

# TE Bvwg Erkenntnis 2019/8/29 W134 2196556-4

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.08.2019

## Entscheidungsdatum

29.08.2019

## Norm

BVergG 2006 §13 Abs1  
BVergG 2006 §131 Abs1  
BVergG 2006 §2 Z16 lit a  
BVergG 2006 §3 Abs1 Z2  
BVergG 2018 §342  
B-VG Art. 133 Abs4  
VwGVG §24 Abs1  
VwGVG §28 Abs1  
VwGVG §28 Abs2

## Spruch

W134 2196556-4/11E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Wolfgang Pointner als fachkundiger Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Dr. Hagen Pleile als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "Betriebliche Mitarbeitervorsorge ORF" des Auftraggebers Österreichischer Rundfunk, Würzburggasse 30, 1136 Wien, vertreten durch RA MMag. Dr. Claus Casati, Mariahilfer Straße 1b/17, 1060 Wien, aufgrund des Antrages der XXXX, vertreten durch die Heid Schiefer Rechtsanwälte OG, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, 1030 Wien, vom 25.05.2018 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 25.07.2019 zu Recht erkannt:

A)

Der Antrag "das BVwG möge im Vergabeverfahren "Betriebliche Mitarbeitervorsorge ORF" des Österreichischen Rundfunks die Zuschlagsentscheidung gemäß § 2 Z. 16 lit. a sublit bb BVergG 15.05.2018 für nichtig erklären, in eventu das gegenständliche Vergabeverfahren für nichtig erklären" wird gemäß § 342 BVergG 2018 abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

## Text

## ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

### I. Vorbringen der Parteien:

Mit Schreiben vom 25.05.2018, beim BVwG eingelangt am gleichen Tag, begehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 15.05.2018, das gegenständliche Vergabeverfahren für nichtig zu erklären, Akteneinsicht, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Begründend wurde im Wesentlichen von der Antragstellerin ausgeführt, dass 1. keine hinreichende ausschreibungskonforme verbale Begründung der Jury, 2. keine verbale Begründung des Hearings, 3. Rechtswidrigkeit bei der Bewertung des Konzepts "Veranlagung" im Hinblick auf die Zinsgarantie, 4. keine objektiv nachvollziehbare Möglichkeit der Bewertung durch die Jury sowie 5. Befangenheit von Mitgliedern der Bewertungskommission gegeben sei.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 29.05.2018, 01.06.2018 und 22.07.2019 vertrat die Auftraggeberin die Ansicht, dass zwar mittlerweile der Verwaltungsgerichtshof, das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesvergabeamt die öffentliche Auftraggebereigenschaft des ORF bejaht hätten, der ORF jedoch trotzdem kein öffentlicher Auftraggeber sei. Sie verwies weiters darauf, dass die Jury nicht zu jedem einzelnen Gesichtspunkt eine Detailbegründung abgeben müsse und dass die angefochtene Jurybegründung diesen Anforderungen entspreche. Die Antragstellerin sei auch ohne weiteres Wissen in der Lage gewesen, einen Nachprüfungsantrag aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeit der Jurybegründung zu stellen. Die behauptete Befangenheit eines Mitgliedes der Bewertungskommissionen sei unzutreffend und im Übrigen seien die Ausschreibungsunterlagen bestandfest geworden. Der geschätzte Auftragswert wurde von der Auftraggeberin zuerst in einer Höhe angegeben, wonach der Auftrag dem Oberschwellenbereich zuzuordnen gewesen wäre, nach Erhalt des Erkenntnisses des VwGH vom 30.04.2019, Ro 2016/04/0053, wurde eine korrigierte Auftragswertberechnung, wonach der Auftrag dem Unterschwellenbereich zuzuordnen sei angegeben und dazu erklärend angegeben, dass zuerst die erwarteten Verwaltungskosten und Vermögensverwaltungskosten zugrundegelegt worden seien und danach, entsprechend dem VwGH Erkenntnis, die Vermögensverwaltungskosten nicht mehr bei der Auftragswertberechnung berücksichtigt worden seien.

Mit Schreiben der päsümtiven Zuschlagsempfängerin XXXX vom 04.06.2018 erhob diese begründete Einwendungen.

Mit Beschluss des BVwG vom 27.06.2018, GZ W134 2196556-1/2E, W134 2196556-2/18E, wurde der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewiesen und das Nachprüfungsverfahren bis zur Entscheidung des VwGH über die zur Zahl Ro 2016/04/0053 protokollierte Revision ausgesetzt. Dies im Wesentlichen mit der Begründung, dass in dem genannten Verfahren des VwGH, in welchem ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH (C-699/17) gestellt wurde, über die Vorfrage, ob der Auftraggeber im gegenständlichen Fall der Beschaffung von Leistungen der Betrieblichen Mitarbeitervorsorge die Bestimmungen des BVergG anzuwenden hat, entschieden werden wird.

Aus dem Erkenntnis des VwGH vom 30.04.2019, GZ Ro 2016/04/0053-9, ergibt sich, dass die Beschaffung von Leistungen im Bereich der Mitarbeitervorsorge (auch) nicht vom Anwendungsbereich des BVergG 2006 ausgenommen ist.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 22.07.2019 brachte diese vor, dass die Auftraggeberin eine öffentliche Auftraggeberin sei und erläuterte die von ihr angebotene Zinsgarantie.

Am 25.07.2019 fand darüber im BVwG eine mündliche Verhandlung statt.

Dabei wurde unter anderem Folgendes vorgebracht:

" XXXX Gemäß dem Erkenntnis des VwGH vom 30.04.2019, Ro 2016/04/0053-9, sind für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes im Hinblick auf die hier streitgegenständlichen Dienstleistungen der Mitarbeitervorsorge-Kassa "für die Erbringung der Verwaltung- und Veranlagungsdienstleistung durch die BV-Kasse allein in den einzubehaltenden Verwaltungskosten besteht, maßgeblich (RZ 36)." Daher sind gemäß diesem Erkenntnis einerseits die "Verwaltungskosten" gemäß § 26 Absatz 1 BMSVG in einer Bandbreite von 1% bis 3,5% der Abfertigungsbeiträge und andererseits die "Veranlagungskosten" gemäß § 26 Absatz 3 Ziffer 2 BMSVG in Höhe von bis zu 0,8% des veranlagten Abfertigungsvermögens für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes heranzuziehen. Die Auftraggeberin hat in ihrer Stellungnahme vom 22.07.2019 entgegen dieser gesetzlichen Festlegung lediglich "die Verwaltungskosten", nicht aber die "Veranlagungskosten" für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes

herangezogen. Bei rechtsrichtiger Vorgehensweise wäre daher jedenfalls vom Vorliegen eines Oberschwellenauftrages auszugehen. Diese gesetzeskonforme Berechnungsmethode entspricht offensichtlich auch der ursprünglichen Rechtsauffassung der Auftraggeberin, weil sie die in den Ausschreibungsunterlagen gewählte Methode im Schriftsatz vom 22.07.2019 nunmehr entsprechend um die Vermögensverwaltungskosten unzulässigerweise reduziert hat.

R: Wir besprechen nunmehr die einzelnen Punkte des Nachprüfungsantrages betreffend den Punkt 10. Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung, beginnend mit Punkt 10.1 (keine hinreichende ausschreibungskonforme verbale Begründung der Jury).

XXXX Es wird zugestanden, dass die Ausschreibungsunterlagen nicht bekämpft wurden und daher bestandfest geworden sind. Nichts desto trotz beruht die Zuschlagsentscheidung auf einer nicht vergaberechtskonformen Ausschreibungsunterlage, nämlich einem vergabewidrigen Zuschlagssystem, das zu einer nicht nachvollziehbaren Zuschlagsentscheidung führt. Dieses vergabewidrige Zuschlagssystem wird in Punkt 10.4 des Nachprüfungsantrages vom 25.05.2018 näher ausgeführt, sowie in Punkt 2 der Stellungnahme vom 22.07.2019. Auf die nähere Begründung in Punkt 10.1. bis 10.3 des NPA wird verwiesen.

XXXX : Die Ausschreibungsunterlagen sind klar und verständlich. Im Übrigen wird auf unser Schreiben vom 01.06.2018 verwiesen.

XXXX : Zum vorgebrachten Argument, dass auf Grund der bestandsfesten Zuschlagskriterien keine vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung getroffen werden könne, verweisen wir auf VwGH, 22.03.2019, Ra 2017/04/0038, insbesondere Rz 27 ff.

R: Wir kommen nun zu Punkten 10.2 und 10.3. des NPA (keine verbale Begründung des Hearings) und Rechtswidrigkeit bei der Bewertung des Konzepts "Veranlagung" im Hinblick auf die Zinsgarantie):

XXXX Ich verweise auf unsere Schriftsätze.

R fragt die AG: Welche Anforderungen sind an die Jurybegründung für Sie zu stellen, wurden diese eingehalten, wenn ja, warum?

XXXX : Ich verweise auf Punkt 3.3. erster Absatz unseres Schreibens vom 01.06.2018. Diese Anforderungen wurden in der Jurybegründung eingehalten.

XXXX : Ich war die Vorsitzende der Jury und ich kann dazu folgendes ausführen: Punkt a) Wahrscheinlichkeit einer maximalen Rendite wurde begründet, indem bei der JuryBegründung betreffend die Antragstellerin folgendes ausgeführt wurde: "Erfolg nicht einschätzbar, wenig Ressourcen im Vergleich zu anderen MVK's". Auf Grund geringerer personeller und systemunterstützender Ressourcen bei der Antragstellern im Vergleich zur Präsumtiven ZE ist der Erfolg einer möglichst maximalen Rendite in der Zukunft bzw. die Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen maximalen Rendite bei der Antragstellerin systematisch nicht einschätzbar. Mit weniger Personal und IT-Ausstattung habe ich weniger Analysemöglichkeiten. Als Beispiel kann der ALM (Asset Liability Managament)-Prozess genannt werden. Es geht dabei um einen systematischen mathematischen Ansatz wie Veranlagungen und die Verbindlichkeiten bestmöglich zusammengeführt werden. Aus dem heraus leitet man eine strategische Vermögenszusammensetzung in unterschiedlichen Veranlagungsklassen ab und diese strategische Ausrichtung ist der Kernpunkt für die Einschätzung der Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen maximalen Rendite. Je mehr einschlägig qualifiziertes Personal dazu zur Verfügung steht, desto mehr Möglichkeiten hat man in der Analyse und desto höher ist die Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen maximalen Rendite auf Grund der strategischen Veranlagungsausrichtung. Die Wortfolge "Veranlagungsphilosophie- Zinsgarantie bremst Chancen" verdeutlicht folgendes: Die Jury ist einstimmig der Meinung gewesen auch auf Basis der Unterlagen, dass auf Grund der Zinsgarantie die zukünftigen Chancen eines höheren Ertrages verringert werden. Dies deshalb weil die Antragstellerin sich natürlich überlegen muss, dass diese Verpflichtungen möglicherweise schlagend werden und zu erfüllen sind und daher dieses Risiko auf Grund einer gesetzlichen Verpflichtung in § 20 Absatz 3 BMSVG eine Rücklage zu bilden ist. Auf Grund der Kosten dieser Rücklage ist mit einer risikoärmeren Veranlagung zu rechnen. Die Jury geht daher davon aus, dass langfristig bei Veranlagung mit höherem Risiko höhere Ertragschancen zu erwarten sind. Die Jury ist der Überzeugung gewesen, dass sie dieses höhere Risiko mit höheren Ertragschancen auch eingehen wollen. Darüber hinaus gibt es noch viele andere Punkte im Veranlagungskonzept. Eigentlich beschäftigt sich die gesamte Jury-Begründung betreffend die Antragstellerin bis zu den Worten "hohe Verwässerung" mit der Erreichung einer maximalen Rendite. Der Punkt b) Ausreichende

Korrekturmechanismen wurde in der Begründung begründet, indem folgendes angeführt wurde: "Zuständigkeiten verschwommen (Risikomanagement und Veranlagung", das strikt getrennt sein muss. Es muss eine ganz klare Trennung geben zwischen Veranlagung und Veranlagungsentscheidung und Risikomanagement und Risikokontrolle und im Zuge des Hearings hatte die Jury nicht durchgängig den Eindruck, dass diese klare Trennung in der Praxis gelebt wird. Auch hier schlägt wieder durch, dass die Antragstellerin weniger personelle Ressourcen zur Verfügung hat, als die präsumtive ZE weshalb Korrekturmechanismen bei unerwünschten Marktentwicklungen nicht ausreichend vorhanden sind, weil die entsprechenden Systeme, insbesondere IT-Systeme, nicht ausreichend vorhanden ist, z.B. eine entsprechende Software, die die unerwünschten Marktentwicklungen überwacht und anzeigt. Auf Basis dieser computerunterstützten Anzeigen treffen Personen Veranlagungs-Entscheidungen. Weiters wird mit der Formulierung "Korrekturmechanismus auch nach Nachfrage unklar Verantwortlichkeiten verschwommen" auf die Korrekturmechanismen eingegangen. Die Jury hat die Antragstellerin zu ihren Korrekturmechanismen befragt.

[...]

XXXX Im Vergleich zu den anderen Bietern waren die Korrekturmechanismen der Antragstellerin der Jury unklar.

LR: Haben Sie die jeweiligen Angebote der Bieter miteinander verglichen?

XXXX Ja. Das haben wir getan. Wir haben die Angebote miteinander verglichen. Die Verantwortlichkeiten bei der Antragstellerin sind verschwommen, weil sich die Jury erwartet hat, dass die Bereiche Veranlagung und Risikomanagement ausreichend strikt getrennt werden, was nach dem Eindruck der Jury bei der Antragstellerin nicht der Fall war.

XXXX Ausgehend von Ihrer Aussage, wonach die Jury ein höheres Veranlagungsrisiko mit erhöhten Ertragschancen als für sich positiv bewertet hat, ersuche ich um Information darüber, wie die Jury das unter lit. A im Punkt 4.3. des Procedere Letter angeführte Kriterium "Wahrscheinlichkeit bei zukünftiger Erreichung einer maximalen Rendite unter möglichst sicherer Veranlagungsmethode" vollständig und umfassend bewertet hat.

XXXX Die Veranlagungsmethode spiegelt sich im Veranlagungskonzept wieder. Die Art und Weise, wie sie auf Grund ihres Veranlagungskonzeptes ihre Veranlagung strukturiert, diese Veranlagungsstrategie ist Basis sozusagen der diversifizierten Veranlagung. Diese Strukturierung ist auch das Kriterium für eine möglichst sichere Veranlagung, wie ich das Portfolio strukturiere, mit dieser Veranlagungsmethode baut man eine Sicherheit in der Veranlagung ein.

XXXX Haben Sie das Angebot der Antragstellerin im Hinblick auf dieses Element "sichere Veranlagungsmethode" positiv, negativ oder neutral bewertet? Wo findet sich das wieder im Jury-Protokoll?

XXXX Ja. Die Jury hat diese Punkte auch bei der Präsumtiven ZE behandelt und es findet sich auch der Ausdruck in 2 Aspekten. Einerseits nichts Negatives erkannt bei der Präsumtiven ZE. Es ist bei beiden natürlich angeschaut worden, es drückt sich auch aus in der unterschiedlichen Punkteanzahl.

XXXX : All diese Punkte spiegeln auch wieder, ob die Veranlagungsmethode sicherer ist oder nicht. Trotz weniger Risiko geht man nicht per se von einer möglichst sicheren Veranlagungsmethode aus.

XXXX Auch die Bezeichnung "Veranlagungs-Team nicht ausreichend", zeigt, dass die Veranlagungsmethoden bei anderen Bietern höher bewertet wurden.

[...]

XXXX Wurden im Rahmen der Jury-Bewertung auch die unter Punkt 3.2.2 und 3.2.3 des Procedere Letters 2 angeführten Gesichtspunkte bewertet?

XXXX Sicher hat die Jury diese Punkte bewertet. Das war ja die Aufgabe der Jury.

XXXX Ist mit den in Punkt 3.2.2 lit. b angeführten Gesichtspunkt "Zinsgarantie und Gewinnbeteiligung" ein potentiell negatives Ergebnis für einen Bieter überhaupt erwartbar, da die Begriffe "Garantie" und "Beteiligung" nach dem geläufigen Wortsinn jeweils positive Aspekte meinen.

XXXX Ich glaube, wie in unseren Schriftsätzen dargelegt, hat sich die Jury intensiv mit der Frage der Gewinnbeteiligung auseinandergesetzt. Es ist gesamthaft zu beurteilen gewesen.

Die Zinsgarantie bremst Chancen sagt etwas darüber aus, dass keine maximale Rendite zu erwarten ist.

XXXX Wo kommt das bewertungsrelevante Wort "Gewinnbeteiligung" im JuryBewertungsprotokoll vor?

XXXX Es kommt nicht vor, aber die Frage der Gewinnbeteiligung ist von der Jury bewertet worden.

[...]

XXXX Sie sagen, logischerweise bremst unsere Zinsgarantie die Chancen. Andererseits wird an anderer Stelle ausgeführt, dass unsere Zinsgarantie wenig Wert ist, weil sie in wenigen Fällen zur Anwendung kommt. Das Ganze steht aus unserer Sicht entgegen der Aktenlage. Wie hat die Jury diesen Widerspruch beurteilt?

XXXX : Es gibt keinen Widerspruch. Die Vergangenheit ist bewertet gemäß der Festlegung (Pkt. 4.2.). die Performance-Zahlen der Antragsteller waren bekannt und waren die Besten im Bietervergleich gemäß Punkt 4.2. des Procedere-Letters 2, jedoch die Veranlagung wurde zukunftsgerichtet bewertet auf Basis des Konzepts.

R: Zu Punkt 10.4: (Keine objektiv nachvollziehbare Möglichkeit der Bewertung durch die Jury): R: Keine der Parteien hat dazu Anmerkungen.

R: Zu Punkt 10.5. (Befangenheit von Mitgliedern der Bewertungskommission):

XXXX Unsere Rechtsauffassung ist, dass Befangenheitsgründe nicht bestandfest werden können. Ich berufe mich auf die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 24 der EU-RL 2014/24, in der festgehalten wird, dass ein "Interessenskonflikt" auch dann vorliegt, wenn ein für den öffentlichen AG handelnder Beschaffungsdienstleister (hier: ein externes Jury-Mitglied), am Ausgang des Vergabeverfahrens ein "direktes oder indirektes finanzielles, wirtschaftliches oder sonstiges persönliches Interesse hat". Ein solches persönliches Interesse ist durch die in Punkt 10.5. des NPA vom 25.05.2018 dargelegte Position von Herrn XXXX in der Konzernstruktur der Präsumtiven ZE gegeben. Art. 24 der Richtlinie 2014/24 ist auf Grund des Umsetzungsverzuges des österr. Gesetzgebers zum Zeitpunkt der Durchführung des ggst. Vergabeverfahrens unmittelbar anwendbar und verletzt hier die subjektiven Rechte der Antragstellerin.

XXXX Haben Sie zum Zeitpunkt der Ausschreibungs-Einleitung Herrn

XXXX bekannt?

XXXX Ja.

XXXX : Hat XXXX für XXXX schon einmal Dienstleistungen als selbständiger Unternehmensberater erbracht?

XXXX Ich glaube nein.

XXXX : Das System der gesondert anfechtbaren Entscheidung würde ad absurdum geführt werden, wenn ein Bieter in Kenntnis einer von ihm behaupteten Rechtswidrigkeit die gesondert anfechtbare Entscheidung nicht bekämpft.

XXXX : Die Frage einer möglichen Anwendbarkeit des Art. 24 der RL stellt sich im konkreten Fall nicht, da bereits das Bundesvergabegesetz 2006 in § 122 den Auftraggeber verpflichtet, bei der Beurteilung von Angeboten nur unabhängige SV beizuziehen. Soweit für die vorliegende Fragestellung relevant, liegt daher kein Umsetzungsverzug vor.

XXXX legt vor: Eine Erklärung von XXXX , dass dieser unbefangen sei.

XXXX Wurde der Zuschlag bereits erteilt?

XXXX : Nein. Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt."

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Der Auftraggeber Österreichischer Rundfunk hat für die Beschaffung der Betrieblichen Mitarbeitervorsorge einen Dienstleistungsauftrag im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorangehender Bekanntmachung ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 30.11.2017, in der EU ebenfalls am 30.11.2017 erfolgt. Die Zuschlagssentscheidung zugunsten der XXXX erfolgte am 15.5.2018 und wurde allen Bietern mitgeteilt. (Schreiben des Auftraggebers vom 29.05.2018)

Punkt 6 des Procedure Letters vom 28.11.2017 lautet auszugsweise (Unterstreichungen erfolgten durch das BVwG):

"Die shortgelisteten Bieter werden zur Abgabe ihrer Qualitätsangebote - welche aus einem Konzept "Veranlagung" und Konzept "Service und Zusammenarbeit" bestehen - und in weiterer Folge (sofern ihre Angebote nicht auszuschneiden sind) zu einem Hearing samt Verhandlungsrunde vor der Jury, welche aus den nachfolgend genannten Personen

besteht, eingeladen: XXXX (ORF, Leiterin Finanzen - K 1), XXXX - K 1-3), XXXX (Allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger für die Fachbereiche Betriebliches Vorsorgewesen und Pensionskassen). Die Jury bewertet infolge der Hearings die Qualitätsangebote der Bieter entsprechend den in der 2. Stufe des Verfahrens festgelegten Bewertungskriterien "Veranlagung" und Konzept "Service und Zusammenarbeit". Im Anschluss ist ein Last and Best Offer abzugeben, in dem das Qualitätsangebot zum Stand des Hearings bestätigt wird und gegebenenfalls verbesserte Kosten angeboten werden."

Einzelne Punkt des Procedure Letters vom 08.01.2018 lauten auszugsweise (Unterstreichungen abgesehen von Überschriften erfolgten durch das BVwG):

### 3.2.2 Veranlagung / Konzept "Veranlagung"

Der Bieter hat dem Qualitätsangebot ein Konzept "Veranlagung" anzuschließen. Das Konzept "Veranlagung" ist vom Bieter frei zu formulieren (jedoch entsprechend der Struktur des Punktes 3.2.2) und in einfacher und verständlicher Weise als Beschreibung, beschränkt auf maximal 10 DIN A4 Seiten (allenfalls unter ergänzender Beifügung von Beispielen aus bereits abgewickelten Veranlagungen bzw. Grafiken) abzugeben. Das Konzept "Veranlagung" hat der Jury schwerpunktmäßig Einblick zu nachstehenden Punkten zu geben.

Es wird darauf hingewiesen, dass die Bewertung des Konzepts "Veranlagung" (siehe Punkt 4.3) in der subjektiven Einschätzung der Jurymitglieder liegt.

a) Philosophie, Prozess und Umsetzung (bewertungsrelevant)

[...]

b) Zinsgarantie und Gewinnbeteiligung (bewertungsrelevant)

Wird eine Zinsgarantie angeboten? Wenn ja, kurze Beschreibung inkl. Anwendungsmodus bei einer negativen Jahresperformance mit/ohne positiven Ergebnissen aus Voijah- ren und Bekanntgabe der Höhe der Rücklage zur Deckung dieser Garantie.

Sieht die BVK eine Gewinnbeteiligung für die AWB vor? Wenn ja, Angabe der Höhe in % sowie Höhe der zuletzt ausgeschütteten Gewinnbeteiligung. Woran wird die Gewinnbeteiligung bemessen?

c) Veranlagungsteam und Reporting (bewertungsrelevant)

[...]

d) Sonstige Kosten, die dem verwalteten Vermögen entnommen werden (können) (bewertungsrelevant)

[...]

### 3.2.3 Service und Zusammenarbeit / Konzept "Service und Zusammenarbeit"

Der Bieter hat dem Qualitätsangebot ein Konzept "Service und Zusammenarbeit" anzuschließen. Das Konzept "Service und Zusammenarbeit" ist vom Bieter frei zu formulieren (jedoch entsprechend der Struktur des Punktes 3.2.3) und in einfacher und verständlicher Weise als Beschreibung, beschränkt auf maximal 10 DIN A4 Seiten (allenfalls unter ergänzender Beifügung von Beispielen aus bereits abgewickelter Dienstleistungen der Mitarbeitervorsorgekasse bzw. Grafiken) abzugeben. Das Konzept "Service und Zusammenarbeit" hat der Jury schwerpunktmäßig Einblick zu nachstehenden Punkten zu geben.

Es wird darauf hingewiesen, dass die Bewertung des Konzepts "Service und Zusammenarbeit" (siehe Punkt 4.4) in der subjektiven Einschätzung der Jurymitglieder liegt.

a) Informationspolitik (bewertungsrelevant)

[...]

b) Service und Zusammenarbeit in der Initialphase (bewertungsrelevant)

[...]

c) Service und Zusammenarbeit laufend in der Anwartschaftsphase (bewertungsrelevant)

[...]

d) Service und Kosten für Übertragung von Altabfertigungsansprüchen (bewertungsrelevant)

[...]

e) Service und Zusammenarbeit laufend in der Leistungsphase (bewertungsrelevant)

[...]

#### 4. Bestbieterermittlung

##### 4.1 Allgemeines

Der ORF wird das beste Angebot anhand folgender Kriterien durch eine sachverständige Jury, bestehend aus XXXX anhand folgender Kriterien bewerten:

Preisliches Zuschlagskriterium:

Kosten und Performance (Gewicht 50%) (bewertet vom ORF/überprüft durch XXXX gemäß Punkt 4.2 auf Basis erstes Angebot)

Qualitative Zuschlagskriterien:

Veranlagung (Gewicht 40%) (bewertet durch die Jury gemäß Punkt 4.3 auf Basis Qualitätsangebot iVm Hearing)

Service und Zusammenarbeit (Gewicht 10%) (bewertet durch die Jury gemäß Punkt 4.4 auf Basis Qualitätsangebot iVm Hearing)

Summe: 100%

Die Bewertung der Angebote der shortgelisteten Bieter erfolgt auf Basis der Angaben der Bieter nach erfolgter Prüfung durch die sachverständige XXXX im Hinblick auf das preisliche Zuschlagskriterium "Kosten und Performance" durch den ORF (Stand erstes Angebot) und im Hinblick auf die qualitativen Zuschlagskriterien "Veranlagung" sowie "Service und Zusammenarbeit" durch die obige Jury unter Hinzuziehung des externen Sachverständigen XXXX. Die Jury wird die oben genannten qualitativen Kriterien jeweils als Kollegialorgan beurteilen. Für den Fall der Meinungsverschiedenheit innerhalb der Jury, erfolgt eine Mehrheitsentscheidung. Die Jury ist beschlussfähig, sofern mindestens die Hälfte ihrer Mitglieder anwesend ist. Sofern die Jury dies mehrheitlich beschließt, ist die Anwesenheit weiterer externer Sachverständiger, Schriftführer udgl. bei der Jurysitzung zulässig. Die Bewertung der Kosten erfolgt auf Basis des Last and Best Offers, wobei unter Zugrundelegung einer Gesamtbetrachtung ausschließlich eine Verbesserung zugunsten des ORF möglich ist. Grundsätzlich erfolgt die Bewertung des Qualitätsangebotes auf Basis des Hearings, wobei sich der ORF ausdrücklich vorbehält, im Falle von vertraglichen Änderungen nach dem Hearing, die Jurybewertung nach dem Last and Best Offer vorzunehmen, damit allfällige Ergänzungen zum Qualitätsangebot infolge vertraglicher Änderungen in die Bewertung einfließen.

Die oben genannten qualitativen Zuschlagskriterien werden von der Jury unter Berücksichtigung der im Folgenden dargelegten Gesichtspunkte beurteilt, wobei die im Folgenden dargelegten Gesichtspunkte je Zuschlagskriterium als Gesamtheit berücksichtigt werden und die Jury nicht zu jedem einzelnen Gesichtspunkt (vgl. Punkte 3.2.2 bis 3.2.3) eine Detailbegründung abgeben muss. Je Zuschlagskriterium werden jeweils 100 ungewichtete Punkte vergeben. Es werden jeweils nur ganze Punkte vergeben, Minuspunkte werden nicht vergeben. Es wird daraufhingewiesen, dass die Bewertung durch die einzelnen Jurymitglieder aufgrund deren subjektiven Einschätzung erfolgt.

##### 4.3 Veranlagung (Gewicht 40%: maximal 100 ungewichtete Punkte)

Bewertet werden die Angaben der Bieter zum Thema "Veranlagung" gemäß seinem, der Beilage ./G anzuschließenden Konzept "Veranlagung" auf Basis des Standes des Hearings in Verbindung mit dem Qualitätsangebot.

Die Vergabe der ungewichteten Punkte erfolgt durch die Jury auf Basis der vom Bieter in seinem Konzept "Veranlagung" vor dem Hintergrund der Anforderungen in Punkt 3.2.2 zu tätigen bewertungsrelevanten Angaben und dem Hearing derselben im Hinblick auf folgende als Einheit zu bewertenden Gesichtspunkte und nach dem schulischen Bewertungssystem wie folgt:

sehr gut

gut

befriedigend

genügend

nicht genügend

Die Jury berücksichtigt bei der Bewertung der Angaben und deren Einstufung nach dem obigen Schema folgende Gesichtspunkte: a) Wahrscheinlichkeit der zukünftigen Erreichung einer maximalen Rendite unter möglichst sicherer Veranlagungsmethoden und b) ausreichende Korrekturmechanismen bei unerwünschten Marktentwicklungen.

Die Bewertung mit dazwischenliegenden Ganzen - ebenfalls - ungewichteten Punkten ist möglich. Erforderlichenfalls kann die Bewertung auch nach dem Last and Best Offer erfolgen (dies vor allem mit Blick auf allfällige Ergänzungen zum Qualitätsangebot infolge einer Berichtigung nach dem Hearing)." (Akt des Vergabeverfahrens)

## 2. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren Echtheit und Richtigkeit außer Zweifel steht.

## 3. Rechtliche Beurteilung:

Die Antragstellerin hat in mehreren Punkten des Nachprüfungsantrages angegeben, dass die Ausschreibungsunterlagen rechtswidrig seien. Dieses Vorbringen geht ins Leere, da die Ausschreibungsunterlagen mangels rechtzeitiger Anfechtung bestandsfest wurden. An die bestandsfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen sind alle am Vergabeverfahren Beteiligten gebunden, sie sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029; VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065; VwGH 15. 3. 2017, Ra 2014/04/0052). Aus diesem Grund kann es auch dahingestellt bleiben, ob das Mitglied der Bewertungskommissionen XXXX befangen ist, da sein Name in den Ausschreibungsunterlagen (sowohl im Procedure Letters vom 28.11.2017 als auch im Procedure Letters vom 08.01.2018) genannt ist. Die Antragstellerin hatte somit die Möglichkeit, eine etwaige Befangenheit von XXXX durch Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen geltend zu machen, dies jedoch unterlassen. XXXX ist somit zu Recht Mitglied der Bewertungskommission.

Der ORF ist eine Einrichtung öffentlichen Rechts gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 und somit öffentlicher Auftraggeber (VwGH 23.11.2016, Ra 2016/04/0021-17).

Da das BVergG 2006 der Umsetzung des unionsrechtlichen - auch primärrechtlichen - Vergaberechts dient und insoweit unionsrechtskonform auszulegen ist, folgt aus den Ausführungen des EuGH im Urteil vom 04.04.2019, Rs C-699/17, Allianz Vorsorgekasse AG, dass die Beschaffung der gegenständlichen Leistungen im Bereich der Mitarbeitervorsorge auch nicht vom Anwendungsbereich des BVergG 2006 ausgenommen ist. Weder der dem BMSVG zugrunde liegende soziale Schutzzweck noch der für BV-Kassen vorgesehene Kontrahierungszwang steht einer Bindung des als Vertragspartner auftretenden Arbeitgebers an die Vorgaben des BVergG 2006 entgegen. Gleiches gilt im Hinblick auf die dargelegten Ausführungen des EuGH im Urteil C-699/17 für die im BMSVG vorgesehenen Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer (VwGH 30.04.2019, Ra 2016/04/0053-9, Rz 42).

Der geschätzte Auftragswert wurde von der Auftraggeberin unterschiedlich angegeben. Mit Schreiben vom 29.05.2018 wurde ein geschätzter Auftragswert von über € 600.000,-- angegeben, mit Schreiben vom 22.07.2019 wurde mit Verweis auf das Erkenntnis des VwGH vom 30.4.2019, Ra 2016/04/0053-93, lediglich ein geschätzter Auftragswert von etwas über € 100.000,-- angegeben. Begründend wurde ausgeführt, dass bei dem ersten höheren Wert die Verwaltungskosten und Vermögensverwaltungskosten zugrundegelegt worden seien und nunmehr unter Berücksichtigung des Erkenntnisses des VwGH lediglich die Verwaltungskosten, nicht jedoch die Vermögensverwaltungskosten, für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes zu berücksichtigen seien.

Gemäß § 13 Abs. 1 BVergG 2006 ist Grundlage für die Auftragswertberechnung der vom Auftraggeber voraussichtlich zu zahlende Gesamtwert, wobei bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes alle der zum Vorhaben gehörigen Leistungen zu berücksichtigen sind. Gemäß VwGH 30.04.2019, Ra 2016/04/0053-9, Rz 36, besteht die Gegenleistung (und damit das Entgelt) für die Erbringung der Verwaltungs- und Veranlagungsdienstleistung durch die BV-Kasse allein in den einzubehaltenden Verwaltungskosten. Der VwGH verwendet hier offensichtlich den Begriff Verwaltungskosten im Sinne der Überschrift des § 26 BMSVG nicht in einer einschränkenden Weise, welche § 13 Abs. 1 BVergG 2006

(welchen der VwGH selbst auch zitiert) widersprechen würde, sondern als einen weiten Begriff der sowohl die Kosten für die Erbringung der Verwaltungsdienstleistung als auch die Kosten für die Erbringung der Veranlagungsdienstleistung durch die BV-Kasse gemäß § 26 BMSVG umfasst. Es handelt sich somit bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren um ein solches im Oberschwellenbereich.

Die Antragstellerin bringt vor, dass einerseits die Begründung der Zuschlagssentscheidung unzureichend sei und andererseits die verbale Begründung der Bewertung durch die Kommission nicht plausibel und nachvollziehbar sowie einer gerichtlichen Überprüfbarkeit nicht zugänglich sei.

§ 131 Abs. 1 BVergG 2006 lautet:

"Der Auftraggeber hat den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß § 132 Abs. 1, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, der Gesamtpreis sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würde."

Der Auftraggeber hat in der Zuschlagssentscheidung vom 15.05.2018 (welche inklusive Beilagen zwölf Seiten umfasst) die Antragstellerin über alle im § 131 Abs. 1 BVergG 2006 geforderten Punkte informiert. Der Zuschlagssentscheidung liegt auch eine Bewertungstabelle sowie ein Auszug aus der Jurysitzung vom 21.03.2018 bei, welche die Antragstellerin in die Lage versetzten, gegen die Zuschlagssentscheidung einen begründeten Nachprüfungsantrag einzubringen. Die Begründung der Zuschlagssentscheidung ist somit rechtskonform.

Den Ausschreibungsunterlagen ist zusammengefasst zu entnehmen, dass das hier interessierende qualitative Zuschlagskriterium Veranlagung durch die Jury gemäß Punkt 4.3 des Procedure Letters vom 08.01.2018 i. V.m. dem Hearing zu bewerten ist. Dabei muss die Jury nicht zu jedem einzelnen Gesichtspunkt (vgl. Punkte 3.2.2 bis 3.2.3) eine Detailbegründung abgeben. Die Jury berücksichtigt bei der Bewertung der Angaben und deren Einstufung (nach dem Punkteschema gem.- Punkt 4.3 des Procedure Letters vom 08.01.2018) folgende Gesichtspunkte:

a) Wahrscheinlichkeit der zukünftigen Erreichung einer maximalen Rendite unter möglichst sicherer Veranlagungsmethoden und b) ausreichende Korrekturmechanismen bei unerwünschten Marktentwicklungen.

Wie die Vorsitzende der Jury in der mündlichen Verhandlung schlüssig und nachvollziehbar im Detail ausgeführt findet sich in der Begründung der Jury des Konzeptes Veranlagung der Antragstellerin vom 21.03.2018 eine Begründung zu den Gesichtspunkten a) Wahrscheinlichkeit der zukünftigen Erreichung einer maximalen Rendite unter möglichst sicherer Veranlagungsmethoden und b) ausreichende Korrekturmechanismen bei unerwünschten Marktentwicklungen. Eine detailliertere Begründung ist entsprechend den Ausschreibungsunterlagen nicht gefordert und somit nicht notwendig. Wenn etwa die Vorsitzende der Jury in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass die Jury aufgrund der Zinsgarantie der Antragstellerin die zukünftigen Chancen eines höheren Ertrages als verringert angesehen hat, so ist dies nicht zu beanstanden, da den Jurymitgliedern entsprechend den Ausschreibungsunterlagen auch eine subjektive Einschätzung zusteht. Dies gilt auch für die anderen von der Antragstellerin kritisierten subjektiven Einschätzungen durch die Jury, wie sie einerseits im Juryprotokoll vom 21.03.2018 und andererseits schlüssig und nachvollziehbar durch die Vorsitzende der Jury in der mündlichen Verhandlung aufgezeigt wurden.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass bei der Begründung der Bewertung der Jury bei der präsumptiven Zuschlagsempfängerin kein Bezug der Bewertung zum Hearing hergestellt worden sei ist sie auf das oben Ausgeführte sowie darauf zu verweisen, dass die Jury nicht zu jedem einzelnen Gesichtspunkt eine Detailbegründung abgeben muss.

Es konnte somit keine geltend gemachte Rechtsverletzung festgestellt werden, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war.

4) Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage

abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. dazu die im Erkenntnis genannten Erkenntnisse des VwGH) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

**Schlagworte**

Auftragswert, Befangenheit, Begründungspflicht, Berechnung, bestandfeste Ausschreibung, betriebliche Vorsorgekasse, Bewertung, Bewertungskommission, Bindungswirkung, Mitarbeitervorsorge, mündliche Verhandlung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nachvollziehbarkeit, Nichtigkeitserklärung, Nichtigkeitserklärung der Zuschlagsentscheidung, objektiver Erklärungswert, öffentlicher Auftraggeber, Vergabeverfahren

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2019:W134.2196556.4.00

**Zuletzt aktualisiert am**

10.03.2020

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)