



# VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62  
Telefon: (43 01) 4000 DW 38730  
Telefax: (43 01) 4000 99 38730  
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at  
DVR: 4011222

GZ: VGW-123/074/14983/2015-15  
M. KG

Wien, 19.1.2016

Geschäftsabteilung: VGW-R

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch den Richter Dr. Oppel als Vorsitzenden, die Richterin Mag.<sup>a</sup> Mandl und die Richterin Dr.<sup>in</sup> Lettner über den Antrag der M. KG, vertreten durch Rechtsanwalt, auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung betreffend das Vergabeverfahren "Klebestöße und Isolierstöße im Gleisnetz der Wiener Linien an Rillen- und Vignolschienen", Ausschreibungsnummer B64/4/2015, der Wiener Linien GmbH & Co KG, Abteilung Oberbau und Geodäsie, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht e r k a n n t:

- I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 14.12.2015 wird abgewiesen.
- II. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.
- III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2, 7 Abs. 2, 11, 12, 13, 15, 16, 20, 22, 23, 24, 25, 26 WVRG 2014 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 4, 163ff, 187, 230, 231, 263, 267, 269 BVergG 2006

### Entscheidungsgründe

Die Wiener Linien GmbH & Co KG, Abteilung Oberbau und Geodäsie (im Folgenden Antragsgegnerin genannt), führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages im Unterschwellenbereich, nämlich „Klebestöße und Isolierstöße im Gleisnetz der Wiener Linien an Rillen- und Vignolschienen“. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erteilt werden.

Die Angebote waren bis 18.11.2015 zu legen, die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Die Antragstellerin legte fristgerecht ein Angebot.

Mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 14.12.2015 gab diese bekannt, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß § 269 BVergG 2006 ausgeschieden werde, weil die Antragstellerin mit der Nachreichung vom 10.12.2015 den Nachweis über ein KSV-Rating von mehr als 400 erbracht habe und dem Angebot eine Promesse nicht beigegeben gewesen sei. Weiters gab die Antragsgegnerin bekannt, dass die Zuschlagserteilung an die G. (Österreich) GmbH in Wien mit einer Vergabesumme von 16<sup>\*</sup>.<sup>\*\*\*</sup>,<sup>\*\*</sup> Euro vorgesehen sei.

Gegen diese Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung richtet sich der Antrag auf Nichtigerklärung vom 14.12.2015, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie auf Pauschalgebührenersatz. Der Antrag ist am 22.12.2015 per Fax im Verwaltungsgericht Wien eingelangt. Der postalisch eingelangte Antrag trägt den Poststempel vom 21.12.2015.

Begründend führt die Antragstellerin darin aus, dass sie entsprechend den Vorgaben in der Ausschreibung, wonach die Erbringung des Nachweises auch durch ein in Österreich allgemein zugängliches Verzeichnis eines Dritten erfolgen könne (z.B. ANKÖ), ihrem Angebot das vom Auftragnehmerkataster Österreich (ANKÖ) ausgestellte Führungszertifikat beigelegt habe, in welchem der

Firmencode der Antragstellerin auch enthalten sei. Weiters gehe aus diesem Führungszertifikat auch die Abfrageberechtigung der Antragsgegnerin hervor.

Im ANKÖ seien hinsichtlich der Antragstellerin sämtliche Unterlagen und Dokumente für die Antragsgegnerin abrufbar, die sie für die Beurteilung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit benötige. Unter anderem sei darin auch die Bonitätsauskunft des Kreditschutzverbandes von 1870 hinsichtlich der Antragstellerin abrufbar.

In der Ausschreibung Punkt 1.2.2 lit b) der WSTW 9310 Teil 1 sei bestimmt: *„Bewerber/Bieter, die über ein KSV-Rating (Gesamtbewertung/Ausfallrisiko) von höher als 400 verfügen, werden nicht weiter berücksichtigt, sofern keine Promesse (siehe unten) dem Angebot angeschlossen ist. Dabei darf das Datum der letzten Datenüberarbeitung nicht älter als 12 Monate sein (Gerechnet ab dem Datum, zu dem die Eignung nach § 230 BVergG 2006 vorliegen muss).“*

Hinsichtlich des Zeitpunktes der Beurteilung der Eignung bestimme Punkt 1.1.2 der WSTW 9310 Teil 1, dass der Bieter und allenfalls namhaft gemachte Subunternehmer beim offenen Verfahren für die von ihnen zu erbringenden Leistungen zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung geeignet sein müssen.

Die Angebotsöffnung habe am 18.11.2015 stattgefunden. Auch wenn die Antragstellerin ihrem Angebot keinen KSV-Auszug beigelegt habe, habe ihr Rating zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung einen Wert unter 400 aufgewiesen, welcher Umstand auch über den ANKÖ ersichtlich gewesen sei. Damit habe die Antragstellerin ihre wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit nachgewiesen.

Die Antragsgegnerin habe im Vergabeverfahren die Antragstellerin unter anderem ersucht, ein aktuelles KSV-Rating zu übermitteln. Eine nähere Begründung für dieses Verlangen habe das Schreiben nicht enthalten. Die Antragstellerin habe fristgerecht die gewünschten Unterlagen übermittelt, unter anderem auch ein Mail einer Mitarbeiterin des KSV vom 10.12.2015, in welchem der KSV bekannt gegeben habe, dass die Antragstellerin zu diesem Stichtag ein KSV-Rating von 401 führe. Einen KSV-Auszug habe der KSV damals nicht

übermitteln können. Der Geschäftsführer der Antragstellerin habe erst am 14.12.2015 vom E-Mail des KSV erfahren und sei aufgrund eines Anrufs des Geschäftsführers das Rating vom KSV noch am 14.12.2015 auf 396 richtig gestellt und der Antragstellerin ein mit Stichtag 14.12.2015 erstellter KSV-Auszug übermittelt worden. In einem mit der Antragsgegnerin geführten Telefonat habe diese die Entgegennahme des KSV-Auszuges mit Stichtag 14.12.2015 mit der Begründung abgelehnt, dass die Entscheidung der Antragsgegnerin bereits gefällt und das Entscheidungsschreiben der Antragsgegnerin bereits unterwegs sei.

Mit Schreiben vom 14.12.2015, der Antragstellerin am selben Tag zugegangen, wurde das Ausscheiden der Antragstellerin und die Zuschlagsentscheidung an die präsumtive Zuschlagsempfängerin mitgeteilt.

Punkt 1.2.2. lit. c) der WSTW 9310 Teil 1 bestimme, dass, sofern der Bewerber/Bieter über kein geeignetes KSV-Rating (Gesamtbewertung/Ausfallrisiko) verfüge, eine Garantiebereitstellungszusage (Promesse) in Höhe von 13.000,00 Euro einer in der EU niedergelassenen Bank über die Beibringung einer unbedingten unwiderruflichen Garantieerklärung durch diese Bank der Bewerbung/dem Angebot anzuschließen sei.

Da die Antragstellerin zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung ein KSV-Rating von unter 400 aufgewiesen habe, habe sie dem Angebot keine Promesse beigelegt und habe dies auch nicht müssen. Mit dem im Vergabeverfahren ergangenen Schreiben der Antragsgegnerin an die Antragstellerin sei diese jedenfalls nicht aufgefordert worden, auch eine Promesse vorzulegen.

Die Hausbank der Antragstellerin habe sich bereits vor Abgabe des Angebots der Antragstellerin bereit erklärt, jederzeit auf Verlangen der Antragstellerin die von der Antragsgegnerin gewünschte Promesse auszustellen. Auch jetzt sei die Hausbank der Antragstellerin bereit, diese Promesse auszustellen, und habe dies zwischenzeitig sogar getan.

Ungeachtet des Umstandes, dass die Antragstellerin die geforderte finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, nämlich ein KSV-Rating von bis zu 400,

bereits zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt nachgewiesen habe, habe die Antragsgegnerin die Antragstellerin mit dem im Vergabeverfahren ergangenen Schreiben aufgefordert, „folgende Nachweise zu erbringen bzw. folgende Aufklärungen zu erstatten“, wobei sie floskelhaft hinsichtlich der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit die Formulierung „aktuelles KSV-Rating“ anführte. Die Judikatur zu § 126 BVergG 2006 führe aus, dass die Verpflichtung und Befugnis des Auftraggebers, Aufklärung zu verlangen, insofern eingeschränkt sei, als Aufklärung nur dann zu verlangen sei, wenn Unklarheiten vorliegen würden.

Im konkreten Fall seien hinsichtlich des KSV-Ratings der Antragstellerin keine Unklarheiten vorgelegen, da sie durch den Verweis auf die beim ANKÖ gespeicherten Daten des KSV zulässigerweise ein KSV-Rating von bis zu 400 nachgewiesen habe. Die Aufforderung der Antragsgegnerin, ein aktuelles KSV-Rating nachzuweisen, sei somit unzulässig und rechtswidrig gewesen. Weiters habe dieses im Vergabeverfahren ergangene Schreiben nicht die Voraussetzung eines ordnungsgemäßen Verbesserungsauftrages erfüllt. Aus einem solchen müsse klar und zweifelsfrei erkennbar sein, welche Unterlagen dem Auftraggeber ganz konkret vorzulegen seien. Vor allem auch das Fehlen jeglicher Begründung für das Begehren der Antragsgegnerin, ein „aktuelles KSV-Rating“ nachzuweisen, entspreche nicht dem Gebot eines ordnungsgemäßen Verbesserungsauftrages, zumal das Begehren der Antragsgegnerin im Hinblick auf den erbrachten Nachweis zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht nachvollziehbar sei. Die Antragsgegnerin habe die Antragstellerin jedenfalls nicht aufgefordert, die in der Ausschreibung erwähnte Promesse zu übermitteln. Die Antragsgegnerin hätte jedoch diese Promesse samt Darlegung der Gründe für deren Übermittlung einfordern müssen, um ihrer Verpflichtung zur Übermittlung eines ordnungsgemäßen Verbesserungsauftrages zu entsprechen, zumal die Nichtvorlage einer Promesse einen behebbaren Mangel darstelle.

Die Entscheidung der Antragsgegnerin sei aus den dargelegten Gründen rechtswidrig und hätte bei richtiger rechtlicher Beurteilung und korrekter Durchführung des Vergabeverfahrens das Angebot der Antragstellerin nicht ausgeschlossen und in weiterer Folge ihr der Zuschlag erteilt werden müssen.

Die Antragstellerin habe auch ein erhebliches wirtschaftliches Interesse, den verfahrensgegenständlichen Bauauftrag zu erhalten. Sie komme als Auftragnehmerin in Betracht und bedeute die Durchführung des ausschreibungsgegenständlichen Bauauftrages eine wichtige Referenz für die Zukunft. Für die Erstellung des Angebots seien der Antragstellerin Kosten entstanden und entstünde durch die Rechtswidrigkeit der Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung ein Verlust an Deckungsbeitrag in einer im Antrag bezifferten Höhe.

Mit Schriftsatz vom 23.12.2015 entgegnete die Antragsgegnerin zuerst unter Hinweis auf den Wortlaut der Ausschreibung:

*„Bewerber/Bieter, die über ein KSV-Rating (Gesamtbewertung/Ausfallrisiko) von höher als 400 verfügen, werden nicht weiter berücksichtigt, sofern keine Promesse (siehe unten) dem Angebot angeschlossen ist. Dabei darf das Datum der letzten Datenüberarbeitung nicht älter als 12 Monate sein. (Gerechnet ab dem Datum zu dem die Eignung nach § 230 BVergG 2006 vorliegen muss).*

...

*Der Bewerber/Bieter hat den Nachweis über das Rating über des Kreditschutzverbandes 1870 (KSV-Rating-Gesamtbewertung/Ausfallrisiko) zu erbringen. ...“*

Die Antragstellerin habe mit dem Angebot auf den ANKÖ verwiesen. Eine Promesse sei dem Angebot nicht angeschlossen gewesen. Die Einsichtnahme der Auftraggeberin in die Daten des ANKÖ am 01.12.2015 habe ein KSV-Rating von 391 ergeben. Dieser Wert sei aber entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin nicht seit 18.11.2014, sondern seit 15.11.2014 gültig gewesen und habe sohin auf einer Datenüberarbeitung von mehr als 12 Monaten beruht.

Die Antragsgegnerin habe mit Fax vom 03.12.2015 (irrtümlich datiert 12.05.2011) zur Vorlage eines aktuellen KSV-Ratings aufgefordert. Die Antragstellerin habe mit Schreiben vom 14.12.2015 eine Mitteilung des KSV vom 10.12.2015 vorgelegt, wonach sie derzeit ein Rating von 401 führe. Die Antragsgegnerin habe daraufhin einen historischen KSV-Auszug eingeholt. Der Ratingwert habe tatsächlich zu dieser Zeit 401 betragen.

Ausgehend von diesem Sachverhalt habe die Antragstellerin das in der Ausschreibung festgelegte Eignungskriterium „Rating“ nicht erfüllt, weil

- der ursprünglich nachgewiesene Ratingwert 391 entgegen dem Aktualitätserfordernis der Ausschreibung auf einer Datenüberarbeitung von mehr als 12 Monaten beruht habe,
- der über Aufforderung nachgewiesene aktualisierte Ratingwert 401 betragen habe, sohin mehr als der maximal zulässige Wert von 400, und
- dem Angebot auch keine Promesse angeschlossen gewesen sei, wobei eine solche nach dem Vorbringen der Antragstellerin zum Ende der Angebotsfrist tatsächlich gar nicht existiert habe.

Soweit die Antragstellerin vortrage, dass sie zum Ende der Angebotsfrist über ein Rating von 391 (also < 400) verfügt hätte, sei dieses Vorbringen in mehrfacher Weise unbeachtlich:

Zunächst übersehe die Antragstellerin, dass laut Ausschreibung das Datum der Datenüberarbeitung nicht älter als 12 Monate habe sein dürfen. Das Datum der Datenüberarbeitung werde in jeweiligen KSV-Auszügen ausgewiesen und lasse sich aus dem im ANKÖ ausgewiesenen Gültigkeitsdatum des Ratings ableiten. Die dem Ratingwert von 391 zugrunde liegende Datenüberarbeitung sei älter als 12 Monate (Gültigkeit gemäß ANKÖ-Auszug seit 15.11.2015, sodass die Datenüberarbeitung am oder vor dem 15.11.2014 erfolgt sein musste). Sohin beruhe dieser Ratingwert auf einer veralteten (älter als 12 Monate) Datenüberarbeitung und sei dieser schon aus diesem Grund nicht ausreichend.

Angemerkt werde, dass das gegenständliche Aktualitätserfordernis (Datenüberarbeitung nicht älter als 12 Monate) deshalb in die Ausschreibung aufgenommen worden sei, weil Ratingwerte mitunter über längere Zeiträume nicht aktualisiert würden (bzw. längere Zeit keine entsprechenden Datenüberarbeitungen vom KSV vorgenommen werden) und dann eine höhere Gefahr bestünde, dass ein im KSV-Auszug ausgewiesener Ratingwert nicht mehr dem tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnissen des jeweiligen Unternehmens entspreche. Selbst wenn die letzte Datenüberarbeitung hinsichtlich des Ratingwertes von 391 vor weniger als 12 Monaten erfolgt wäre, wäre für die

Antragstellerin nichts gewonnen, da gemäß § 230 Z 1 BVergG 2006 die Eignung des Bieters spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen müsse. Die Eignung dürfe auch nicht mehr nachträglich vorübergehend verloren gehen und müsse somit durchgehend „jedenfalls bis zur Zuschlagserteilung“ gegeben sein (VwGH 26.09.2005, 2005/04/0021).

Die Antragstellerin habe somit zeitweise nach dem Ende der Angebotsfrist (zumindest vom 10.12.2015 bis 14.12.2015) ein Rating von 401 aufgewiesen, sodass sie spätestens zu diesem Zeitpunkt die Eignung verloren habe.

Das Vorbringen der Antragstellerin, wonach das Aufklärungsschreiben der Auftraggeberin unzureichend gewesen sei und in diesem Zusammenhang argumentiert werde, dass die Hausbank der Antragstellerin bereit gewesen wäre, die alternativ geforderte Promesse auszustellen, ver helfe dem Antrag in mehrfacher Hinsicht nicht zum Erfolg:

Dem Aufklärungsschreiben der Auftraggeberin, das ausreichend präzise ein aktuelles KSV-Rating gefordert habe, habe die Antragstellerin entsprochen, indem sie eine Mitteilung des KSV vom 10.12.2015 mit aktuellem Rating vorgelegt habe. Weiterer Aufklärungsbedarf habe sich daher nicht ergeben. Grund der Ausscheidensentscheidung sei nicht die Form des Nachweises, sondern dessen Inhalt gewesen, wonach das Rating zum Zeitpunkt der Mitteilung 401 betragen habe, sodass das Eignungskriterium nicht erfüllt gewesen sei.

Was die von der Antragstellerin in diesem Zusammenhang erhoffte Aufforderung zur Vorlage einer Promesse anlange, sei festzuhalten, dass nach der bestandfesten Ausschreibung ein unzureichendes KSV-Rating nur dann durch eine Promesse ausgeglichen hätte werden können, wenn diese Promesse bereits dem Angebot angeschlossen gewesen wäre. Maßgeblich sei also bei einem unzureichendem KSV-Rating allein, ob die Promesse mit dem Angebot vorgelegt worden sei, und nicht etwa, ob eine Promesse zum Ende der Angebotsfrist bereits existiert habe. Dementsprechend sei an die Antragstellerin auch keine zusätzliche Aufforderung zur nachträglichen Vorlage einer Promesse zu richten gewesen.

Nach dem eigenen Vorbringen der Antragstellerin sei deren Hausbank bereit gewesen, auf jederzeitiges Verlangen der Antragstellerin eine Promesse auszustellen. Daraus ergebe sich zwangsläufig, dass zum Ende der Angebotsfrist tatsächlich noch keine Promesse ausgestellt gewesen sei, diese also noch nicht einmal existent gewesen sei.

Selbst wenn man den Ausschreibungswortlaut „beiseiteschieben“ wolle, käme die Nachreichung einer Promesse nur dann in Betracht, wenn diese zum Ende der Angebotsfrist bereits existent gewesen sei. Eine Promesse begründe nämlich eine Verpflichtung der Bank gegenüber dem Kunden, unter bestimmten Voraussetzungen eine Bankgarantie auszustellen. Zumindest dieses Rechtsverhältnis müsse bereits zum Ende der Angebotsfrist bestanden haben, was eine entsprechend zeitgerechte Ausstellung der Promesse vor Ende der Angebotsfrist voraussetze.

Dazu komme, dass die tatsächliche Ausstellung einer Promesse in der Regel mit nicht unbedeutenden Aufwendungen und Kosten verbunden sei. Werde diese Promesse nicht schon mit dem Angebot vorgelegt, verschaffe sich der Bieter damit gegenüber seiner Konkurrenz einen erheblichen Vorteil. Er könne sich nämlich den damit verbundenen erheblichen Aufwand ersparen, indem er das Ergebnis der Angebotsöffnung abwartet und erst bei Kenntnis entsprechender Erfolgschancen Aufwand und Mühe für die Beschaffung der Promesse auf sich nimmt. Im Ergebnis stünde diesem Bieter dann auch mehr Zeit für die Ausarbeitung seines Angebotes zur Verfügung.

Letztlich erachte auch die Rechtsprechung solche oder gleichartige Bankerklärungen, die erst nachträglich ausgestellt würden, als unzureichend (z.B. VwGH 24.02.2010, 2005/04/0253 betreffend Promesse).

Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass die nun nachträglich von der Antragstellerin mit dem Nachprüfungsantrag vorgelegte und mit 17.12.2015 datierte Bankgarantie auch inhaltlich nicht der in der Ausschreibung geforderten Promesse entspreche. Für die Promesse wäre gemäß Ausschreibung (Punkt 122c BSTW9310 Teil 1) das der Ausschreibung beiliegende Muster zu verwenden gewesen. Die nun vorgelegte Bankgarantie entspreche nicht einmal ansatzweise

diesem Muster und weiche davon auch inhaltlich zum Nachteil des Garantiebegünstigten ab. Daher wäre, selbst wenn die Antragstellerin bereits mit dem Angebot eine Promesse mit den Inhalten der nachträglich ausgestellten Bankgarantie vorgelegt hätte, diese unzureichend.

Mit Schriftsatz vom 08.01.2016 trat die Antragstellerin den Ausführungen der Antragsgegnerin entgegen und führte aus, dass die Antragstellerin entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin nicht bereits mit dem Angebot eine Promesse hätte vorlegen müssen. Die Antragstellerin habe zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung ein KSV-Rating von 391 aufgewiesen, was sich aus den beim ANKÖ gespeicherten Daten ergebe. Nach den Ausschreibungsbestimmungen hätte die Antragstellerin daher per 18.11.2015 ein KSV-Rating von maximal 400 nachzuweisen gehabt, um ihre wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit ohne Vorlage einer Promesse zu dokumentieren. Wenn die Antragsgegnerin ausführe, dass die Antragstellerin deshalb zur Vorlage eines „aktuellen KSV-Ratings“ aufgefordert worden sei, weil der Rating-Wert von 391 seit 15.11.2014 gültig sei, damit auf einer Datenüberarbeitung von mehr als 12 Monaten beruhe und somit die Antragstellerin ein KSV-Rating von maximal 400 nicht nachgewiesen habe, erweise sich das Aufforderungsschreiben der Antragsgegnerin nicht ordnungsgemäß und nicht klar und eindeutig formuliert. Richtigerweise hätte die Antragsgegnerin die Antragstellerin zur Vorlage eines Nachweises eines KSV-Ratings von maximal 400 per Stichtag 18.11.2015 auffordern müssen und nicht zur Vorlage eines „aktuellen KSV-Ratings“. Ungeachtet dessen wäre auch eine solche Aufforderung nicht nötig gewesen, da die Antragsgegnerin selbst zugestehe, dass die Antragstellerin zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung ein KSV-Rating von 391 aufgewiesen habe, möge es auch auf einer Datenüberarbeitung von 12 Monaten und drei Tagen beruhen. Aus den dargelegten Gründen habe die Antragstellerin keine Promesse, geschweige denn eine Bankgarantie vorlegen müssen, um ihre wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit auch mit dieser nachzuweisen.

Unter Hinweis auf die Ausschreibung werde zu Punkt 1.2.2. lit. c) WSTW 9310 Teil 1 festgehalten, dass ein Bieter nur dann eine Promesse dem Angebot anzuschließen gehabt hätte, wenn er entweder nicht über den geforderten Mindestumsatz oder nicht über ein KSV-Rating bis zu 400 verfügt habe, oder

beide dieser Umstände nicht erfüllt seien. Die Antragstellerin hätte zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht nur ein KSV-Rating von bis zu 400 aufgewiesen, sie hätte nach den im ANKÖ ersichtlichen Umsatzdaten auf den geforderten Mittelumsatzwert von mindestens EUR 260.000,-- exkl. USt. bei weitem übertroffen. Aus den im ANKÖ oder der KSV-Abfrage vom 22.12.2015 ersichtlichen Umsatzdaten ergebe sich eindeutig der geforderte Mittelmindestwert von EUR 260.000,--. Im Übrigen habe die Antragsgegnerin mit ihrem Aufforderungsschreiben die Antragstellerin auch zur Vorlage des Gesamtumsatzes der letzten drei Jahre aufgefordert, welchem Ansinnen die Antragstellerin auch nachgekommen sei. Diese Aufforderung zeige deutlich, dass die in der Ausschreibung formulierten Bedingungen dahingehend auszulegen seien, dass eine Promesse nur dann vorzulegen sei, wenn ein Bieter weder ein KSV-Rating von maximal 400 noch ein Umsatzmittel von mindestens EUR 260.000,-- vorzuweisen in der Lage sei, oder nur eines dieser Kriterien nicht erfüllt sei, nicht aber, wenn bereits eines dieser Kriterien erfüllt sei.

Auch in diesem Hinblick erweise sich das Aufforderungsschreiben der Antragsgegnerin einmal mehr als undeutlich, zumal die Antragsgegnerin von der Antragstellerin nicht die Vorlage einer Promesse gefordert habe. Offensichtlich habe die Antragsgegnerin selbst keine Zweifel daran gehabt, dass die Antragstellerin in der Lage sei, das Vorliegen eine der beiden Voraussetzungen zu erfüllen, und habe dementsprechend keine Promesse gefordert. Auch dürfe nicht übersehen werden, dass ANKÖ-Abfragen und KSV-Auszüge letztendlich bloß mittelbare Nachweise seien, die wirtschaftliche und finanzielle Zuverlässigkeit eines Bieters zu dokumentieren. Folglich habe die Antragstellerin ihrem Angebot keine Promesse beilegen müssen. Daher spiele es auch keine Rolle, dass die Antragstellerin mit ihrem Schreiben vom 10.12.2015 ein Mail des KSV, und nicht einen Auszug, vorgelegt habe, wonach die Antragstellerin per 10.12.2015 ein KSV-Rating von derzeit 401 aufgewiesen habe. Demnach gehe auch das Argument der Antragsgegnerin fehl, dass die Eignung der Antragstellerin nachteilig verloren gegangen wäre. Die Eignung bestehe durchgehend seit dem 18.11.2015, da die Antragstellerin seit dem 18.11.2015 das geforderte Kriterium des Mindestumsatzmittels von EUR 260.000,-- erfülle, ein KSV-Rating von 391 habe und jetzt ein KSV-Rating von 396 aufweise. Damit spiele es auch keine Rolle, dass die Antragstellerin nach Meinung der

Antragsgegnerin zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung am 18.11.2015 über keine schriftliche Promesse verfügt habe. Eine Promesse habe dem Angebot nicht beigelegt werden müssen, weil die Antragstellerin ihre wirtschaftliche und finanzielle Zuverlässigkeit im Sinne der Ausschreibungsbedingungen nachgewiesen hätte.

Richtig sei, dass eine Promesse die Verpflichtung der Bank gegenüber dem Kunden begründe, unter bestimmten Voraussetzungen eine Bankgarantie auszustellen. Warum diese nicht schriftlich ausgestellt worden sei, habe die Antragstellerin bereits dargelegt. Die Antragsgegnerin übersehe aber, dass auch mündlichen Erklärungen der Bank rechtliche Bedeutung zukomme. Eine solche Erklärung der Bank sei gegenüber der Antragstellerin vorgelegen, wie bereits im Antrag vorgebracht. Dass die Antragstellerin bereits vor dem 18.11.2015 von ihrer Bank eine Promesse erhalten hätte, zeige sich auch daran, dass die Hausbank der Antragstellerin zwischenzeitig nicht nur eine Promesse, sondern sogar eine Bankgarantie ausgestellt habe.

Dass die vorgelegte Bankgarantie zum Nachteil der Antragsgegnerin abweiche, sei für die Antragstellerin nicht nachvollziehbar. Entgegen der Formulierungsmuster der Ausschreibung sei die vorgelegte Bankgarantie sogar abstrakter gehalten als das Muster, da darin nicht auf eine Forderungserhebung der Antragsgegnerin abgestellt werde. Dementsprechend sei auch unerheblich, dass die Bank von einer Kenntnis über ein Vadium spreche, da sie den Höchstbetrag von EUR 13.000,-- unabhängig von einer Forderungserhebung der Antragsgegnerin bezahlen müsse. Der Sicherungszweck sei daher entgegen der Meinung der Antragsgegnerin kein Vadium. Richtig sei, dass die Bankgarantie von einer Auszahlung innerhalb von acht Tagen spreche. Das Muster der Bankgarantie der Antragsgegnerin spreche aber von drei Bankarbeitstagen, sodass im Abstellen auf acht Normaltage (darin enthalten auch Samstage, Sonn- und Feiertage) auch kein erheblicher Nachteil zu erblicken sei. Richtig sei auch, dass die vorgelegte Garantie bis 31.12.2016 befristet sei, zumal der Rahmenvertrag laut der Ausschreibung ab 01.01.2016 beginnen solle und die Leistungsfrist 12 Monate dauern werde. Die Antragsgegnerin übersehe, dass nach dem Muster die Bankgarantie ab einem von der Antragsgegnerin nicht näher bestimmten Datum unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist

gekündigt werden könne. Da das Datum nicht näher bestimmt sei, wäre es sogar zulässig, das Datum des voraussichtlichen Vertragsbeginns 01.01.2016 einzusetzen, zumal die Ausschreibungsbedingungen hierzu auch keinerlei Angaben enthielten. Damit wäre auf Basis des Musters möglich, dass die Garantieverpflichtung der Bank sogar nur über einen Zeitraum von vier Monaten ab Vertragsbeginn bestehe (ab 01.01.2016, Kündigung unter Einhaltung einer Dreimonatsfrist zum 30.04.2016), sodass die Antragsgegnerin mit der vorgelegten Garantie jedenfalls besser gestellt sei. Entgegen der Meinung der Antragsgegnerin sei in der vorgelegten Garantie auch nicht von einem Abtretungs- oder Verpfändungsverbot die Rede, sondern nur von einem Zustimmungserfordernis der Bank. Eine erhebliche Schlechterstellung der Antragsgegnerin lege damit auch nicht vor.

Abgesehen davon, dass die Antragstellerin niemals verpflichtet gewesen sei, dem Angebot eine Promesse (oder gar eine Bankgarantie) beizulegen, und selbst wenn man davon ausginge, dass die Antragsgegnerin durch die vorgelegte Bankgarantie schlechter gestellt wäre, sei Punkt 1.2.2 lit. c) der WSTW 9310, Teil 1 zu berücksichtigen. Nach dieser Bestimmung wäre die Vorlage einer dem gewünschten Muster der Antragsgegnerin entsprechenden Bankgarantie für den Auftragsfall nach unanfechtbarer Zuschlagsentscheidung, jedoch vor Zuschlagserteilung nach Aufforderung durch die Antragsgegnerin binnen zehn Werktagen möglich. Außerdem sei zu berücksichtigen, dass die Abgabe von Eigenerklärungen mit dem Angebot nach den Ausschreibungsbedingungen ausreichend gewesen sei und über Aufforderung der Antragsgegnerin diese vorzulegen gewesen wären. Aus diesen Gründen gehe auch das Argument der Antragsgegnerin fehl, dass sich ein Bieter gegenüber einem Konkurrenten einen erheblichen Vorteil verschaffen würde oder verschafft hätte oder mehr Zeit für die Ausarbeitung des Angebotes zur Verfügung stünde. Zudem habe die Antragsgegnerin mit ihren undeutlich und unklar formulierten Aufforderungsschreiben gerade nicht dazu aufgefordert, eine vor dem 18.11.2015 ausgestellte Promesse oder Bankgarantie vorzulegen.

Diesem Schriftsatz angeschlossen waren Gewinn- und Verlustrechnungen der Antragstellerin für die Jahre 2012, 2013 und 2014.

Am 19.1.2016 fand vor dem Verwaltungsgericht Wien eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, welche folgenden Verlauf hatte:

Nach Beschlussfassung auf gemeinsame Durchführung der Verhandlung betreffend die Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung wurde anschließend zuerst über den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung verhandelt.

Der AGV nahm zum Schriftsatz der AST vom 08.01.2016 dahin kurz Stellung, als der Ausschreibungstext aus seiner Sicht klar sei, nämlich insofern, wenn das KSV-Rating nicht passt, eine Promesse dem Angebot anzuschließen sei.

Auf Frage aus dem Senat gab der AST an, dass der Ausschreibungstext ihm und derjenigen Mitarbeiterin, die das Angebot erarbeitet habe, bekannt sei bzw. gewesen sei. Zum KSV-Wert gebe er an, dass dieser Wert nicht extra bei Angebotserstellung habe überprüft werden müssen bzw. nachgesehen habe werden müssen: wir beteiligen uns an verschiedenen Vergabeverfahren, und ist uns dieser Wert bekannt. Wir wussten, dass der Wert unter 400 liegt.

Auf Frage des AGV's an den AST, ob auch auf das Aktualisierungsdatum geachtet worden sei: Wir aktualisieren regelmäßig Ende November/Dezember und wussten, dass die Aktualisierung wieder anstand. Wir werden seit ca. 5 – 6 Jahren, glaube ich, beim ANKÖ geführt.

Auf Frage des ASTV's zur „regelmäßigen“ Aktualisierung gab AST an: November/Dezember ist es deswegen, weil wir hier regelmäßig als Bieter in Vergabeverfahren mit der ... sind.

Auf Frage des AGV's was „Aktualisieren“ heiße, gab AST an: Wir geben die erforderlichen Unterlagen und Daten dem KSV und ANKÖ bekannt.

Auf Frage des ASTV's welche Unterlagen hier vorgelegt würden: Wir geben Bilanzen etc. ab. Genaueres wissen meine Mitarbeiter.

Auf Frage der Berichterin, wann das letzte Überarbeitungsdatum dem AST bekannt geworden sei: Wir aktualisieren, wie gesagt, regelmäßig jährlich im November/Dezember und kannten daher unseren Wert und auch das ungefähre Datum.

Auf Frage des AGV's an den AST: Auf die ANKÖ-Daten können wir zugreifen und Einsicht nehmen. Bei Angebotserstellung wurde meinem Wissen nach in diese Datenbank nicht Einsicht genommen, der Wert des Ratings war uns ja bekannt.

Auf Vorhalt des Vergabeaktes, im Angebot der AST sind Promesse und Bankgarantie durchgestrichen: Wir sind davon ausgegangen, diese Dokumente nicht zu brauchen. Diese Vorgangsweise des Durchstreichens wurde uns auch vom Mitarbeiter der AG empfohlen.

Auf Vorhalt des Aufforderungsschreibens der AG vom 3.12.2015 und dem dort geforderten „aktuelles KSV-Rating“ gab der AST an: Zu diesem Zeitpunkt haben wir bereits gewusst, dass das aktuelle Überarbeitungsdatum überschritten ist. Wir haben das daher so verstanden, dass das Datum aktuell sein soll.

Auf Frage aus dem Senat, ab wann das neue KSV-Rating mit dem Wert von 401 gültig gewesen sei: Es hat sich beim KSV der zuständige Bearbeiter geändert. Wir haben relativ lange gebraucht, um die Bearbeiterin zu erreichen. Diese hat uns dann den aktuellen Wert bekannt gegeben. Wenn der AST vorgehalten wird, dass dieses neue KSV-Rating laut Vergabeakt mit eMail vom 10.12.2015 mitgeteilt wurde, so gab der AST an, dass es sich um den 10.12.2015 gehandelt hat. Ab diesem Tag war das neue Rating vorübergehend gültig, wurde aber auf unsere Initiative am Montag, den 14.12.2015, auf einen Wert von unter 400 korrigiert.

AGV fasste sohin zusammen, dass am 10.12.2015 jedenfalls ein Rating von 401 bestanden habe.

Auf Frage aus dem Senat an den AST, wie die Bankgarantie mit Datum 17.12.2015 zustande gekommen sei: Wir haben nach Kenntnis des Ratingwertes 401 am 10.12.2015 sofort bei der Bank um eine solche Garantie

angesucht. Wir haben die erforderlichen Unterlagen übermittelt und die notwendigen Angaben gemacht.

Auf Frage aus dem Senat an den AGV, wann die AG die KSV-Daten geprüft bzw. eingesehen habe: Am 01.12.2015 wurde im Zuge der Angebotsprüfung in den ANKÖ Einsicht genommen. Im Zuge dieser Angebotsprüfung und Einsicht in den ANKÖ haben wir festgestellt, dass der Wert seit 15.11.2014 gültig ist und daher nicht dem Aktualitätserfordernis der Ausschreibung entspricht. Daher wurde in weiterer Folge die AST unter anderem zur Verbesserung aufgefordert. Mit der Aufforderung „aktuelles KSV-Rating“ im Schreiben vom 03.12.2015 war gemeint, eine Gültigkeit von weniger als 12 Monate vor Ende der Angebotsfrist. Anfragen bzw. Rückfragen der AST zur Ausschreibung oder zum Aufforderungsschreiben hat es keine gegeben. Der AST wurde lediglich das Durchstreichen der leeren Seiten im Angebot telefonisch mitgeteilt.

Auf Frage aus dem Senat, warum eine Promesse oder Bankgarantie von der AST nicht bereits mit Aufforderungsschreiben am 03.12.2015 gefordert worden sei: Laut Ausschreibung war eine solche dem Angebot beizulegen.

Auf Frage des ASTV, ob eine Eigenerklärung des Bieters ausgereicht hätte, gab der AGV an: Wenn das Rating gepasst hätte, hätte vorerst auch eine Eigenerklärung gereicht.

Auf Frage aus dem Senat, warum die AST die Bankgarantie vom 17.12.2015 vorgelegt habe: Wir haben die Bankgarantie wegen der Problematik des KSV-Ratings vorgelegt.

Der AGV führte dazu aus, dass seiner Ansicht nach die Bankgarantie bereits deswegen kein Ersatz für eine Promesse sein könne, weil unter anderem der Sicherungszweck ein anderer ist. Diesbezüglich verweise er auf die Schriftsätze.

Auf Frage des ASTV's, ob der AST bereits Anfang November eine Bankgarantie ausgestellt worden wäre, gab der AST an: Auf jeden Fall hätte die Bank dies getan, wir haben jedoch keine Notwendigkeit dafür gesehen.

Die Parteien stellten keine weiteren Beweisanträge und verzichteten auf Schlusssausführungen.

Die unter einem beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Beschluss vom 29.12.2015 zur Zahl VGW-123/V/074/14984/2015-5 antragsgemäß erlassen.

Das Verwaltungsgericht hat erwogen:

Ergänzend zum oben wiedergegebenen Sachverhalt, der als erwiesen angesehen wird, trifft das Verwaltungsgericht Wien anhand des von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeaktes, dessen inhaltliche Richtigkeit nicht bestritten wurde, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Äußerung zugestellt wurden, sowie dem Ergebnis der durchgeführten mündlichen Verhandlung vom 19.1.2016 folgende weitere entscheidungswesentliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin ist ein öffentliches Unternehmen, das im Sektor tätig ist, sie ist Sektorenauftraggeberin im Sinn des § 165 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich "Klebestöße und Isolierstöße im Gleisnetz der Wiener Linien an Rillen- und Vignolschienen". Einziges Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis. Die Ausschreibung ist bestandfest.

Am Vergabeverfahren haben sich insgesamt drei Bieter, darunter die Antragstellerin, beteiligt und ein Angebot gelegt. Die Angebotsöffnung fand am 18.11.2015 unter Beisein der Bieter statt. Das Angebot der Antragstellerin wurde als billigstes Angebot verlesen.

Die Ausschreibung in Punkt 1.2.2 lit b) der WSTW 9310 Teil 1 lautet wie folgt:

„b) Der Bewerber / Bieter hat folgendes Eignungskriterium „Rating“ nachzuweisen:

*Bewerber/Bieter, die über ein KSV-Rating (Gesamtbewertung/Ausfallrisiko) von höher als 400 verfügen, werden nicht weiter berücksichtigt, sofern keine Promesse (siehe unten) dem Angebot angeschlossen ist. Dabei darf das Datum*

*der letzten Datenüberarbeitung nicht älter als 12 Monate sein. (Gerechnet ab dem Datum zu dem die Eignung nach § 230 BVerG 2006 vorliegen muss).*

...

*Der Bewerber/Bieter hat den Nachweis über das Rating des Kreditschutzverbandes 1870 (KSV-Rating-Gesamtbewertung/Ausfallrisiko) zu erbringen. ..."*

Die Antragstellerin hat mit ihrem Angebot das Führungszertifikat des ANKÖ mit Datum 12.11.2015 für das Kalenderjahr 2015 vorgelegt. Nach dem klaren Wortlaut dieses Führungszertifikates sind die Eignungsnachweise der Antragstellerin für die Antragsgegnerin zur Eignungsprüfung abrufbar.

Der von der Antragsgegnerin am 1.12.2015, 8.02 Uhr, im Zuge der Angebotsprüfung eingeholte Auszug des „Auftragnehmerkataster Österreich – Eignungsnachweise“ weist in der Rubrik „Finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit“ folgende Daten auf:

Datenquelle	KSV Bonitätsmonitoring
Letzter Import	22.07.2014
Datum der letzten Recherche	13.10.2015

<u>Typ</u>	<u>Rating</u>	<u>Kennzeichnung</u>	<u>Gültig seit</u>
Rating	391	Geringes Risiko	15.11.2014

Vor dem 1.12.2015 wurde durch die Antragsgegnerin kein KSV-Auszug abgefragt. Am 1.12.2015 wurde im Zuge der Angebotsprüfung von der Antragsgegnerin Einsicht in den ANKÖ genommen, das Rating lag unter 400 und die Gültigkeit bestand seit 15.11.2014. Festgestellt wird daher, dass im Zeitpunkt der Angebotsöffnung am 18.11.2015 die letzte Datenüberarbeitung im KSV1870 12 Monate und drei Tage zurücklag.

In der mündlichen Verhandlung gab der Vertreter der Antragstellerin an, dass jährlich, regelmäßig im November / Dezember die Daten beim KSV1870 aktualisiert würden und Mitarbeiter der Antragstellerin die erforderlichen Unterlagen und Daten zur Aktualisierung des Unternehmensprofiles dem

KSV1870 bekannt geben. Der Wert, der so ermittelt werde, werde dann bis zur nächsten Aktualisierung verwendet und bei Bedarf angegeben. Im Zuge der Erstellung des Angebotes sei daher keine neuerliche Einsichtnahme in den ANKÖ erfolgt, da der Wert von unter 400 im Unternehmen bekannt gewesen sei. Das letzte Aktualisierungsdatum sei in der Bandbreite November / Dezember des letzten Jahres bekannt gewesen und sei deswegen bei Angebotserstellung auch keine gesonderte Einsichtnahme in den ANKÖ erfolgt.

Mit am 3.12.2015 per Fax der Antragstellerin übermitteltem Aufforderungsschreiben der Antragsgegnerin ersuchte diese unter dem Punkt „Finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (WSTW 9310 Teil 1, Punkt 1.2.2)“ unter einem um „Aktuelles KSV Rating“.

Im Zeitpunkt des Aufforderungsschreibens an die Antragstellerin hat diese bereits gewusst, dass das aktuelle Überarbeitungsdatum überschritten ist, und die Aufforderung diesbezüglich so verstanden, dass das Datum aktuell sein soll. Diese Feststellung gründet auf der Aussage des Vertreters der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung auf Vorhalt des Aufforderungsschreibens.

Die Antragstellerin legte binnen der im Aufforderungsschreiben gesetzten Frist neben den geforderten Unterlagen ein Mail einer Mitarbeiterin der KSV1870 Information GmbH vom 10.12.2015 mit dem Wortlaut vor: *„Sehr geehrte (...), nach aktueller Überarbeitung und nach Abstimmung mit meinem Vorgesetzten führt die M. KG derzeit ein Rating von 401. Bei eventuellen Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung! (...).“*

Am 14.12.2015, der Antragstellerin am selben Tag per Fax zugegangen, teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung mit wie folgt:

*„Sehr geehrter Bieter!*

*Wir bedanken uns für Ihr Angebot vom 17.11.2015 zur o.a. Ausschreibung. Wir müssen Ihnen aber leider mitteilen, dass ihr Angebot gemäß § 269 BVergG 2006 aus den unten genannten Gründen ausgeschieden wird.*

*Begründung der Ausscheidung:*

*Gemäß Punkt 1.2.3 a) aus „WSTW 9310 Teil 1 ALLGEMEINE EIGNUNGSANFORDERUNGEN DER WIENER STADTWERKE“ ist mit dem Angebot der Nachweis über ein KSV-Rating beizulegen. Bieter mit einem KSV Rating höher 400 werden nicht weiter berücksichtigt. In unserem Schreiben vom 3.12.2015 wurden sie aufgefordert, diesen Nachweis nachzureichen. In ihrer Nachreichung vom 10.12.2015 haben Sie den Nachweis über ein KSV-Rating >400 erbracht. Eine Promesse war dem Angebot nicht angeschlossen. Ihr Angebot ist gemäß § 269 Abs. 1 Z 2 iVm 269 Abs. 2 BVergG auszuschneiden. Die Zuschlagsentscheidung ist an die Firma G. (Österreich) GmbH, (...) mit einer Vergabesumme (...) vorgesehen. Die Stillhaltefrist laut § 273 Bundesvergabegesetz 2006 idgF endet am 21.12.2015.“*

Gegen diese Entscheidung richtet sich der gegenständliche Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung vom 21.12.2015, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung und Pauschalgebührenersatz. Mit dem Nichtigerklärungsantrag wurde das „derzeit aktuelle Unternehmensprofil“ laut der Wirtschaftsdatenbank des KSV1870 betreffend die Antragstellerin per 14.12.2015 vorgelegt. Ein Ratingwert ist diesem Auszug nicht zu entnehmen.

Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens wurde durch die Antragsgegnerin ein am 22.12.2015, 16.17 Uhr, angefragtes Unternehmensprofil aus der Datenbank des „KSV1870 Auskunft UnternehmensProfil Professional“ vorgelegt, welches unter „KSV1870 Bewertung“ folgende Daten aufweist: „KSV1870 Rating: 396“ und als letzte Überarbeitung das Datum „2015-12-14“.

Festgestellt wird, dass die Antragstellerin am 18.11.2015 über ein KSV-Rating von 391 verfügte und am 10.12.2015 ein Rating von 401 aufwies. Festgestellt wird weiters, dass am 18.11.2015 die letzte Datenüberarbeitung 12 Monate und drei Tage zurücklag. Nach Einreichung von Unterlagen und deren Verarbeitung in der Wirtschaftsdatenbank des KSV1870 wurde ein Unternehmensprofil der Antragstellerin per 14.12.2015 erstellt und lag am 22.12.2015 ein Rating von 396 und ein Überarbeitungsdatum vom 14.12.2015 vor.

Die Ausschreibung lautet in Punkt 1.2.2 lit c) der WSTW 9310 Teil 1 wie folgt:

„c) *Promesse / Substitution der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit:*

*Sofern der Bewerber / Bieter*

*(...)*

*über kein geeignetes KSV-Rating (Gesamtbewertung /Ausfallrisiko) gem. Pkt. b) verfügt, ist eine Garantiebereitstellungszusage (Promesse) in Höhe von 13.000,00 EUR einer in der EU niedergelassenen Bank über die Beibringung einer unbedingten und unwiderruflichen Garantieerklärung durch diese Bank der Bewerbung / dem Angebot anzuschließen.*

*(...)*

*Sowohl für die Promesse als auch für die Vertragserfüllungsgarantie sind die den Ausschreibungsunterlagen beigefügten Musterbriefe zu verwenden.“*

Die Ausschreibung enthielt Musterformblätter zu Promesse und Bankgarantie. Diese Blankomuster sind im Angebot der Antragstellerin händisch durchgestrichen und nicht ausgefüllt vorhanden. Die Antragstellerin hat nach eigenen Angaben in ihren Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung mit ihrem Angebot keine Promesse und Bankgarantie abgegeben. Die händische Durchstreichung der Muster zu Promesse und Bankgarantie im Angebot der Antragstellerin erfolgte aus dem Grund, weil die Antragstellerin diese nicht für erforderlich hielt, und um Missverständnissen vorzubeugen.

Die Antragstellerin hat mit ihrem Nichtigerklärungsantrag eine Bankgarantie der ...bank mit Datum 17.12.2015 vorgelegt. Diese Bankgarantie wurde am 10.12.2015, nach Bekanntwerden des Ratingwertes von 401 am 10.12.2015, in Auftrag gegeben. Die vorgelegte Bankgarantie weicht vom Muster in der Ausschreibung insoweit ab, als sie z.B. die Auszahlung, die Abtretung und Verpfändung abweichend regelt sowie die Gültigkeit mit 31.12.2016 befristet.

Dass die Bank bereits Anfang November eine Promesse bzw. Bankgarantie für die Antragstellerin ausgestellt hätte bzw. eine mündliche Erklärung der Bank dazu vorgelegen sei, konnte nicht festgestellt werden. Die beantragte Zeugeneinvernahme eines informierten Vertreters der Hausbank der

Antragstellerin konnte dennoch unterbleiben, weil der entscheidungsrelevante Sachverhalt auch ohne diese Einvernahme erhoben und festgestellt werden konnte.

Die Aussage des Vertreters der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung war ohne jeden Widerspruch. Der Vertreter der Antragstellerin hat das Angebot nicht selbst ausgearbeitet, vermittelte jedoch den Eindruck, über die Ausschreibung und die Vorgänge im Unternehmen informiert gewesen zu sein. Die Aussage des Vertreters der Antragstellerin erschien dem Senat daher schlüssig und nachvollziehbar und konnte den Feststellungen zugrunde gelegt werden.

#### Maßgebliche Rechtsvorschriften:

§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006 lautet:

Gesondert anfechtbar sind folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen: im offenen Verfahren: (...) das Ausscheiden eines Angebotes; die Zuschlagsentscheidung.

§ 2 Z 20 lit c BVergG 2006 lautet:

Eignungskriterien sind die vom Auftraggeber festgelegten, nicht diskriminierenden, auf den Leistungsinhalt abgestimmten Mindestanforderungen an den Bewerber oder Bieter, die gemäß den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes nachzuweisen sind.

§ 187 Abs. 1 BVergG 2006 lautet:

Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

§ 230 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 lautet:

Unbeschadet der Regelung des § 188 Abs. 1 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens vorliegen:

1. beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung

§ 231 Abs. 1 und Abs. 5 BVergG 2006 lauten:

(1) Der Sektorenauftraggeber hat festzulegen, mit welchen Nachweisen Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre

1. berufliche Befugnis,
2. berufliche Zuverlässigkeit,
3. finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie
4. technische Leistungsfähigkeit

zu belegen haben. Nachweise dürfen nur so weit festgelegt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Dabei hat der Sektorenauftraggeber die berechtigten Interessen des Unternehmers am Schutz seiner technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen.

(5) Der Unternehmer kann den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch den Nachweis der Eintragung in einem einschlägigen, allgemein zugänglichen Verzeichnis eines Dritten führen, sofern diesem die vom Sektorenauftraggeber festgelegten Unterlagen in der vom Sektorenauftraggeber gewünschten Aktualität vorliegen und vom Sektorenauftraggeber selbst unmittelbar abrufbar sind. Der Unternehmer kann den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch mit anderen als den vom Sektorenauftraggeber festgelegten Unterlagen führen, sofern die festgelegten Unterlagen aus einem gerechtfertigten Grund nicht beigebracht werden können und die vorgelegten Unterlagen die gleiche Aussagekraft wie die ursprünglich festgelegten aufweisen. Der Nachweis der gleichen Aussagekraft ist vom Unternehmer nach Aufforderung zu erbringen.

§ 267 BVergG 2006 lautet:

(1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.

(2) Bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, ist im Einzelnen zu prüfen,

1. ob den in § 187 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;  
nach Maßgabe des § 231 die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit
2. des Bieters bzw. – bei der Weitergabe von Leistungen – der namhaft gemachten Subunternehmer;
3. ob das Angebot rechnerisch richtig ist;
4. die Angemessenheit der Preise;
5. ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

§ 269 Abs. 1 Z 2 und Abs. 2 BVergG 2006 lauten:

(1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Sektorenauftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung im Oberschwellenbereich folgende Angebote auszuschneiden:

2. Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;

(2) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung kann der Sektorenauftraggeber im Unterschwellenbereich Angebote von Bietern gemäß den in Abs. 1 genannten Gründen ausscheiden.

I. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist am 21.12.2015 postalisch versendet worden und am 22.12.2015 im Verwaltungsgericht Wien eingelangt, er ist rechtzeitig (§ 24 Abs. 2 WVRG 2014) und entspricht auch sonst den Bestimmungen der §§ 20 Abs. 1, 23 Abs. 1 WVRG 2014. Mit der angefochtenen Ausscheidensentscheidung wird eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006 bekämpft. Die Antragstellerin hat den ihr allenfalls drohenden Schaden bei Nichterlangung des gegenständlichen Auftrages plausibel dargelegt (vgl. VwGH 23.5.2007, ZI. 2007/04/0010) und ihr Interesse am Vertragsabschluss nachvollziehbar dargestellt. Die Beibringung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich ist nachgewiesen. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes Wien ergibt sich aus § 7 Abs. 2 Z 2 WVRG 2014.

II. Gemäß § 263 Abs. 2 und 3 BVergG 2006 haben sich Bieter bei offenen Verfahren bei der Erstellung der Angebote an die Ausschreibungsunterlagen zu halten und müssen Angebote die in den Ausschreibungsunterlagen vorgeschriebene Form aufweisen.

Die Auftraggeberin kann als Sektorenauftraggeberin grundsätzlich frei festlegen, welche Nachweise sie von den Bietern zum Beleg ihrer Eignung erbracht sehen will. Sie hat dabei die allgemeinen Grundsätze zu beachten und hat insbesondere transparent und nicht diskriminierend vorzugehen (*Heid Preslmayr, Handbuch Vergaberecht*<sup>3</sup>, S. 641).

Die Auftraggeberin hat in der bestandfesten Ausschreibung unter Punkt 1.2.2 a) den Nachweis für das Eignungskriterium „Mindestumsatz“, unter Punkt 1.2.2. b) den Nachweis für das Eignungskriterium „Rating“ und unter Punkt 1.2.2 c) den Nachweis für Substitution/Promesse der wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit festgelegt.

Die Eignung muss gemäß § 231 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 im offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Die Angebotsöffnung hat am 18.11.2015 stattgefunden.

Gemäß § 267 Abs. 1 BVergG 2006 erfolgt die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.

Bis zur Angebotsprüfung durch die Antragsgegnerin am 1.12.2015, was den Zeitpunkt der Angebotsöffnung am 18.11.2015 einschließt, hat der Ratingwert der Antragstellerin 391 betragen und lag somit unter dem in der Ausschreibung geforderten Wert von <400, weshalb nach den Bestimmungen der Ausschreibung die Vorlage einer Promesse mit dem Angebot nicht erforderlich war.

Kumulativ zu diesem Wert unter 400 verlangt die Ausschreibung in Punkt 1.2.2 b) jedoch auch, dass das Datum der letzten Datenbearbeitung nicht älter als 12 Monate sein darf. Die Antragstellerin hat dazu in der mündlichen Verhandlung vorgebracht, dass jedes Jahr im November / Dezember jene Daten und Unterlagen an den KSV1870 übergeben werden, unter deren Zugrundelegung ein Ratingwert für die Antragstellerin vom KSV1870 errechnet wird, mit welchem Wert im Unternehmen der Antragstellerin sodann im folgenden Jahr gearbeitet wird.

Die letzte Datenbearbeitung war der Antragstellerin demnach als im November / Dezember des Vorjahres gelegen bekannt, weshalb im Zuge der Angebotserstellung von der Antragstellerin keine eigene Einsichtnahme in die Datenbanken des ANKÖ oder KSV1870 erfolgt ist, sondern von einem für die gegenständliche Ausschreibung passenden letzten Datenbearbeitungsdatum ausgegangen worden ist.

Tatsächlich lag die letzte Datenbearbeitung am Tag der Angebotsöffnung am 18.11.2015 bereits 12 Monate und drei Tage zurück, weshalb die Antragsgegnerin mit Aufforderung vom 3.12.2015 die Antragstellerin um ein „Aktuelles KSV Rating“ ersuchte. Zur Vorlage einer Promesse wurde die Antragstellerin in diesem Schreiben nicht aufgefordert.

Dieser Aufforderung kam die Antragstellerin fristgerecht nach und wies mit Schreiben des KSV1870 am 10.12.2015 ein KSV-Rating von 401 nach. Dieser Wert lag über dem in der Ausschreibung geforderten Wert von <400. Nachdem

der Ratingwert nun über 400 lag, hätte mit der Nachreichung die Vorlage einer Promesse durch die Antragstellerin erfolgen müssen.

Die Antragstellerin hat im Nachprüfungsverfahren eine Bankerklärung mit Datum 17.12.2015 vorgelegt und argumentiert, dass sie von der Antragsgegnerin im Vergabeverfahren zur Vorlage hätte aufgefordert werden müssen, das Aufforderungsschreiben unzulässig und rechtswidrig ergangen sei und nicht die Voraussetzungen eines ordnungsgemäßen Verbesserungsauftrages erfüllt habe. Dagegen wandte die Antragsgegnerin ein, dass die Promesse bzw. Bankerklärung nach den Bestimmungen der Ausschreibung bereits dem Angebot anzuschließen gewesen wäre und ergebe sich aus dem Vorbringen der Antragstellerin, dass zum Ende der Angebotsfrist noch keine Promesse ausgestellt gewesen sei. Letztlich entspreche die im Nachprüfungsverfahren vorgelegte Bankgarantie auch nicht dem in der Ausschreibung beiliegenden Muster.

Zur Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen hat der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen, dass diese nach dem objektiven Erklärungswert „für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter“ bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen sind (VwGH 1.7.2010, 2006/04/0139 mwN).

Die Ausschreibung legt in Punkt 1.2.2 c) bestandfest fest, dass der Bewerber oder Bieter, wenn er nicht über den geforderten Mindestumsatz verfügt (gemäß Punkt a) und diesen Nachweis durch einen Subunternehmer oder ein verbundenes Unternehmen substituiert und / oder über kein geeignetes KSV-Rating (Gesamtbewertung/Ausfallrisiko) (gemäß Punkt b) verfügt, eine Garantiebereitstellungszusage (Promesse) in Höhe von Euro 13.000,-- dem Angebot anzuschließen hat und sowohl für die Promesse als auch für die Vertragserfüllungsgarantie die in den Ausschreibungsunterlagen beigefügten Musterbriefe zu verwenden sind.

In Punkt 1.2.2 b) wird zum Eignungskriterium „Rating“ in diesem Zusammenhang festgelegt, dass Bewerber oder Bieter, die über ein KSV-Rating von höher als 400 verfügen, nicht weiter berücksichtigt werden, sofern keine Promesse dem Angebot angeschlossen ist.

Die Bestimmung der Ausschreibung unter Punkt 1.2.2 b) zum Eignungskriterium „Rating“ war objektiv so zu verstehen, dass Bewerber bzw. Bieter grundsätzlich über ein KSV-Rating von weniger als 400 verfügen müssen, wobei die Datenüberarbeitung nicht länger als 12 Monate ab Angebotsöffnung am 18.11.2015 zurückliegen darf und bei einem KSV-Wert über 400 nur dann im Vergabeverfahren weiter berücksichtigt werden, wenn sie dem Angebot eine Promesse angeschlossen haben.

Die Bestimmung der Ausschreibung unter Punkt 1.2.2 c) zur Promesse / Substitution der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit war objektiv so zu verstehen, dass, wenn der Bieter über kein geeignetes KSV-Rating (Punkt 1.2.2 b) verfügt, eine Garantiebereitstellungszusage (Promesse) in bestimmter Höhe dem Angebot beizuschließen und dafür die in der Ausschreibung beigefügten Musterbriefe zu verwenden hat.

Anfragen zum Verständnis der Ausschreibung oder zum Aufklärungsschreiben wurden an die Antragsgegnerin während des Vergabeverfahrens keine gerichtet.

Der Antragstellervertreter hat in der mündlichen Verhandlung angegeben, die Ausschreibung gekannt zu haben, über die Angebotserstellung informiert gewesen zu sein und am 3.12.2015 bereits gewusst zu haben, dass das aktuelle Überarbeitungsdatum für das KSV-Rating überschritten ist, sowie wegen des zu hohen Ratings am 10.12.2015 seine Bank wegen einer Bankgarantie kontaktiert zu haben, welche mit Datum 17.12.2015 eine Bankgarantie ausgestellt hat. Die Aufforderung zur Verbesserung vom 3.12.2015 an die Antragstellerin wurde demnach nicht missverstanden.

Festzuhalten ist daher, dass der Rating-Wert der Antragstellerin bei Angebotsöffnung am 18.11.2015 391 betrug und eine Promesse dem Angebot der Antragstellerin nicht angeschlossen war. Die Antragsgegnerin war nach der bestandfesten Ausschreibung gemäß Punkt 1.2.2 b) nicht verpflichtet, die Antragstellerin zur Vorlage einer Promesse aufzufordern, da der Ratingwert unter 400 betrug und daher der Mangel zu diesem Zeitpunkt nicht im Fehlen einer Promesse bestand. Die Antragsgegnerin forderte eine Verbesserung hinsichtlich des Bearbeitungsdatums („Aktuelles KSV Rating“). Mit der Vorlage des KSV-

Ratings von 401 am 10.12.2015 wäre nach Ansicht des Senates die Promesse vorzulegen gewesen (siehe Punkt 1.2.2 b) und c) der Ausschreibung), was jedoch nicht erfolgt ist. Die Beischaffung und Vorlage einer Bankgarantie erfolgte erst im Nachprüfungsverfahren und war bereits deswegen unbeachtlich, weil selbst die Beischaffung und Vorlage einer Promesse im Nachprüfungsverfahren auf Grund der Verspätung nicht ausgereicht hätte.

In Anbetracht der grundsätzlichen Behebbarkeit des Mangels (VwGH 16.4.2010, 2005/04/0253) hat die Antragstellerin ihre Möglichkeit auf Verbesserung dadurch vertan, als sie mit dem aktuellen Rating-Wert von 401 nicht auch eine Promesse nachgereicht hat. In Anwendung der Grundsätze des Vergabeverfahrens, welche auch den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter umfassen, ist ein Bieter grundsätzlich nur ein Mal zur Mängelbehebung aufzufordern (z.B. BVA 21.4.2008, N/0030-BVA/10/2008-36). Hätte die Antragsgegnerin nach ihrem Verbesserungsschreiben am 3.12.2015 wegen des nun zu hohen Ratings zur Vorlage der Promesse aufgefordert, wäre dies jedoch bereits die zweite Möglichkeit zur Verbesserung für die Antragstellerin gewesen, womit entgegen den Grundsätzen des Vergaberechts eine Ungleichbehandlung der Bieter erfolgt wäre.

Dass die letzte Datenbearbeitung im Zeitpunkt der Angebotsöffnung am 18.11.2015 länger als 12 Monate zurücklag, stellte die Antragsgegnerin im Zuge der Angebotsprüfung am 1.12.2015 fest und forderte die Antragstellerin am 3.12.2015 zur Verbesserung auf, indem sie ein „Aktuelles KSV Rating“ verlangte. Die Antragstellerin entsprach diesem Ersuchen, ließ ihre Daten beim KSV überarbeiten und legte in Entsprechung des Auftrages ein Schreiben des KSV1870 vom 10.12.2015 vor, welches jedoch einen KSV-Wert größer 400 aufwies, woraufhin die Antragstellerin mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 14.12.2015 ausgeschieden wurde.

Grundsätzlich ist auszuführen, dass einem Auftrag zur Behebung eines Mangels nicht wirksam entsprochen wird, wenn der Mangel in dadurch unvollständiger Weise so behoben wird, dass durch die vermeintliche Behebung der nächste Mangel neu verursacht wird. Würde man derartige unvollständige Verbesserungsversuche als Behebung des vorgehaltenen Mangels akzeptieren, so

würde dies den Grundsatz, dass der Bieter nur eine einmalige Möglichkeit zur Mängelbehebung hat, ad absurdum führen, da es der Bieter auf diese Weise in der Hand hätte, bei jedem Verbesserungsversuch – wenn auch unbeabsichtigt - einen neuen Mangel zu schaffen und so eine Kette von Verbesserungschancen entstünde. Im vorliegenden Fall hat die Antragstellerin mit dem Verbesserungsversuch vom 10.12.2015 ein KSV-Rating von 401 nachgewiesen und hätte damit einen nächsten Verbesserungsversuch des so geschaffenen Mangels (KSV-Rating höher als 400) bewirkt, welcher jedoch den Grundsätzen der Gleichbehandlung, Transparenz und Nichtdiskriminierung entgegengestanden wäre.

Zusammengefasst hatte die Antragstellerin zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung zwar einen Ratingwert <400, jedoch eine zu lang zurückliegende letzte Datenbearbeitung. Die Aktualisierung der Daten ergab schließlich einen Ratingwert von über 400, jedoch war der Nachreichung des aktuellen KSV-Auszuges keine Promesse angeschlossen. Da die Eignung der Antragstellerin nicht, wie in der Ausschreibung festgelegt, nachgewiesen worden ist, erfolgte die Ausscheidensentscheidung der Antragsgegnerin zu Recht und war spruchgemäß zu entscheiden.

III. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 16 Abs. 1 WVRG 2014. Nach dieser Bestimmung hat ein Pauschalgebührenersatz nur dann stattzufinden, wenn die Antragstellerin zumindest teilweise obsiegt.

IV. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

## Belehrung

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des Erkenntnisses durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Dr. Opperl