlkriterien bringt die Antragsgegnerin vor, so eine Pensionskasse ihre Eignung anders nachweisen könne, zum Beispiel durch verbundene Unternehmungen, sie dies möglich. In der Ausschreibung seien ausdrücklich auch Subunternehmerleistungen für zulässig erklärt worden. Bei den für die Beurteilung des Auswahlkriteriums anzugebenden Mitarbeitern handle es sich um jene für das Projekt „Pensionskasse Gemeinde Wien“ vorgesehenen Mitarbeiter. Diese müssten nicht zwangsweise Beschäftigte der Pensionskasse sein.

Zur Kritik der Antragstellerin an den Bestimmungen über die „Performance“ führt die Antragsgegnerin aus, deshalb nur offene VRGen herangezogen zu haben, da in den geschlossenen VRGen häufig ein maßgeblicher Einfluss des jeweiligen Kunden auf die Veranlagungsstrategie vorliege. Deshalb eigne sich auch die Performance einer geschlossenen VRG weniger als Beurteilungskriterium für das Veranlagungsgeschick der Pensionskasse. Erfahrungsgemäß würden überdies geschlossene VRGen ihre Performancedaten nicht vollständig vorlegen.

Zu dieser Stellungnahme hat die Antragstellerin ergänzend ausgeführt (Schriftsatz vom 6.2.2006), das in der Äußerung vom 27.1.2006 dargestellte Konzept der konsortialen Veranlagung mit dem Recht auf Festlegung und Änderung der Veranlagungsquoten entspreche nicht dem Grundsatz der solidarischen Haftung der Mitglieder einer Bietergemeinschaft gegenüber dem Auftraggeber. Das Konzept entspreche eher einer Auftragserteilung im Sinne von Teilaufträgen, was vergaberechtlich bei Angeboten einer Bietergemeinschaft nicht zulässig sei. Das in den Ausschreibungsunterlagen geforderte „konsortiale Modell“ würde auch mehrfach Bestimmungen des Pensionskassengesetzes (PKG) widersprechen. Die Darstellung der Antragsgegnerin laufe letztlich darauf hinaus, dass zwei Pensionskassenverträge mit zwei Pensionskassen abgeschlossen werden, wobei die Zuordnung der Anwartschaftsberechtigten und Leistungsberechtigten durch den Dienstgeber jederzeit geändert werden könne und die Veranlagungsergebnisse einer VRG auch den anderen VRGen zugute kommen und umgekehrt. Die offizielle Statistik der ÖKB ergebe, dass die durchschnittliche Performance der Antragstellerin über dem Durchschnitt der Performance überbetrieblicher Pensionskassen liegen würde. Die Möglichkeit, neue Manager zu betrauen, Veranlagungsschwerpunkte zu setzen und veranlagungstechnische Umschichtungen vorzunehmen, ist in einer einzelnen Pensionskasse bedeutend schneller und effizienter umzusetzen als innerhalb eines Konsortiums. Eine einzelne Pensionskasse könne jederzeit der gewünschten Diversifikation und Risikostreuung entsprechen.

Letztlich würde das Verlangen der Antragsgegnerin nach einem „konsortialen Modell“ auch den Grundsätzen des § 21 BVergG 2002 widersprechen. Danach seien Leistungen unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter zu vergeben. Danach habe der Auftraggeber alles zu vermeiden, was zu einer Störung des Wettbewerbsprozesses führen könne. Auch aus diesem Gesichtspunkt, sei das Verlangen nach der Bildung von Bietergemeinschaften im Bereich der Pensionskassen generell unzulässig. Letztlich würde das Verlangen der Antragsgegnerin nach einem „konsortialen Modell“ auch den Grundsätzen des Paragraph 21, BVergG 2002 widersprechen. Danach seien Leistungen unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des

Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter zu vergeben. Danach habe der Auftraggeber alles zu vermeiden, was zu einer Störung des Wettbewerbsprozesses führen könne. Auch aus diesem Gesichtspunkt, sei das Verlangen nach der Bildung von Bietergemeinschaften im Bereich der Pensionskassen generell unzulässig.

Mit Schriftsatz vom 13.2.2006 ist die Antragsgegnerin dieser Argumentation entgegen getreten und hat ausdrücklich erklärt, dass der „Pensionskassenvertrag zwischen dem Auftraggeber und den einzelnen Mitgliedern der Bietergemeinschaft, die das beste Angebot gelegt haben, abgeschlossen werden“ soll. Dazu sollen die Pensionskassen des Konsortiums jeweils eine VRG einrichten, für die ein identer Geschäftsplan zu erstellen sei. Jeder Berechtigte soll bei beiden Pensionskassen im Ausmaß der im Pensionskassenvertrag festgelegten Quote geführt werden. Es erfolge somit keine Aufteilung der Personen, weshalb auch ein Teilauftrag nicht vorliege. Zur Finanzierung werde das Veranlagungsergebnis der Konsortiumsmitglieder konsolidiert, sodass ein einheitliches Veranlagungsergebnis ausgewiesen werde. Die von den Mitgliedern des Konsortiums einheitlich zu gestaltenden Geschäftspläne der bei den Pensionskassen einzurichtenden VRG, würden sodann der Finanzmarktaufsicht ebenso zur Genehmigung vorzulegen sein, wie die Bilanzen der VRGen.

Die Antragsgegnerin behaupte nicht, dass die Veranlagung durch zwei Pensionskassen zwangsläufig zu einem besseren Veranlagungsergebnis führen müsse, als die Veranlagung durch eine Pensionskasse allein. Sie habe jedoch das legitime Interesse zu Gunsten ihrer Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen die Rahmenbedingungen für die Optimierung der künftigen Veranlagungsstrategie (Erfolg, Sicherheit) nach ihren Möglichkeiten bestmöglich auszugestalten.

Die Antragsgegnerin sei der Ansicht, dass zwei oder mehrere von einander unabhängig agierende Expertenteams für die Veranlagung eine derartige Optimierung darstellen „sodass die dadurch entstehende gegenseitige Kontrolle sowie die konkrete Konkurrenzsituation positive Auswirkungen haben“ werde. Es sei zwar richtig, dass innerhalb einer Pensionskasse in einer VRG die Diversifikation und Risikostreuung durch eine höhere Anzahl an Produkten (Fonds, Titel) bzw. Banken, etc. erreicht werden kann, es bleibe jedoch auch dann immer bei der Steuerungsfunktion durch die alleine agierende Pensionskasse und deren Experten. Wenn die Antragstellerin darauf hinweise, dass nach Wunsch (bzw. auf Verlangen) des Auftraggebers breiter diversifiziert werden könne, so sei dies genau das, was der Auftraggeber nicht zu tun wünsche. Der Auftraggeber sei nicht selbst Experte und möchte auch keine steuernde Rolle bei der Veranlagung einnehmen, sich aber nicht einer Gesellschaft und deren Expertenteam allein anvertrauen, die immer das natürliche Interesse haben werde, ihre Veranlagungsentscheidungen möglichst ohne Mehraufwand zu realisieren und (auch rückwirkend) zu verteidigen. Das Argument der Antragstellerin, dass innerhalb einer Pensionskasse rascher bzw. flexibler Umschichtungen vorgenommen werden könnte, zeige, dass sie die Absichten der Antragsgegnerin missverstanden habe, da es nicht um (womöglich durch den Auftraggeber selbst gesteuerte) Veränderungen der Anlagepolitik gehe, sondern um eine generelle Vielfalt und Risikostreuung durch mehrere unabhängig voneinander agierende Experten. Eine Vorgabe des Veranlagungskonzeptes durch den Auftraggeber werde nicht gewünscht. Die grundsätzliche strategische Ausrichtung erfolge zwar in Übereinstimmung zwischen den einzelnen Pensionskassen und dem Auftraggeber, die konkrete Umsetzung liege aber dann in der (alleinigen) Verantwortung der Pensionskassen. Zur Aufteilungsquote des zu veranlagenden Kapitals werde angemerkt, dass jede Pensionskasse einen eigenen Pensionskassenvertrag abschließe. Beide Pensionskassen würden voneinander unabhängig bleiben. In den Verträgen sei beabsichtigt die für eine gemeinschaftliche Durchführung notwendigen Regelungen, insbesondere mit welcher Quote der Vertrag geteilt ist, vorzugehen, woraus sich ergeben soll welche Pensionskasse Konsortialführer sein soll. Jeder Anwartschaftsberechtigte bzw. Leistungsberechtigte sei „praktisch virtuell geteilt“ und werde entsprechend dem Konsortialverhältnis in jeder Pensionskasse bzw. dort in der betreffenden VRG geführt. Die laufenden Beträge sollen an den Konsortialführer überwiesen und unverzüglich im Innenverhältnis entsprechend der vereinbarten Quote aufgeteilt werden. Die Veranlagung der Beiträge und Guthaben erfolge zunächst grundsätzlich getrennt im Konsortialverhältnis – für die Bilanzierung würden die Ergebnisse dann konsolidiert und ausgehend von diesem einheitlichen Ergebnis erfolge die Zuweisung auf die Konten der Anspruchs- und Leistungsberechtigten im Konsortialverhältnis. Nur die Wahl des „Konsortialmodells“ lasse die Zustimmung der Finanzmarktaufsicht erwarten. Durch die Vorschreibung der Bildung einer Arbeits- oder Bewerber/Bietergemeinschaft werde auch sichergestellt, dass einzig das konsortiale Modell angeboten werde. Gegenständlich sei im Hinblick darauf,

dass seit 23.9.2005 auch Pensionskassen aus den Mitgliedsstaaten anbieten könnten, ein ausreichender Wettbewerb gewährleistet. Die Antragsgegnerin beantragt daher (erstmalig in diesem Schriftsatz) den Antrag der Antragstellerin abzuweisen.

In Ihrer Stellungnahme vom 23.2.2006 dazu hat die Antragstellerin ihren Standpunkt wiederholt und darauf hingewiesen, dass bisher keine einzige Pensionskasse aus einem anderen EU-Mitgliedsstaat bei der hierfür zuständigen Finanzmarktaufsicht registriert worden sei. Es könne daher ausgeschlossen werden, dass sich Pensionskassen aus anderen Mitgliedsstaaten an diesem Vergabeverfahren beteiligen könnten.

In der mündlichen Verhandlung vom 13.3.2006 haben die Beteiligten ihre Standpunkte wiederholt und aufrecht erhalten. Die Antragsgegnerin hat auf Befragung erklärt, dass die Aufteilungsquote vom Auftraggeber festgelegt werden soll. Bei dieser Quote soll es bleiben, stelle sich aber heraus, dass ein Konsortium die Erwartungen hinsichtlich der Veranlagung nicht erfüllt, so könne die Quote vom Auftraggeber in der Folge geändert werden. Die Quote sei Vertragsbestandteil, die Änderung bedeutet damit auch eine Vertragsänderung. Das Änderungsbegehren habe grundsätzlich vom Auftraggeber auszugehen. Eine Änderung der Quoten, nach denen das bisher schwächere Konsortialmitglied die Mehrheit erhält, würde auch zu einer Änderung der Verwaltung führen. Die Verwaltung würde dann an jenen übergehen, der einen Anteil über 50% habe. Der Pensionsvertrag an sich sei in der Regel unbefristet abgeschlossen. Der Vorteil liege für die Antragsgegnerin darin, dass der Beirat (Veranlagungsausschuss) mehr Kontrolle und Einblicke in die Veranlagungsstrategien der Konsortialmitglieder habe. Damit könne auch eine gewisse Steuerung verbunden werden, die zu höheren Erträgen im Ergebnis führen soll. Die Möglichkeit zur Kontrolle der Veranlagungskosten sei bei einem Konsortium für den Auftraggeber größer als bei nur einem einzelnen Auftragnehmer. Beim Konsortium könnten bei Nichteintreten des erwarteten Erfolges die Quoten leichter verschoben werden als bei einem Einzelauftragnehmer, bei dem letztlich nur die Kündigung des Vertrages bliebe. Dazu komme, dass eine Haftung des Konsortialpartners jeweils für die vom anderen übernommene Quote vereinbart werden soll. Bei einem Einzelauftragnehmer müsste der Auftraggeber einen neuen Partner suchen respektive eine neue Ausschreibung vornehmen. Im Veranlagungsausschuss sollen Vertreter der Konsortialkassen und Vertreter des Auftraggebers sitzen. Über die Veranlagungsausschuss würden die Mitglieder des Konsortiums jeweils Einblick in die Veranlagungsstrategien der Partner erhalten.

Die Antragstellerin hat neuerlich darauf hingewiesen, dass ihrer Ansicht nach das Verlangen einer Konsortiallösung vergaberechtswidrig sei. Die Pensionskassen würden den strengen Regelungen des Pensionskassengesetzes unterliegen, die Ausgestaltung eines Pensionskassenvertrages würde dem Auftraggeber ausreichend Möglichkeiten geben, die Veranlagungsstrategie und den Veranlagungserfolg zu beeinflussen. Es bestehe kein Unterschied, ob der Auftragnehmer ein Partner oder ein Konsortium sei. In der Praxis habe sich erwiesen, dass konsortiale Modelle nicht besser veranlagten als Einzelunternehmer. Dies habe auch die Vergangenheit gezeigt. Die Antragstellerin als vollkommen unabhängiges Institut habe in den abgelaufenen Jahren einen wesentlich höheren Erfolg erzielt, als alle anderen teilweise von Muttergesellschaften abhängigen Unternehmen. Von Muttergesellschaften abhängige Unternehmen würden dazu neigen, im Bereich der Muttergesellschaft zu veranlagern und nicht alle möglichen Anlagegelegenheiten auf dem freien Markt auszunützen.

Die beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 25.1.2006 für die Höchstdauer von zwei Monaten erlassen. Dazu wird auf den Inhalt des beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen.

Zusätzlich zu dem eingangs wiedergegebenen als unstrittig anzusehenden Sachverhalt trifft der Vergabekontrollsenat aufgrund des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten und der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die jeweils auch der Gegenseite zugestellt worden sind, sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung nachfolgende weitere entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin als öffentlicher Auftraggeber hat den gegenständlichen Dienstleistungsauftrag zur Vergabe eines Pensionskassenvertrages im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung ordnungsgemäß und europaweit ausgeschrieben. Die Frist für die Abgabe der Teilnahmeanträge war der 30.1.2006, 10.00 Uhr. Leistungsgegenstand ist der Abschluss eines Pensionskassenvertrages („konsortiales Modell“ = gemeinsame Verwaltung eines Pensionskassenmodells durch mindestens zwei Pensionskassen/Einrichtungen gemäß § 5 Z 4 Pensionskassengesetz – PKG im Sinne der „Pensionskassen-Vereinbarung“ (beitragsorientiertes Modell)). Als Tag der Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe bzw. zur Teilnahme an ausgewählte Bewerber ist der 3.3.2006

vorgesehen. Es ist geplant drei „Wirtschaftsteilnehmer“ für den zweiten Abschnitt des Vergabeverfahrens einzuladen. Die Antragsgegnerin als öffentlicher Auftraggeber hat den gegenständlichen Dienstleistungsauftrag zur Vergabe eines Pensionskassenvertrages im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung ordnungsgemäß und europaweit ausgeschrieben. Die Frist für die Abgabe der Teilnahmeanträge war der 30.1.2006, 10.00 Uhr. Leistungsgegenstand ist der Abschluss eines Pensionskassenvertrages („konsortiales Modell“ = gemeinsame Verwaltung eines Pensionskassenmodells durch mindestens zwei Pensionskassen/Einrichtungen gemäß Paragraph 5, Ziffer 4, Pensionskassengesetz – PKG im Sinne der „Pensionskassen-Vereinbarung“ (beitragsorientiertes Modell)). Als Tag der Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe bzw. zur Teilnahme an ausgewählte Bewerber ist der 3.3.2006 vorgesehen. Es ist geplant drei „Wirtschaftsteilnehmer“ für den zweiten Abschnitt des Vergabeverfahrens einzuladen.

Die von der Antragstellerin bekämpften Festlegungen in den Teilnahmebedingungen lauten wie folgt:

Allgemeine Bestimmungen für das Vergabeverfahren

„(9) Für die Umsetzung des ausgeschrieben Pensionskassenmodells werden ausschließlich Arbeits- und Bewerber-/Bietergemeinschaften zugelassen. Bewerber, die nicht beabsichtigten, sich mit (einem) anderen Bewerber(n) zu einer Bewerber- und in später Folge zu einer Bietergemeinschaft zusammenzuschließen, werden ausgeschieden.

Vorzugsweise sollten die Bewerber-/Bietergemeinschaften aus jeweils zwei Mitgliedern bestehen. Bewerber-/Bietergemeinschaften müssen im Teilnahmeantrag einen Bevollmächtigten nennen, der die Mitglieder der Bewerber-/Bietergemeinschaft rechtsverbindlich gegenüber dem Auftraggeber vertritt, und erklären, im Falle eines Auftrages diesen in Form einer ARGE (Gesellschaft bürgerlichen Rechts) durchzuführen.“

In den Allgemeinen Bestimmungen Absatz 20 wird unter der Überschrift „Geforderte Eignungsnachweise“ (persönliche, wirtschaftliche und technische Anforderungen an den Unternehmer) unter anderem verlangt:

„Mindestens drei Nachweise je Mitglied einer Bewerbergemeinschaft betreffend die Qualifikation von Pensionskassenmodellen umsetzenden Mitarbeitern sowie Qualitätsmanagement in den Bereichen Veranlagung; Verwaltung und Service; Mathematik;“.

(15) In den Pensionskassenvertrag aufzunehmende Bestimmungen

1. a) Litera a

Einleitende Begriffsbestimmungen

„Die Pensionskassen, X Pensionskasse, Y Pensionskasse, im folgenden „Pensionskasse“ genannt, sofern im Folgenden nicht ausdrücklich anderes bestimmt ist...“ „Die Pensionskassen, römisch zehn Pensionskasse, Y Pensionskasse, im folgenden „Pensionskasse“ genannt, sofern im Folgenden nicht ausdrücklich anderes bestimmt ist...“

1. b) Litera b

„Konsortiale Durchführung“

Die Anwartschafts- und Leistungsberechtigten und die Hinterbliebenen werden in je

einer Veranlagungs- und Risikogemeinschaft bei der ... Pensionskasse und der ...

Pensionskasse geführt. Das den Anwartschafts-, den Leistungsberechtigten und den

Hinterbliebenen zugeordnete Vermögen ist im Verhältnis aufgeteilt. Jene

Pensionskasse, die die höhere Quote zugeteilt bekommt, wird von der anderen Pensionskasse beauftragt, alle im

Zusammenhang mit der Verwaltung ihrer Quote anfallenden Angelegenheiten der Verwaltung und

Leistungserbringung ebenfalls wahrzunehmen, sodass Verwaltung und Leistungserbringung nur von einer

Pensionskasse im Namen aller Pensionskassen erbracht werden. Die Pensionskasse ist somit Konsortialführer und alleiniger Ansprechpartner bei allen Fragen, die nicht die Veranlagung an sich betreffen.“

1. f) Litera f

ad Kündigung, einvernehmliche Beendigung des Pensionskassenvertrages

„Wird der Pensionskassenvertrag nur im Hinblick auf eine Pensionskasse beendet, so verpflichtet sich die andere Pensionskasse die Quote jener Pensionskasse, mit der der Pensionskassenvertrag beendet wird, zu übernehmen, nachdem die entsprechenden Vermögenswerte der Veranlagungs- und Risikogemeinschaft und die

geschäftspiangemäß zu bildende Auszahlungskostenreserve übertragen worden sind, sofern der Dienstgeber nicht ausdrücklich anderes verlangt.

1. i)Litera i

„Haftung der Pensionskassen; Haftung für Abgabenschuld und Leistungserbringung“

Die Pensionskassen haften solidarisch gegenüber dem Dienstgeber, den Anwartschafts- und Leistungsberechtigten sowie den Hinterbliebenen selbst bzw. für das Fehlverhalten ihrer Organe, Mitarbeiter sowie sonstiger Personen, derer sie sich bei der Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten bedienen, nach den zivilrechtlichen Haftungsbestimmungen, insbesondere auch für leichte Fahrlässigkeit. Jene Pensionskasse, die die höhere Vermögensquote verwaltet, übernimmt auch die Abfuhr sämtlicher mit der Beitragserhebung und Leistungserbringung zusammenhängenden, von den Pensionskassen geschuldeten Abgaben an das zuständige Finanzamt. Gegenüber Dritten übernimmt jede Pensionskasse die Haftung für die Leistungserbringung und die Abgabenschuld im Ausmaß ihrer Quote.

In Teil A Allgemeiner Teil werden die Auswahlkriterien unter Punkt 5 festgelegt. Danach werden die drei bestgereihten Bewerbergemeinschaften nach vier Auswahlkriterien ausgewählt und zwar Kriterium 1 Kennzahlen, Kriterium 2 Referenzen, Kriterium 3 Anzahl und Qualifikation der Mitarbeiter, Qualitätsmanagement sowie Kriterium 4 Performance. Zum Auswahlkriterium 3 (Anzahl und Qualifikation der Mitarbeiter; Qualitätsmanagement) wird auf den Abschnitt B (von der Bewerbergemeinschaft einzureichende Unterlagen) Punkt 4.4 verwiesen. Dieser Punkt lautet wie folgt:

„4.4 Angaben zur Anzahl und Qualifikationen der Mitarbeiter, Qualitätsmanagement

4.4.1 Lebenslauf des von der Bewerbergemeinschaft zu nominierenden Leiters des Projektes „Pensionskasse Gemeinde Wien“ mit Schwerpunkt Erfahrungen bei der Betreuung von Pensionskassenmodellen für Beamte und Vertragsbedienstete

4.4.2 Wie viele Mitarbeiter (mind. 3 je Mitglied der Bewerbergemeinschaft) sind jeweils in den Bereichen Veranlagung, Verwaltung & Service sowie Mathematik beschäftigt und werden unmittelbar für das Projekt „Pensionskasse Gemeinde Wien“ zuständig sein?

(Teilzeitangestellte sind in Vollzeitangestellte umzurechnen; getrennt in Angestellte des Bieters und in Angestellte verbundener Unternehmer)

4.4.3 Es sind Kurzlebensläufe der unter Pkt. 4.4.2 anzugebenden Mitarbeiter betreffend Ausbildung und Erfahrung bei der Betreuung von Pensionskassenmodellen abzugeben.

Die Bewerbergemeinschaft bestätigt, dass die vorgestellten Mitarbeiter tatsächlich mit der Abwicklung der beauftragten Dienstleistung betraut werden und ausgeschiedene Mitarbeiter durch nach Qualifikationen und Ausbildung gleichwertige Mitarbeiter ersetzt werden. (Anlage 8)

4.4.4 Kurze Beschreibung der Maßnahmen der Mitglieder der Bewerbergemeinschaft in Anlage 9 zur Gewährleistung der Qualität der Mitglieder der Bewerbergemeinschaft insbesondere in den Bereichen Veranlagung, Verwaltung & Service, Mathematik, Aus- und Weiterbildung der Mitarbeiter bzw. Nachweis von Bescheinigungen, die von zuständigen amtlichen Qualitätskontrollenrichtungen ausgestellt wurden, mit denen bestätigt wird, dass durch entsprechende Bezugnahme genau gekennzeichnete Dienstleistungen bestimmten Spezifikationen oder Normen (wie z.B. aus der Reihe ÖNORM – EN ISO 9000) entsprechen."

Zur „Performance in offenen VRGen“ enthalten die Teilnahmebedingungen im Abschnitt B folgende Ausführungen:

„4.5 Performance in offenen VRGen

Jährliche Performance aller offenen VRGen (bei Bedarf ist untenstehende Tabelle zu vervielfältigen!)

Jährliche Performance aller offenen VRGen (pro VRG) in den einzelnen Jahren seit Bestehen der jeweiligen offenen VRG (wenn die VRG das gesamte Kalenderjahr bestanden hat), ermittelt nach der OeKB-Methode („Modified Dietz“).

Für jene Jahre für die die Performance nicht nach der OeKB-Methode ermittelt werden kann, sind die Angaben mittels * gekennzeichnet und ist im Anschluss die Methode der Ermittlung zu beschreiben."

Derzeit gibt es in Österreich nach Auskunft der Finanzmarktaufsicht insgesamt sieben überbetriebliche Pensionskassen, darunter die Antragstellerin. Neben diesen überbetrieblichen Pensionskassen sind insgesamt 14

betriebliche Pensionskassen zugelassen. Nur eine einzige ausländische Pensionskasse (aus der EU) ist derzeit in Österreich zugelassen, wobei es sich um eine betriebliche Pensionskasse für einen großen Konzern handelt. Weitere Notifizierungsverfahren anderer ausländischer Pensionskassen sind derzeit bei der Finanzmarktaufsicht nicht anhängig.

Das Ende der Frist zur Einreichung von Teilnahmeanträgen war der 30.1.2006, 10.00 Uhr. Der Nachprüfungsantrag ist am 23.1.2006 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Diese Feststellungen gründen sich auf den als unbedenklich zu wertenden Inhalt der Vergabeakten, dessen Richtigkeit auch nicht angefochten wurde, sowie das Vorbringen der am Verfahren Beteiligten, den von ihnen vorgelegten Urkunden sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung. Die Feststellung über die Anzahl der von der Finanzmarktaufsicht genehmigten Pensionskassen gründet sich auf die Auskunft dieser Behörde. Da es sich im wesentlichen um die Lösung von Rechtsfragen handelt, hat sich ein weiteres Beweisverfahren erübrigt.

Dieser Sachverhalt ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 7 Abs. 1 BVergG 2002. Die gegenständlichen Leistungen wurden als Dienstleistungsauftrag ordnungsgemäß bekannt gemacht und ausgeschrieben. Mit den gegenständlichen Verhandlungsverfahren soll ein Pensionskassenvertrag zugunsten der Bediensteten der Gemeinde Wien vergeben werden. Es handelt sich um einen Auftrag im Oberschwellenbereich, für die zweite Runde sollen drei Bewerber ausgewählt werden, wobei von der Antragsgegnerin nur Bietergemeinschaften zugelassen sind. Die formalen Voraussetzungen sowie die Antragslegitimation der Antragstellerin wurden bereits bei Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung geprüft und als gegeben angenommen. Um Wiederholungen zu vermeiden genügt es daher, auf den Inhalt dieses Bescheides vom 25.1.2006 zu verweisen. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 7, Absatz eins, BVergG 2002. Die gegenständlichen Leistungen wurden als Dienstleistungsauftrag ordnungsgemäß bekannt gemacht und ausgeschrieben. Mit den gegenständlichen Verhandlungsverfahren soll ein Pensionskassenvertrag zugunsten der Bediensteten der Gemeinde Wien vergeben werden. Es handelt sich um einen Auftrag im Oberschwellenbereich, für die zweite Runde sollen drei Bewerber ausgewählt werden, wobei von der Antragsgegnerin nur Bietergemeinschaften zugelassen sind. Die formalen Voraussetzungen sowie die Antragslegitimation der Antragstellerin wurden bereits bei Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung geprüft und als gegeben angenommen. Um Wiederholungen zu vermeiden genügt es daher, auf den Inhalt dieses Bescheides vom 25.1.2006 zu verweisen.

Ausgehend von diesem Sachverhalt hat der Vergabekontrollsenat zu den einzelnen Anfechtungspunkten erwogen:

Der Antrag der sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 20 Z 13 lit. a sublit. dd BVergG 2002 richtet ist zulässig, im Ergebnis jedoch nur teilweise berechtigt. Der Antrag der sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2002 richtet ist zulässig, im Ergebnis jedoch nur teilweise berechtigt.

Zur Anfechtung der Festlegung der Antragsgegnerin, dass zum Verhandlungsverfahren ausschließlich Arbeits- und Bewerber/Bietergemeinschaften zugelassen werden und Bewerber, die nicht beabsichtigen in dieser Form einen Teilnahmeantrag abzugeben ausgeschieden werden (konsortiales Modell):

Ob die Bestimmungen des Pensionskassengesetzes (insbesondere dessen §§15 und 41) der Übernahme von Pensionskassengeschäften durch ein Konsortium zweier Pensionskassen in Form von Parallelverträgen entgegenstehen, ist dem Pensionskassengesetz selbst nicht eindeutig zu entnehmen. Soweit für den Vergabekontrollsenat überblickbar bestehen innerstaatlich bereits derartige Pensionskassenmodelle, wobei die beteiligten Pensionskassen parallele Verträge abgeschlossen und bestimmte Quoten des Gesamtvolumens übernommen haben. Derartige Verträge sind – wie auch Verträge mit Einzelkassen – dem Bundesministerium für Finanzen als Aufsichtsbehörde zu melden, wobei die Finanzmarktaufsicht derartige Konstruktionen bisher nicht beanstandet hat. Entspricht ein Pensionskassenvertrag nicht den Vorschriften des Gesetzes, hat der Bundesminister für Finanzen gemäß § 15 Abs. 4 PKG die Pensionskasse mit der Verbesserung ihres Vertrages zu beauftragen. Eine Nichterledigung dieses Auftrages führt zur Nichtigkeit des Pensionskassenvertrages. Überdies führt die Verletzung von Bestimmungen des Pensionskassengesetzes zu einem Einschreiten der Aufsichtsbehörde nach § 33 Abs. 6 PKG. (vgl. OGH 4Ob19/00y). Nach Auskunft der Finanzmarktaufsicht ist ein konsortiales Modell durchaus zulässig und kommt in der Praxis auch vor, allerdings nur so lange, als jede Kasse auch nur für ihren Anteil haftet. Ob diese Voraussetzungen

letztlich bei dem von der Antragsgegnerin gewünschten Modell gegeben sind, die von ihr gewünschte Bildung einer Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft nach den Bestimmungen des PKG zulässig ist, ist letztlich nicht vom Vergabekontrollsenat sondern von der dafür zuständigen Finanzmarktaufsicht zu prüfen. Für das Vergabeverfahren entscheidend ist die Frage, ob das Verlangen nach Bildung einer Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft obligatorisch vorgeschrieben werden darf. Ob die Bestimmungen des Pensionskassengesetzes (insbesondere dessen §§15 und 41) der Übernahme von Pensionskassengeschäften durch ein Konsortium zweier Pensionskassen in Form von Parallelverträgen entgegenstehen, ist dem Pensionskassengesetz selbst nicht eindeutig zu entnehmen. Soweit für den Vergabekontrollsenat überblickbar bestehen innerstaatlich bereits derartige Pensionskassenmodelle, wobei die beteiligten Pensionskassen parallele Verträge abgeschlossen und bestimmte Quoten des Gesamtvolumens übernommen haben. Derartige Verträge sind – wie auch Verträge mit Einzelkassen – dem Bundesministerium für Finanzen als Aufsichtsbehörde zu melden, wobei die Finanzmarktaufsicht derartige Konstruktionen bisher nicht beanstandet hat. Entspricht ein Pensionskassenvertrag nicht den Vorschriften des Gesetzes, hat der Bundesminister für Finanzen gemäß Paragraph 15, Absatz 4, PKG die Pensionskasse mit der Verbesserung ihres Vertrages zu beauftragen. Eine Nichterledigung dieses Auftrages führt zur Nichtigkeit des Pensionskassenvertrages. Überdies führt die Verletzung von Bestimmungen des Pensionskassengesetzes zu einem Einschreiten der Aufsichtsbehörde nach Paragraph 33, Absatz 6, PKG. vergleiche OGH 4Ob19/00y). Nach Auskunft der Finanzmarktaufsicht ist ein konsortiales Modell durchaus zulässig und komme in der Praxis auch vor, allerdings nur so lange, als jede Kasse auch nur für ihren Anteil haftet. Ob diese Voraussetzungen letztlich bei dem von der Antragsgegnerin gewünschten Modell gegeben sind, die von ihr gewünschte Bildung einer Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft nach den Bestimmungen des PKG zulässig ist, ist letztlich nicht vom Vergabekontrollsenat sondern von der dafür zuständigen Finanzmarktaufsicht zu prüfen. Für das Vergabeverfahren entscheidend ist die Frage, ob das Verlangen nach Bildung einer Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft obligatorisch vorgeschrieben werden darf.

Nach den fundamentalen Grundsätzen des § 21 Abs. 1 BVergG 2002 sind Aufträge nach diesem Bundesgesetz „unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs unter Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter ... zu vergeben.“ Zu diesen fundamentalen Grundsätzen zählt auch das Prinzip des freien und lauten Wettbewerbs. Dem Wettbewerbsprinzip kommt unter den Vergaberechtsgrundsätzen eine zentrale Stellung zu (vgl. VfGH 20.6.2001, B1560/00). So wird die Aufgabe von Vergaberegulungen für öffentliche Auftraggeber darin gesehen, für einen von Wettbewerbsverzerrungen möglichst freien, organisierten Parallelwettbewerb der Bieter zu sorgen, was letztlich auch dem Ausfluss des verfassungsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebotes entspricht (vgl. Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2002 RZ43 zu § 21 und die dort zitierten Belegstellen). Nach den fundamentalen Grundsätzen des Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 sind Aufträge nach diesem Bundesgesetz „unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs unter Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter ... zu vergeben.“ Zu diesen fundamentalen Grundsätzen zählt auch das Prinzip des freien und lauten Wettbewerbs. Dem Wettbewerbsprinzip kommt unter den Vergaberechtsgrundsätzen eine zentrale Stellung zu vergleiche VfGH 20.6.2001, B1560/00). So wird die Aufgabe von Vergaberegulungen für öffentliche Auftraggeber darin gesehen, für einen von Wettbewerbsverzerrungen möglichst freien, organisierten Parallelwettbewerb der Bieter zu sorgen, was letztlich auch dem Ausfluss des verfassungsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebotes entspricht vergleiche Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2002 RZ43 zu Paragraph 21 und die dort zitierten Belegstellen).

Nach § 20 Z 3 BVergG 2002 ist die Arbeitsgemeinschaft ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer, die sich unbeschadet der sonstigen Bestimmungen des zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnisses dem Auftraggeber gegenüber solidarisch zur vertragsgemäßen Erbringung einer Leistung auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen verpflichten. Nach Paragraph 20, Ziffer 3, BVergG 2002 ist die Arbeitsgemeinschaft ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer, die sich unbeschadet der sonstigen Bestimmungen des zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnisses dem Auftraggeber gegenüber solidarisch zur vertragsgemäßen Erbringung einer Leistung auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen verpflichten.

In Z 11 leg.cit. wird die Bietergemeinschaft als Zusammenschluss mehrerer Unternehmer zum Zweck des Einreichens eines gemeinsamen Angebotes definiert. In Ziffer 11, leg.cit. wird die Bietergemeinschaft als Zusammenschluss mehrerer Unternehmer zum Zweck des Einreichens eines gemeinsamen Angebotes definiert.

§ 30 Abs. 2 BVergG 2002 räumt Unternehmen ein subjektives Recht darauf ein, sich für die Einreichung eines Angebotes oder eines Teilnahmeantrages zu einer ARGE oder Bietergemeinschaft zusammenzuschließen. Das Recht auf einen derartigen Zusammenschluss entspricht dem Grundsatz des freien Wettbewerbs gemäß § 21 Abs. 1 BVergG 2002, welcher einen ungehinderten und keinen Zugangs- oder Ausübungsbeschränkungen unterliegenden Wettbewerb garantiert. So wurde in Lehre und Judikatur einhellig die Ansicht vertreten, dass die Bildung einer ARGE oder BIEGE nicht ausgeschlossen werden darf, was auch für die Beschränkung der Anzahl der Teilnehmer an einen derartigen Zusammenschluss gilt. Eine solche Einschränkung würde gegen das Recht der Unternehmer auf Bildung einer ARGE bzw. BIEGE und auf die Berufung auf die Leistungsfähigkeit Dritter sowie den Grundsatz des freien Wettbewerbes verstoßen (vgl. Schramm/Aicher/Fruhamann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 RZ12f zu § 30). Paragraph 30, Absatz 2, BVergG 2002 räumt Unternehmen ein subjektives Recht darauf ein, sich für die Einreichung eines Angebotes oder eines Teilnahmeantrages zu einer ARGE oder Bietergemeinschaft zusammenzuschließen. Das Recht auf einen derartigen Zusammenschluss entspricht dem Grundsatz des freien Wettbewerbs gemäß Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002, welcher einen ungehinderten und keinen Zugangs- oder Ausübungsbeschränkungen unterliegenden Wettbewerb garantiert. So wurde in Lehre und Judikatur einhellig die Ansicht vertreten, dass die Bildung einer ARGE oder BIEGE nicht ausgeschlossen werden darf, was auch für die Beschränkung der Anzahl der Teilnehmer an einen derartigen Zusammenschluss gilt. Eine solche Einschränkung würde gegen das Recht der Unternehmer auf Bildung einer ARGE bzw. BIEGE und auf die Berufung auf die Leistungsfähigkeit Dritter sowie den Grundsatz des freien Wettbewerbes verstoßen vergleiche Schramm/Aicher/Fruhamann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 RZ12f zu Paragraph 30,).

Soweit für den Vergabekontrollsenat überblickbar sind Entscheidungen, die sich mit dem Problem der Festlegung des Auftraggebers auf Bildung einer Bieter bzw. Arbeitsgemeinschaft befassen, nicht bekannt. Hingegen wurde die Frage der Zulässigkeit einer Beschränkung der Zahl der Mitglieder einer Bietergemeinschaft durch den Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen bereits mehrfach behandelt. Weder die EG-Vergaberichtlinien noch das BVergG 2002 enthält Regelungen, ob eine solche Beschränkung zulässig ist oder nicht. Aus jenen Entscheidungen, die sich mit der Zulässigkeit der Beschränkung der Zahl der Mitglieder einer Bietergemeinschaft befassen, kann jedoch durchgehend die zentrale Bedeutung der Gewährleistung eines freien und unbehinderten Wettbewerbs abgeleitet werden. In diesem Sinne können sie zur Lösung der vorliegenden Fragen herangezogen werden.

Gerade weil die EG-Vergaberichtlinien nicht ausdrücklich regeln, dass ein Auftraggeber die Mitgliederzahl einer Bietergemeinschaft beschränken darf, ist eine vom Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte Beschränkung unzulässig. Der Gemeinschafts-Gesetzgeber hat nämlich in Artikel 26 Abs. 2 Dienstleistungs-RL vorgegeben, dass Bietergemeinschaften Angebote einreichen können, ohne diese Möglichkeit in irgendeiner Weise zu beschränken. Folglich sind die Unternehmer grundsätzlich auch bei der Entscheidung frei, ob und gegebenenfalls in welcher Zahl sie sich zu einer Bietergemeinschaft zusammenschließen. Da der österreichische Gesetzgeber eine Beschränkung ebenso nicht geregelt und damit einen allenfalls bestehenden Umsetzungsspielraum der Richtlinien nicht genützt hat, muss dieses Auslegungsergebnis auch für den Geltungsbereich des BVergG gelten. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Beschränkung der Mitgliederzahl einer Bietergemeinschaft im Ausnahmefall gerade zur Wahrung der Vergaberechtsgrundsätze dennoch zulässig und unter Umständen sogar geboten sein kann: Der Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbs wird durch den Zusammenschluss von Unternehmen zu einer Bietergemeinschaft insbesondere dann verletzt, wenn dadurch der vergaberechtliche Wettbewerb bewusst oder auch bloß tatsächlich beeinträchtigt wird. Dies gilt insbesondere für horizontal gebildete Arbeitsgemeinschaften (Zusammenschluss von Unternehmen gleicher Fachrichtung), die als Submissionskartelle zu dem Zweck errichtet werden, den Wettbewerb zu beeinträchtigen oder gar auszuschalten. Darüber hinaus soll eine Beschränkung der Mitglieder einer Bietergemeinschaft nur dann zulässig sein, wenn bereits von vornherein feststeht, dass der Wettbewerb durch eine geringe Anzahl geeigneter Unternehmen beschränkt ist. In einem solchen Fall wird es zulässig sein, dass der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen die Zahl der Mitglieder einer Bietergemeinschaft angemessen beschränkt, um damit einen ausreichenden Wettbewerb zu gewährleisten (vgl. Haid/Preslmayr, Vergabericht², Seite 333 f und die dort zitierten Belegstellen). Aus diesen Ausführungen, die vom Vergabekontrollsenat uneingeschränkt geteilt werden, lässt sich zwingend ableiten, dass Festlegungen, die einen Einfluss auf den Bieterkreis haben können, dem fundamentalen Grundsatz des Vergaberechtes nach Gewährleistung eines freien und unbehinderten Wettbewerbers widersprechen, sofern sie sachlich im Einzelfall nicht gerechtfertigt werden können. Gerade weil die EG-Vergaberichtlinien nicht ausdrücklich regeln, dass ein Auftraggeber die Mitgliederzahl einer

Bietergemeinschaft beschränken darf, ist eine vom Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte Beschränkung unzulässig. Der Gemeinschafts-Gesetzgeber hat nämlich in Artikel 26 Absatz 2, Dienstleistung-RL vorgegeben, dass Bietergemeinschaften Angebote einreichen können, ohne diese Möglichkeit in irgendeiner Weise zu beschränken. Folglich sind die Unternehmer grundsätzlich auch bei der Entscheidung frei, ob und gegebenenfalls in welcher Zahl sie sich zu einer Bietergemeinschaft zusammenschließen. Da der österreichische Gesetzgeber eine Beschränkung ebenso nicht geregelt und damit einen allenfalls bestehenden Umsetzungsspielraum der Richtlinien nicht genützt hat, muss dieses Auslegungsergebnis auch für den Geltungsbereich des BVergG gelten. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Beschränkung der Mitgliederzahl einer Bietergemeinschaft im Ausnahmefall gerade zur Wahrung der Vergaberechtsgrundsätze dennoch zulässig und unter Umständen sogar geboten sein kann: Der Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbs wird durch den Zusammenschluss von Unternehmern zu einer Bietergemeinschaft insbesondere dann verletzt, wenn dadurch der vergaberechtliche Wettbewerb bewusst oder auch bloß tatsächlich beeinträchtigt wird. Dies gilt insbesondere für horizontal gebildete Arbeitsgemeinschaften (Zusammenschluss von Unternehmen gleicher Fachrichtung), die als Submissionskartelle zu dem Zweck errichtet werden, den Wettbewerb zu beeinträchtigen oder gar auszuschalten. Darüber hinaus soll eine Beschränkung der Mitglieder einer Bietergemeinschaft nur dann zulässig sein, wenn bereits von vornherein feststeht, dass der Wettbewerb durch eine geringe Anzahl geeigneter Unternehmen beschränkt ist. In einem solchen Fall wird es zulässig sein, dass der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen die Zahl der Mitglieder einer Bietergemeinschaft angemessen beschränkt, um damit einen ausreichenden Wettbewerb zu gewährleisten (vergleiche Haid/Preslmayr, Vergabericht², Seite 333 f und die dort zitierten Belegstellen). Aus diesen Ausführungen, die vom Vergabekontrollsenat uneingeschränkt geteilt werden, lässt sich zwingend ableiten, dass Festlegungen, die einen Einfluss auf den Bieterkreis haben können, dem fundamentalen Grundsatz des Vergaberechtes nach Gewährleistung eines freien und unbehinderten Wettbewerbers widersprechen, sofern sie sachlich im Einzelfall nicht gerechtfertigt werden können.

Dieses Prinzip des freien und lautereren Wettbewerbes ist nach Ansicht des Vergabekontrollsenates durch die von der Antragsgegnerin gewählte Festlegung auf ein „konsortiales Modell“ verletzt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass derzeit österreichweit nur sieben überbetriebliche Pensionskassen vorhanden sind. Wenn auch in diesem Zusammenhang die Antragsgegnerin darauf verweist, dass auch ausländische Pensionskassen die Möglichkeit hätten sich um die gegenständlich ausgeschriebene Leistung zu bewerben, trifft dies nur bedingt zu. Nach Auskunft der Finanzmarktaufsicht verfügt derzeit nur ein einziges ausländisches Unternehmen über die Anerkennung zur Erbringung von Pensionskassenleistungen im Sinne des PKG, wobei dieses Unternehmen als betriebliche Pensionskasse für einen Konzern tätig ist. Notifizierungsverfahren zugunsten anderer ausländischer Pensionskassen sind derzeit bei der Finanzmarktaufsicht nicht anhängig. Dies bedeutet, dass als Unternehmen, die sich für den gegenständlichen Auftrag bewerben könnten, insgesamt nur sieben überbetriebliche Pensionskassen in Frage kommen. Wenn nun die Antragsgegnerin in ihren Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich fordert, dass für die Umsetzung des ausgeschriebenen Pensionskassenmodells ausschließlich Arbeits- und Bewerber/Bietergemeinschaften zugelassen werden und Bewerber „die nicht beabsichtigen sich mit (einem) anderen Bewerber(n) zu einer Bewerber- und in späterer Folge zu einer Bietergemeinschaft zusammenzuschließen“, ausgeschieden werden, bedeutet dies im Ergebnis, dass höchstens drei derartige Arbeits- / Bewerber- oder Bietergemeinschaften in Frage kommen. Durch diese Vorgabe der Antragsgegnerin wird die Anzahl der am Markt befindlichen Bieter um zumindest die Hälfte der möglicherweise für die Auftragserteilung in Frage kommenden Interessenten und damit aber ein freier und unbehinderter Wettbewerb zwischen den Bietern eingeschränkt. Durch den von der Antragsgegnerin verlangten Zusammenschluss von Unternehmungen zu einer Bietergemeinschaft wird geradezu gezwungener Maßen ein Zustand herbeigeführt der im Ergebnis dem Tatbestand des § 98 Z 9 BVergG 2002 nahe kommt und zum Ausscheiden eines Angebotes führen müsste, wenn Bieter mit anderen Unternehmen für den Auftraggeber nachteilige oder gegen die Grundsätze des Wettbewerbes verstoßende Abreden getroffen haben. Dieses Prinzip des freien und lautereren Wettbewerbes ist nach Ansicht des Vergabekontrollsenates durch die von der Antragsgegnerin gewählte Festlegung auf ein „konsortiales Modell“ verletzt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass derzeit österreichweit nur sieben überbetriebliche Pensionskassen vorhanden sind. Wenn auch in diesem Zusammenhang die Antragsgegnerin darauf verweist, dass auch ausländische Pensionskassen die Möglichkeit hätten sich um die gegenständlich ausgeschriebene Leistung zu bewerben, trifft dies nur bedingt zu. Nach Auskunft der Finanzmarktaufsicht verfügt derzeit nur ein einziges ausländisches Unternehmen über die Anerkennung zur Erbringung von Pensionskassenleistungen im Sinne des PKG, wobei dieses Unternehmen als betriebliche

Pensionskasse für einen Konzern tätig ist. Notifizierungsverfahren zugunsten anderer ausländischer Pensionskassen sind derzeit bei der Finanzmarktaufsicht nicht anhängig. Dies bedeutet, dass als Unternehmen, die sich für den gegenständlichen Auftrag bewerben könnten, insgesamt nur sieben überbetriebliche Pensionskassen in Frage kommen. Wenn nun die Antragsgegnerin in ihren Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich fordert, dass für die Umsetzung des ausgeschriebenen Pensionskassenmodells ausschließlich Arbeits- und Bewerber/Bietergemeinschaften zugelassen werden und Bewerber „die nicht beabsichtigen sich mit (einem) anderen Bewerber(n) zu einer Bewerber- und in späterer Folge zu einer Bietergemeinschaft zusammenzuschließen“, ausgeschieden werden, bedeutet dies im Ergebnis, dass höchstens drei derartige Arbeits- / Bewerber- oder Bietergemeinschaften in Frage kommen. Durch diese Vorgabe der Antragsgegnerin wird die Anzahl der am Markt befindlichen Bieter um zumindest die Hälfte der möglicherweise für die Auftragserteilung in Frage kommenden Interessenten und damit aber ein freier und unbehinderter Wettbewerb zwischen den Bietern eingeschränkt. Durch den von der Antragsgegnerin verlangten Zusammenschluss von Unternehmungen zu einer Bietergemeinschaft wird geradezu gezwungener Maßen ein Zustand herbeigeführt der im Ergebnis dem Tatbestand des Paragraph 98, Ziffer 9, BVergG 2002 nahe kommt und zum Ausscheiden eines Angebotes führen müsste, wenn Bieter mit anderen Unternehmen für den Auftraggeber nachteilige oder gegen die Grundsätze des Wettbewerbes verstoßende Abreden getroffen haben.

Die von der Antragsgegnerin für die von ihr gewählte Festlegung des „konsortialen Modells“ angeführten Gründe vermögen nicht zu überzeugen. Soweit die Antragsgegnerin auf die mit der Bildung einer Arbeitsgemeinschaft verbundene Solidarhaftung abstellt, die Risikostreuung als Vorteil bezeichnet und letztlich mit dem Argument des Wettbewerbes zwischen den Mitgliedern der Arbeitsgemeinschaft argumentiert, handelt es sich dabei um Aspekte, die unter der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Auftragnehmers zu beurteilen wären. Zunächst ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass eine Pensionskasse ohne dies den strengen Kontrollregeln der Finanzmarktaufsicht im Sinne des Pensionskassengesetzes unterliegt.

Soweit die Antragsgegnerin ausführt, für sie wäre von Bedeutung, dass zwischen den Mitgliedern der Arbeitsgemeinschaft bei Durchführung des Pensionskassenvertrages ein „Wettbewerb“ hergestellt wird, mag dies zwar verständlich sein, ist jedoch vergaberechtlich ohne Bedeutung, weil nach den Bestimmungen des Vergaberechtes der Wettbewerb vor Auftragserteilung gewährleistet sein muss. Den Wünschen der Auftraggeberin könnte allenfalls im Rahmen von Auswahlkriterien entsprochen werden, in dem etwa Zusatzpunkte für Risikostreuung durch getrennte Veranlagung vergeben werden. Wenn in diesem Zusammenhang die Antragsgegnerin damit argumentiert, dass sie bei einem „konsortialen Modell“ die Möglichkeit hätte eine breitere Meinung zu Anlagestrategien und Entscheidungen und dadurch eine bessere Kontrolle über die Veranlagung zu erhalten (Schriftsatz 27.1.2006), bzw. dass damit eine größere Möglichkeit der Einflussnahme auf die konkrete Veranlagungsstrategie, was letztlich zu einer Verschiebung der Quoten im Konsortium führen könnte, gegeben sein soll, steht dies im Widerspruch zu ihrer Erklärung in der mündlichen Verhandlung, dass sie als Auftraggeber die Möglichkeit der Einflussnahme auf konkrete Veranlagungsstrategien gar nicht wahrnehmen wolle (Seite 7 der Verhandlungsschrift vom 13.3.2006).

Zusammenfassend gelangt daher der Vergabekontrollsenat zur Ansicht, dass Auftraggeber Bieter bzw. Arbeitsgemeinschaften grundsätzlich nicht ausschließen darf. Ebenso wenig darf der Auftraggeber aber auch Einzelunternehmen ausschließen, wenn sie nicht bereit sind, sich zu einer wie immer gearteten Form eines Zusammenschlusses zu verpflichten. Nur dann, wenn die Gewährleistung eines echten Wettbewerbes im Hinblick auf die Marktsituation ausgeschlossen ist, also ein Grundprinzip des Vergaberechtes nicht mehr gewährleistet ist, kann der Auftraggeber Beschränkungen in der Anzahl der Mitglieder einer Bewerber/Arbeitsgemeinschaft verlangen (vgl. BVA 29.3.2004, 15N-06/04-29). Die von der Antragsgegnerin vorgesehene Beschränkung auf eine nach dem Bundesvergabegesetz 2002 an sich zwar zulässige Bewerbungsform führt in ihrem Ergebnis vorliegend geradezu zu einer den tragenden Grundsätzen des Vergaberechtes widersprechenden Einschränkung des freien und unbehinderten Wettbewerbs. In diesem Sinne erweist sich die Anfechtung der mehrfach genannten Festlegung in den Teilnahmebedingungen als im Ergebnis vergaberechtswidrig, weshalb diesbezüglich dem Anfechtungsantrag stattzugeben war. Zusammenfassend gelangt daher der Vergabekontrollsenat zur Ansicht, dass Auftraggeber Bieter bzw. Arbeitsgemeinschaften grundsätzlich nicht ausschließen darf. Ebenso wenig darf der Auftraggeber aber auch Einzelunternehmen ausschließen, wenn sie nicht bereit sind, sich zu einer wie immer gearteten Form eines Zusammenschlusses zu verpflichten. Nur dann, wenn die Gewährleistung eines echten Wettbewerbes im Hinblick auf

die Marktsituation ausgeschlossen ist, also ein Grundprinzip des Vergaberechtes nicht mehr gewährleistet ist, kann der Auftraggeber Beschränkungen in der Anzahl der Mitglieder einer Bewerber/Arbeitsgemeinschaft verlangen (vergleiche BVA 29.3.2004, 15N-06/04-29). Die von der Antragsgegnerin vorgesehene Beschränkung auf eine nach dem Bundesvergabegesetz 2002 an sich zwar zulässige Bewerbungsform führt in ihrem Ergebnis vorliegend geradezu zu einer den tragenden Grundsätzen des Vergaberechtes widersprechenden Einschränkung des freien und unbehinderten Wettbewerbs. In diesem Sinne erweist sich die Anfechtung der mehrfach genannten Festlegung in den Teilnahmebedingungen als im Ergebnis vergaberechtswidrig, weshalb diesbezüglich dem Anfechtungsantrag stattzugeben war.

Hingegen erweist sich die Anfechtung der weiteren Festlegungen als nicht berechtigt.

Zum bemängelten Auswahlkriterium der Mitarbeiterzahl übersieht die Antragstellerin zunächst, dass nach den „Allgemeinen Bestimmungen für das Vergabeverfahren“ Punkt 10 Subunternehmerleistungen zulässig sind. Auch die Bestimmungen des Punktes 4.4 im Teil B schließen einen derartigen Rückgriff auf sonstige dem Unternehmen zur Verfügung stehende personelle Ressourcen nicht aus. Dazu kommt die Erklärung der Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 27.1.2006, wonach eine Pensionskasse „ihre Eignung anders nachweisen kann, z.B. durch verbundene Unternehmungen“, was ebenfalls bei den Auswahlkriterien zu berücksichtigen wäre. Bei dem für die Beurteilung des Auswahlkriteriums anzugebenden Mitarbeitern handle es sich um jene für das Projekt „Pensionskasse Gemeinde Wien“ vorgesehenen Mitarbeiter. Diese Mitarbeiter müssten nicht zwangsweise in der Pensionskasse beschäftigt sein. Die Berücksichtigung der einen Bewerber sonst zur Verfügung stehender personellen Ressourcen ist somit gewährleistet.

Ebenso unbegründet erweist sich die Bekämpfung des „Auswahlkriteriums Performance“ durch die Antragstellerin. Sie führt dazu aus, die Festlegung nur auf offenen VRGen sei unsachlich, weil für die Leistungsfähigkeit einer Pensionskasse auch die Performance von nicht offenen VRGen zu berücksichtigen wären. Dazu hat die Antragsgegnerin ausgeführt, die Performance einer geschlossenen VRG sei weniger als Beurteilungskriterium für das Veranlagungsgeschick einer Pensionskasse geeignet, weil derartige VRGen häufig einem maßgeblichen Einfluss eines jeweiligen Kunden auf die Veranlagungsstrategie unterliegen und überdies ihre Performancedaten nicht vollständig vorliegen würden. Dieser Umstand wurde vom Geschäftsführer der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung im wesentlichen bestätigt (Seite 8 der Verhandlungsschrift vom 13.3.2006). Der Vergabekontrollsenat hält diese Ausführungen der Antragsgegnerin für schlüssig und nachvollziehbar und durch die Sachlage gerechtfertigt. Ein Verstoß gegen vergaberechtliche Grundsätze kann darin nicht erblickt werden. Es konnte daher der Anfechtung auch in diesem Punkte nicht stattgegeben werden.

Die Antragstellerin hat primär die Nichterklärung der Teilnahmebedingungen begehrt. Dieser Antrag war aus nachstehenden Gründen abzuweisen.

Nach § 26 Abs. 2 WVRG kommt als Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen insbesondere auch die Streichung einzelner vom Unternehmer diskriminierenden Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens in Betracht. Aus dem Wort „insbesondere“ folgt, dass es sich bei der Möglichkeit der Streichung um eine beispielhafte Aufzählung handelt. Auch andere Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen oder anderen Dokumenten des Vergabeverfahrens können nachgeprüft und gegebenenfalls für nichtig erklärt werden. Nach Paragraph 26, Absatz 2, WVRG kommt als Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen insbesondere auch die Streichung einzelner vom Unternehmer diskriminierenden Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens in Betracht. Aus dem Wort „insbesondere“ folgt, dass es sich bei der Möglichkeit der Streichung um eine beispielhafte Aufzählung handelt. Auch andere Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen oder anderen Dokumenten des Vergabeverfahrens können nachgeprüft und gegebenenfalls für nichtig erklärt werden.

Die Grenze muss dort liegen, wo die Streichung einzelner Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen oder in anderen Dokumenten des Vergabeverfahrens zu einer anderen, vom Auftraggeber in dieser Form nicht gewollten Ausschreibung führt. Wird dies erforderlich, kann sie zwar vorgenommen werden, der Auftraggeber hat in weiterer Folge jedoch die Möglichkeit die Ausschreibung zu widerrufen (vgl. zu ähnlich gelagerten Bestimmung des § 174 BVergG 2002, Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 RZ 52 f zu § 174). Der Vergabekontrollsenat ist der Ansicht, dass eine Nichtigerklärung der gesamten Teilnahmebedingungen nicht angezeigt

ist, sondern es ausreicht, die von der Antragstellerin primär bekämpfte Festlegung, dass ausschließlich Arbeits- und Bewerber/Bieter-gemeinschaften zugelassen werden sowie die damit im Zusammenhang stehenden Bestimmungen zu streichen. In diesem Umfang war daher dem Eventualbegehren stattzugeben. Die Grenze muss dort liegen, wo die Streichung einzelner Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen oder in anderen Dokumenten des Vergabeverfahrens zu einer anderen, vom Auftraggeber in dieser Form nicht gewollten Ausschreibung führt. Wird dies erforderlich, kann sie zwar vorgenommen werden, der Auftraggeber hat in weiterer Folge jedoch die Möglichkeit die Ausschreibung zu widerrufen vergleiche zu ähnlich gelagerten Bestimmung des Paragraph 174, BVergG 2002, Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 RZ 52 f zu Paragraph 174,). Der Vergabekontrollsenat ist der Ansicht, dass eine Nichtigerklärung der gesamten Teilnahmebedingungen nicht angezeigt ist, sondern es ausreicht, die von der Antragstellerin primär bekämpfte Festlegung, dass ausschließlich Arbeits- und Bewerber/Bieter-gemeinschaften zugelassen werden sowie die damit im Zusammenhang stehenden Bestimmungen zu streichen. In diesem Umfang war daher dem Eventualbegehren stattzugeben.

Hingegen erweisen sich die weiters angefochtenen Punkte 5 im Teil A Allgemeiner Teil und Punkt 4.4 und 4.5 im Teil B als vergaberechtlich unbedenklich, weshalb dem Eventualbegehren in diesem Umfang als unbegründet nicht stattzugeben war (Spruchpunkt 2).

Der Kostenausspruch gründet sich auf § 74 AVG in Verbindung mit § 30 Abs. 5 WVRG. Der Kostenausspruch gründet sich auf Paragraph 74, AVG in Verbindung mit Paragraph 30, Absatz 5, WVRG.

Schlagworte

Anfechtung einer Ausschreibung; teilweise Nichtigerklärung; Festlegung, dass nur Bietergemeinschaften aus mindestens 2 Mitgliedern zum Vergabeverfahren zugelassen werden, verstößt gegen den Wettbewerb und ist diskriminierend.

Dokumentnummer

VERGT_20060313_248_06_00

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at