

# TE Vwgh Erkenntnis 2014/6/17 2013/04/0033

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.06.2014

## Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
97 Öffentliches Auftragswesen;

## Norm

BVergG 2002 §52 Abs5;  
BVergG 2006 §19 Abs1;  
BVergG 2006 §69 Z1;  
BVergG 2006 §69;  
BVergG 2006 §70 Abs1 Z3;  
BVergG 2006 §70 Abs1;  
BVergG 2006 §70 Abs2;  
VwGG §42 Abs2 Z1;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Beck und die Hofräte Dr. Grünstäudl, Dr. Kleiser, Dr. Mayr sowie die Hofrätin Mag. Hainz-Sator als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Berthou, über die Beschwerde der S GmbH in F, vertreten durch die Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Heinrichsgasse 4/Top 1, gegen den Bescheid des Bundesvergabebeamtes vom 24. Jänner 2013, Zl. N/0108- BVA/02/2012-22, betreffend vergaberechtliche Nachprüfung (weitere Partei: Bundesminister für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft; mitbeteiligte Parteien: 1. A in Wien, und 2. A GmbH in Wien), zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

I.

1. Mit dem angefochtenen Bescheid des Bundesvergabebeamtes (belangte Behörde) wurde in einem Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabebezugsgesetz 2006, BGBl. I Nr. 17 idF BGBl. I Nr. 10/2012 (BVergG 2006), betreffend die Auftragsvergabe

"A 23 GEN HSI-Vorlastschüttung/A 23 GEN Hochstraße I - Vorlastschüttung (ID-Nr.: 11219)" der erstmitbeteiligten Auftraggeberin der Antrag der Beschwerdeführerin auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zugunsten der zweitmitbeteiligten Partei (vom 16. November 2012) abgewiesen (Spruchpunkt I.).

Weiters wurde der Antrag auf Gebührenersatz abgewiesen (Spruchpunkt II.).

2. Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, im vorliegenden Fall handle es sich um ein europaweit ausgeschriebenes offenes Verfahren nach dem Bestbieterprinzip.

Nach Berichtigung der Ausschreibung sei der Schlusstermin für den Eingang der Angebote mit 5. Juli 2012, 11:00 Uhr, festgesetzt worden.

3. Zur finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Bieter und den dafür erforderlichen Nachweisen sei in den Ausschreibungsunterlagen (Teil B.1, Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen, Punkt 1.1.25.4) ausgeführt worden:

"Der Bieter muss nachweisen, dass seine finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gegeben ist."

Ergänzend sei im Leistungsverzeichnis der Ausschreibungsunterlagen (Teil B.5, Positionen 00B104 und 00B104A) Folgendes festgelegt worden:

"KSV Rating

Zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bieters ist ergänzend zumindest folgendes nachzuweisen:

Die aktuelle Bonität mit einem Rating des Kreditschutzverbandes von 1870 mit einem Wert von ? 350 bzw. Vorlage eines vergleichbaren Ratings einer vergleichbaren Ratingagentur.

Dieser Nachweis ist durch Beilage folgender Unterlagen zu führen:

Aktuelle Bonitätsauskunft des Kreditschutzverbandes von 1870 oder einer gleichwertigen Einrichtung."

An dieser Ausschreibung hätten sich die Beschwerdeführerin sowie die zweitmitbeteiligte Partei (und weitere acht Bieter) beteiligt.

4. Dem Angebot der zweitmitbeteiligten Partei (vom 5. Juli 2012) sei unter anderem das ausgefüllte Formblatt "Eigenerklärung des Bieters" beigelegt, in welchem die zweitmitbeteiligte Partei unter gleichzeitigem Hinweis auf ihren Firmencode im ANKÖ (Auftragnehmerkataster Österreich) erklärt habe,

"die vom Auftraggeber in der gegenständlichen Ausschreibung verlangten Eignungskriterien zu erfüllen und die darin festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von sieben Tagen beibringen zu können".

Am 17. Oktober 2012 habe die erstmitbeteiligte Auftraggeberin im Zuge der Angebotsprüfung eine ANKÖ-Abfrage betreffend die zweitmitbeteiligte Partei getätigt, in welcher zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit Folgendes festgehalten worden sei:

"KSV- Zusammenfassung

Datenquelle

Bonitäts Rating Information

Letzter Import

17.10.2012

Datum der letzten Recherche

16.10.2012

Typ

Rating

Kennzeichnung

Gültigkeit seit

Rating

0

keine aktuelle Berechnung

16.10.2012

Zahlweise

250

Zahlungen erfolgen ordnungsgemäß innerhalb der vereinbarten Konditionen, meist kurzfristig, unter Skontoausnützung. Vereinzelt kommt es zu Verzögerungen, wobei es sich jedoch um Streitfälle handeln soll.

15.10.2012

Beurteilung

0

Man stellt ein renommiertes und eines der führenden österreichischen Bauunternehmen dar und war die Ertragslage 2009, 2010 und 2011 positiv. In der Bilanz per 31.12.2011 ist ein positives Eigenkapital ausgewiesen. Das Unternehmen zählt zum internationalen spanischen Konzern 'F S.A.'. Zu erwähnen wäre, dass aufgrund der Entwicklung bestimmter Projekte im Rahmen des A-Konzerns für das Geschäftsjahr 2012 ein erheblicher Verlust erwartet wird. Umfangreiche Maßnahmen (Bankengeschäfte, Unterstützung durch Gesellschafter, Verkauf von Beteiligungen) zur Verbesserung der Finanzstruktur wurden eingeleitet und bliebe die kurzfristige Weiterentwicklung abzuwarten."

5. Am 19. Oktober 2012 habe die erstmitbeteiligte Auftraggeberin eine Aufklärungsaufforderung an die zweitmitbeteiligte Partei gerichtet, in welcher sie diese über den aktuellen KSV-Auszug und den damit verbundenen Umstand informiert habe, dass die Bieterin damit den in der Ausschreibung geforderten Nachweis nicht erbracht habe. Weiters habe die erstmitbeteiligte Auftraggeberin ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Angebot der zweitmitbeteiligten Partei gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 auszuschneiden sei und der zweitmitbeteiligten Partei die Möglichkeit zur Stellungnahme geboten.

Am 31. Oktober 2012 habe die zweitmitbeteiligte Partei ausdrücklich Stellung genommen, in der sie auf die "mit voller Unterstützung ihrer Hauptgesellschafterin F von sich aus ergriffenen Strukturierungsmaßnahmen", die bereits aufgenommen und "aus heutiger Sicht einen positiven Lauf nehmenden und voraussichtlich bis Mitte nächster Woche abgeschlossenen Bankengespräche" verwiesen habe und insbesondere weitere Nachweise zur finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit vorgelegt habe. Neben der Erklärung der Boston Consulting Group vom 31. Oktober 2012 betreffend die Restrukturierungsmaßnahmen, dem Jahresbericht vom 31. Dezember 2011, dem Halbjahresbericht vom 30. Juni 2012, Nachweisen mit Angaben über die Dienstnehmeranzahl, über die Unternehmensbeteiligungen und über die Kapitalausstattung, Anlagevermögen und Grundbesitz, einer Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes Salzburg vom 16. Oktober 2012 und einer Unbedenklichkeitsbescheinigung der Salzburger Gebietskrankenkasse vom 15. Oktober 2012, habe die zweitmitbeteiligte Partei insbesondere folgende Patronatserklärung ihrer Konzernmutter, der F, S.A. vorgelegt:

"PATRONATSERKLÄRUNG

Wir, F S.A., (...) verpflichten uns hiermit gegenüber der Auftraggeberin

A

im Sinne einer 'harten' Patronatserklärung unwiderruflich, uneingeschränkt dafür Sorge zu tragen, dass die

A GmbH

für den Fall der Zuschlagserteilung an sie für die Erbringung der im Vergabeverfahren 'A23 Generalerneuerung, Hochstraße I Vorlastschüttung' ausgeschriebenen Leistungen von uns stets so wirtschaftlich und finanziell sowie

technisch ausgestattet wird, dass sie jederzeit in der Lage ist, alle ihr aus dem Auftrag erwachsenden Verpflichtungen vollständig und pünktlich zu erfüllen.

Weiters verpflichten wir uns gegenüber der Auftraggeberin für den Fall der Zuschlagserteilung an die A GmbH unwiderruflich, auf erste Aufforderung der Auftraggeberin hin, unbeschadet der Wirksamkeit der vertraglichen Verpflichtungen der A GmbH und unter Verzicht auf jegliche Einwendungen und Einreden aus denselben, jegliche Haftung für die Erbringung der auftragsgegenständlichen Leistungen zu übernehmen."

Weiters habe es in der am 9. November 2012 von der erstmitbeteiligten Auftraggeberin getätigten KSV-Auskunft betreffend die F.S.A. wie folgt gelautet:

"KSV Gesamtbewertung:

349

Das Unternehmen hat ausreichende Bonität.

Detailbewertungen:

Zahlweise

Es wurden hier zahlreiche Anstände bekannt, diese beeinflussen jedoch nicht die Bonität des Unternehmens."

Am 15. November 2012 habe ein weiteres Aufklärungsgespräch zwischen der erstmitbeteiligten Auftraggeberin und der zweitmitbeteiligten Partei zum Thema "wirtschaftliche Leistungsfähigkeit" stattgefunden. Dabei habe die zweitmitbeteiligte Partei ausführlich die von der erstmitbeteiligten Auftraggeberin an sie gerichteten Fragen beantwortet (in Bezug auf die Ergebnisse der Bankengespräche, die Finanzierung der bestehenden Finanzverbindlichkeit im Geschäftsjahr 2012 samt Höhe und Zeitpunkt der nächsten Tilgungen und Zinszahlungen, die zu erwartenden Ein- und Ausgänge liquider Mittel für nennenswerte Projekte im Geschäftsjahr 2013, Gewährleistung der Liquidität des operativen (laufenden) Geschäftes (Free Cashflow als Operative und Investitions-Sphäre) im Geschäftsjahr 2013 sowie das Bestehen von nennenswerten Ereignissen - sowohl Ein- als auch Auszahlungen bezüglich der Liquidität im Geschäftsjahr 2013).

Zum Nachweis habe die zweitmitbeteiligte Partei unter anderem ein Schreiben der B C Group vom 13. November 2012 vorgelegt, in dem ausdrücklich bestätigt worden sei, dass:

"wir im Auftrag der Leadbanken und in Übereinstimmung mit der

A Holding GmbH und der A GmbH heute alle finanzierenden Banken, Avalfinanzierer und Warenkreditversicherungen darüber informiert haben, dass die erforderliche Zustimmungsquote für den Standstill erreicht wurde. Damit stehen die existierenden Kredit- und Avallinien für die A vollumfänglich zur Verfügung."

6. Im Vergabebericht vom 16. November 2012 habe die erstmitbeteiligte Auftraggeberin zur finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der zweitmitbeteiligten Partei sodann wie folgt ausgeführt:

"Vorweg wird angemerkt, dass der Auftraggeber die vorliegenden Nachweise als geeignete Nachweise ansieht, zumal diverse Nachweise ausdrücklich in § 74 BVergG genannt sind und vom Auftraggeber jedenfalls als geeignet zu akzeptieren sind.

Die vorliegenden Unterlagen geben folgende Auskunft über die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Bieters 05:

-

Aufgrund eines aktuellen Auszugs des KSV wird die zahlweise vom KSV - nach wie vor - mit 250 bewertet was bedeutet, dass die Zahlungen ordnungsgemäß innerhalb der vereinbarten Konditionen, meist kurzfristig unter Skontoausnutzung erfolgen.

-

Der Bieter 05 beschäftigt derzeit rund 17.200 Mitarbeiterinnen, davon ca 7.500 in Österreich

-

Es liegen weder Rückstände beim Finanzamt noch bei der Gebietskrankenkasse vor.

-

Der Bieter 05 verfügt über ein langfristiges Vermögen von 500 Mio Euro, davon befinden sich ca 400 Mio Euro in Sachanlagen und 20 Mio. Euro Grundstücken.

-

Der Bieter 05 verfügt über ein Eigenkapital von ca 400 Mio Euro.

-

Der Bieter 05 hat im Oktober 2012 Rechnungen in Höhe von 18 Mio Euro beglichen.

-

Im Zuge der Analyse (durch die Abteilung Controlling) des zuletzt auditierten Jahresabschlusses (2011) konnte eine überaus geringe Geldumschlagsdauer ermittelt werden. Das sehr kurz gebundene Kapital steht schnell wieder für eine anderweitige Nutzung zur Verfügung.

-

Des Weiteren wurde das Verhältnis von Umlaufvermögen zu kurzfristigen Schulden (Liquidität 3. Grades) ermittelt und mit größer 1 errechnet. Das bedeutet, dass Bieter 05 in der Lage ist, alle Schulden, die innerhalb der nächsten 12 Monate fällig werden, aus eigener Kraft zu begleichen."

Schließlich habe die erstmitbeteiligte Auftraggeberin die Eignung der zweitmitbeteiligten Partei als "geprüft und gegeben" beurteilt.

7. Am 16. November 2012 habe die erstmitbeteiligte Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung zugunsten der zweitmitbeteiligten Partei, welche insgesamt die maximale Punkteanzahl von 100 Punkten erhalten habe, bekannt gegeben. Die Beschwerdeführerin sei an zweiter Stelle gereiht gewesen.

8. Gegen diese Zuschlagsentscheidung habe die Beschwerdeführerin bei der belangten Behörde einen Nachprüfungsantrag eingebracht, in dem sie auf das Wesentlichste zusammengefasst vorbrachte, die zweitmitbeteiligte Partei sei auf Grund fehlender finanzieller und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit auszuscheiden gewesen.

Diesem Nachprüfungsantrag habe die Beschwerdeführerin ein "KSV-Finanzprofil Professional" des Kreditschutzverbandes von 1870 (KSV) vom 21. November 2012 betreffend die zweitmitbeteiligte Partei vorgelegt. Dieses wird im angefochtenen Bescheid (auf Seite 8) wie folgt wiedergegeben:

"Gesamtbewertung

Rating 0

Keine aktuelle Berechnung

(...)

Ratinghistorie

Datum Rating

10.2012 381

10.2012 323

09.2012 321

07.2012 303

05.2012 328

(...)"

9. In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, hinsichtlich der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sei in der Ausschreibung festgelegt worden, dass der Bieter "zumindest die aktuelle Bonität mit einem Rating des KSV mit einem Wert von weniger 350 bzw. Vorlage eines vergleichbaren Ratings einer

vergleichbaren Ratingagentur" nachzuweisen habe. Mangels Anfechtung sei die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit bestandfest geworden.

Nach dem objektiven Erklärungswert der Ausschreibung habe somit jeder Bieter des vorliegenden Vergabeverfahrens, daher auch die zweitmitbeteiligte Partei, ihre finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit durch eine aktuelle Bonitätsauskunft des KSV oder eine gleichwertige Einrichtung nachzuweisen. Die aktuelle Bonität im Nachweis des KSV 1870 habe zumindest auf ein Rating mit einem Wert weniger 350 zu lauten oder es sei ein vergleichbares Rating einer vergleichbaren Rating-Agentur vorzulegen.

Mit der Vorlage einer Eigenerklärung gemäß § 70 Abs. 2 BVergG 2006, in der sie im Sinn von § 70 Abs. 5 erster Satz BVergG 2006 insbesondere auf den vom Auftraggeber einsehbaren ANKÖ verwiesen habe, habe die zweitmitbeteiligte Partei zunächst zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung am 5. Juli 2012 mit ihrem Angebot vom selben Tag ihre finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nachgewiesen.

Auch dem von der Beschwerdeführerin im Nachprüfungsverfahren beigebrachten, am 21. November 2012 zuletzt überarbeiteten "KSV-Finanzprofil Professional" mit "historischen" Ratingwerten (07/2012 Wert gesamt 303, 09/2012 Wert gesamt 312 und 10/2012 sowohl 323 als auch 381 sowie aktuelle Gesamtbewertung 0) sei unmissverständlich zu entnehmen, dass die zweitmitbeteiligte Partei jedenfalls zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung über die laut bestandfester Ausschreibung vorgegebene Mindestvoraussetzung eines Gesamtratings von ? 350 verfügt habe.

10. Jedoch müsse gemäß § 69 BVergG 2006 die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit im offenen Verfahren nicht nur zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gegeben sein, sondern dürfe sie in der Folge auch nicht mehr verloren gehen. Sofern konkrete Anhaltspunkte für den Verlust eines Eignungselementes bestünden, sei der Auftraggeber gehalten, das Bestehen der Eignung zu verifizieren.

Auf Grund erster diesbezüglicher Medienberichte habe die erstmitbeteiligte Auftraggeberin mittels Abfrage vom 17. Oktober 2012 Einsicht in den ANKÖ genommen. Dieser ANKÖ-Abfrage sei zu entnehmen, dass das Gesamtrating der zweitmitbeteiligten Partei spätestens am 16. Oktober 2012 einen Wert von 0 ausgewiesen habe.

Der Leiter der Wirtschaftsinformation des KSV habe als Zeuge in der mündlichen Verhandlung angegeben, der KSV habe unter anderem die Möglichkeit ein Unternehmen auf den Wert 0 zu setzen, wenn die Informationen für eine Bewertung unzureichend seien und eine seriöse Auskunft über die Ausfallwahrscheinlichkeit eines Unternehmens zu diesem Zeitpunkt nicht zuließen.

Der Aufforderung der erstmitbeteiligten Auftraggeberin vom 19. Oktober 2012 betreffend die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sei die zweitmitbeteiligte Partei fristgerecht nachgekommen. Sie habe ihre finanzielle und wirtschaftliche Situation erläutert und dazu weitere Nachweise, insbesondere eine Patronatserklärung ihrer Konzernmutter vorgelegt.

§ 70 Abs. 5 zweiter Satz BVergG 2006 biete unter der Voraussetzung, dass die vom Auftraggeber festgelegten Unterlagen wegen Vorliegens eines gerechtfertigten Grundes nicht beigebracht werden können, dem Unternehmer die Möglichkeit den Nachweis seiner Leistungsfähigkeit auch mit anderen Unterlagen zu führen. Im Beschwerdefall habe die erstmitbeteiligte Auftraggeberin unter Berufung auf das Fehlen einer aktuellen Bonitätsbewertung durch den KSV das Vorliegen eines objektiv gerechtfertigten Grundes bejaht. Das Argument der Beschwerdeführerin, die Ausschreibung stelle lediglich auf die Vorlage einer aktuellen Bonitätsauskunft des KSV ab und auch eine solche Auskunft mit einer Bewertung 0 entspreche diesen Vorgaben, sei nicht nachvollziehbar. Vielmehr bedeute eine Bewertung eines Unternehmens mit einem Gesamtwert von 0, dass die Bewertung ausgesetzt worden sei. Bei dieser Situation handle es sich somit um einen nicht einem subjektiven Unvermögen der zweitmitbeteiligten Partei zuzurechnenden Grund. An der Stichhaltigkeit der Rechtfertigung im Sinn des § 74 Abs. 2 BVergG 2006 bestünde sohin kein Zweifel.

Wenn die Beschwerdeführerin vorbringe, die zweitmitbeteiligte Partei hätte auf Grund des vorübergehenden Ratings mit einem Wert von 381 im Oktober 2012 ausgeschieden werden müssen, übersehe sie, dass der KSV seine Bewertungen während des Monats Oktober 2012 mehrfach geändert habe. Nach den unbestritten gebliebenen Aussagen des Zeugen ließen weder geringe Veränderungen bei der Bewertung noch allein die Häufigkeit von verschiedenen Bewertungen in einem Monat einen Rückschluss auf den Zustand eines Unternehmens zu. Die wesentliche Lage eines Unternehmens sei, solange sich die Unternehmensbewertung innerhalb einer "Klasse" bewege,

vergleichbar. Die zweitmitbeteiligte Partei sei seit Juli 2012 bis einschließlich Oktober 2012 (mit den Werten gesamt 303, 312, 323 als auch noch - kurz bevor das Rating ausgesetzt worden sei - von 381) in ein- und derselben Klasse zwischen 300 und 399 gelegen. Diese Klasse stehe für Unternehmen, denen der KSV nur ein geringes Risiko bzw. eine durchschnittliche Ausfallwahrscheinlichkeit adressiere.

Unter den von der zweitmitbeteiligten Partei vorgelegten weiteren Nachweisen habe sich insbesondere eine, nach ihrem ausdrücklichen Wortlaut "harte" Patronatserklärung der Hauptgesellschafterin und Konzernmutter der zweitmitbeteiligten Partei befunden, wonach diese eine "unwiderrufliche und uneingeschränkte Haftung" gegenüber der erstmitbeteiligten Auftraggeberin betreffend die "Erbringung der auftragsgegenständlichen Leistungen für den Fall der Zuschlagserteilung" an die zweitmitbeteiligte Partei übernehme.

Demzufolge habe sich die zweitmitbeteiligte Partei zum Beleg der eigenen finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit für den vorliegenden Auftrag auf die Verfügbarkeit der Kapazitäten ihrer Konzernmutter gestützt und dies mit der genannten Patronatserklärung nachgewiesen. Die aktuelle Bonität der Konzernmutter der zweitmitbeteiligten Partei werde vom KSV mit einem Wert ? 350 (gesamt von 349) bewertet. Diese letzte Bewertung sei vom KSV im September 2012 abgegeben worden. Daher sei es entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin zu keinem vorübergehenden Verlust der Eignung der zweitmitbeteiligten Partei gekommen. Die zweitmitbeteiligte Partei, welche selbst objektiv nicht mehr in der Lage gewesen sei, den Mindestanforderungen an die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zu entsprechen, habe sich - gestützt auf § 76 BVergG 2006 sowie Art. 47 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG - zur Recht zur Erfüllung der Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit auf die Zusage ihrer Konzernmutter berufen. Die Konzernmutter habe ihrerseits im maßgeblichen Zeitraum über eine ausreichende Bonität verfügt.

Darüber hinaus habe die zweitmitbeteiligte Partei noch weitere Unterlagen zum Nachweis ihrer finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit vorgelegt. Diese beigebrachten Nachweise (zur Dienstnehmeranzahl, Unternehmensbeteiligungen, Kapitalausstattung, Anlagevermögen und Grundbesitz) seien gemäß § 74 Abs. 2 Z 1 bis 3 BVergG 2006 als geeignet zu qualifizieren. Auch den gleichfalls übermittelten Unterlagen (Jahresbericht 2011, Halbjahresbericht zum 30. Juni 2012 und Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes Salzburg sowie Salzburger Gebietskrankenkasse sowie insbesondere der zum Nachweis der bereits aufgenommenen Restrukturierungsmaßnahmen geführten Erklärung der Boston Consulting Group) sei die Eignung zuzusprechen.

Auch die in der Ausschreibung verlangte Einschätzung der Bonität eines Unternehmens durch den KSV gründe sich auf verschiedene Unternehmensdaten, die den vorliegenden entweder entsprächen oder zumindest vergleichbar seien (zB. Bilanzen, Firmenbuch, Inkasso- und Insolvenzinformationen).

Diese vorgelegten Unterlagen und Nachweise habe die erstmitbeteiligte Auftraggeberin im Zuge der weiteren Angebotsprüfung weiteren Überprüfungen einschließlich eines geführten Aufklärungsgesprächs unterzogen. Im Vergabebericht der erstmitbeteiligten Auftraggeberin seien die beigebrachten Nachweise positiv beurteilt worden und (insbesondere hinsichtlich der nationalen Mitarbeiteranzahl, des Eigenkapitals, des langfristigen Vermögens, der Zahlweise sowie der durchschnittlichen Geldumschlagsdauer, der Finanzierungsmöglichkeit etc.) dem Grunde nach schlüssig und nachvollziehbar beurteilt worden.

Schließlich sei die von der erstmitbeteiligten Auftraggeberin durchgeführte Angebotsprüfung von einer im angefochtenen Bescheid näher bezeichneten, von der Auftraggeberin zugezogenen Z-GmbH sowohl "formal" als auch inhaltlich als "ordnungsgemäß" sowie den "Bestimmungen des BVergG wie den Aufgaben der Ausschreibung folgend" bestätigt worden.

Zusammenfassend ergebe die Durchsicht der Vergabeunterlagen durch die belangte Behörde, dass die erstmitbeteiligte Auftraggeberin die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der zweitmitbeteiligten Partei in einer rechtskonformen und objektiv nachvollziehbaren Angebotsprüfung in Übereinstimmung mit dem BVergG 2006 und den unionsrechtlichen Regelungen als gegeben erachtet habe.

11. Auf Grund der so dargestellten Ergebnisse kam die belangte Behörde zur Schlussfolgerung, dass das Angebot der zweitmitbeteiligten Partei von der erstmitbeteiligten Auftraggeberin zu Recht nicht gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 ausgeschieden worden sei, sondern diese als Bestbieterin ermittelt worden sei.

Deshalb sei die angefochtene Zuschlagsentscheidung gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVerfG 2006 nicht für nichtig zu erklären gewesen.

12. Spruchpunkt II. begründete die belangte Behörde im Wesentlichen damit, dass auch kein "teilweises Obsiegen" der Beschwerdeführerin im Sinn von § 319 BVerfG 2006 vorgelegen sei.

13. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

14. Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete ebenso wie die erstmitbeteiligte Auftraggeberin eine Gegenschrift.

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Vorauszuschicken ist, dass es sich vorliegend um keinen Übergangsfall nach dem VwGbk-ÜG handelt und somit gemäß § 79 Abs. 11 letzter Satz VwGG die bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Bestimmungen des VwGG weiter anzuwenden sind.

2. Finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit:

Im vorliegenden Beschwerdefall geht es alleine darum, ob die zweitmitbeteiligte Partei durch die erstmitbeteiligte Auftraggeberin gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVerfG 2006 wegen fehlender finanzieller und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit ausgeschieden hätte werden müssen.

3. Rechtslage:

Die in diesem Zusammenhang maßgeblichen Bestimmungen des BVerfG 2006 lauten:

"Grundsätze des Vergabeverfahrens

§ 19. (1) 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.

...

Eignungsanforderungen und Eignungsnachweise

Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung

§ 69. Unbeschadet der Regelung des § 20 Abs. 1 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens

1. beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung,

...

vorliegen.

Eigenerklärung, Verlangen der Nachweise durch den Auftraggeber

§ 70. (1) Der Auftraggeber hat festzulegen, mit welchen Nachweisen gemäß den §§ 71 bis 75 Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre

...

3. finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ...

...

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

(2) Bewerber oder Bieter können ihre Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch die Vorlage einer Erklärung belegen, dass sie die vom Auftraggeber verlangten Eignungskriterien erfüllen und die festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beibringen können (Eigenerklärung). In einer solchen Erklärung sind die



Befugnisse anzugeben, über die der Unternehmer konkret verfügt.

(3) Bei der Vergabe von Aufträgen kann der Auftraggeber die Vorlage bestimmter Nachweise von bestimmten Bewerbern oder Bietern verlangen, sofern dies nach Auffassung des Auftraggebers erforderlich ist. Bei der Vergabe von Aufträgen im Oberschwellenbereich hat der Auftraggeber vor Zuschlagserteilung die Vorlage der festgelegten Nachweise vom Zuschlagsempfänger jedenfalls zu verlangen; bei einer Vergabe in Losen gilt dies nur, wenn der geschätzte Wert des einzelnen Loses den in § 12 Abs. 1 genannten jeweiligen Schwellenwert erreicht.

(4) Nach Maßgabe des Abs. 3 kann der Auftraggeber den Unternehmer auffordern, erforderliche Nachweise binnen einer angemessenen Frist vorzulegen bzw. vorgelegte Bescheinigungen binnen einer angemessenen Frist zu vervollständigen oder zu erläutern. Nachweise können auch in Kopie oder elektronisch vorgelegt werden.

(5) Der Unternehmer kann den Nachweis der ...

Leistungsfähigkeit auch durch den Nachweis der Eintragung in einem einschlägigen, allgemein zugänglichen Verzeichnis eines Dritten führen, sofern diesem die vom Auftraggeber festgelegten Unterlagen in der vom Auftraggeber gewünschten Aktualität vorliegen und vom Auftraggeber selbst unmittelbar abrufbar sind. Der Unternehmer

kann den Nachweis der ... Leistungsfähigkeit auch mit anderen als

den vom Auftraggeber 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.

...

Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen

Leistungsfähigkeit

§ 74. (1) Als Nachweis für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs. 1 Z 3 kann der Auftraggeber insbesondere verlangen:

1.

eine entsprechende Bankerklärung (Bonitätsauskunft),

2.

einen Nachweis einer entsprechenden Berufshaftpflichtversicherung,

3. die Vorlage von Bilanzen oder Bilanzauszügen, sofern deren Offenlegung im Herkunftsland des Unternehmers gesetzlich vorgeschrieben ist,

4. eine Erklärung über die solidarische Haftung von Subunternehmern gegenüber dem Auftraggeber, falls sich der Unternehmer zum Nachweis seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten von Subunternehmern stützt,

5. eine Erklärung über den Gesamtumsatz und gegebenenfalls über den Umsatz für den Tätigkeitsbereich, in den die gegenständliche Vergabe fällt, höchstens für die letzten drei Geschäftsjahre oder für einen kürzeren Tätigkeitszeitraum, falls das Unternehmen noch nicht so lange besteht.

(2) Kann ein Unternehmer aus einem von ihm glaubhaft zu machenden berechtigten Grund die vom Auftraggeber gemäß Abs. 1 geforderten Nachweise nicht beibringen, so kann er den Nachweis seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit durch Vorlage jedes anderen vom Auftraggeber für geeignet erachteten Nachweises erbringen. Als geeignete Nachweise sind jedenfalls anzusehen:

1.

Angaben über die Anzahl der beschäftigten Dienstnehmer;

2.

Angaben über Unternehmensbeteiligungen;

3.

Angaben über Kapitalausstattung, Anlagevermögen, Grundbesitz.

...

Nachweis der Eignung durch andere Unternehmer

§ 76. Zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis kann sich ein Unternehmer für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

...

Ausscheiden von Angeboten

§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

...

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

4. Zum Zeitpunkt des Vorliegens der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit:

Die Eignung muss im offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen (§ 69 Z 1 BVerG 2006).

Nach den Erläuterungen zu § 69 BVerG 2006 darf die Leistungsfähigkeit zwar auch nach den in dieser Bestimmung genannten Zeitpunkten nicht mehr verloren gehen, doch enthält der Einleitungssatz des § 69 keine Verpflichtung des Auftraggebers zu einer ständigen Überprüfung, ob nach den genannten Zeitpunkten die Eignung seitens des Unternehmers noch vorliegt oder nicht (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. Jänner 2011, Zl. 2006/04/0200, mwN).

Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Leistungsfähigkeit jedenfalls bis zur Zuschlagserteilung gegeben sein muss (vgl. in diesem Sinne zu § 52 Abs. 5 BVerG 2002 das hg. Erkenntnis vom 26. September 2005, Zl. 2005/04/0021). So ergibt sich bereits aus § 19 Abs. 1 zweiter Satz BVerG 2006, wonach die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu erfolgen hat, dass die Eignungsanforderungen auch im Zeitpunkt des Zuschlags erfüllt sein müssen (vgl. C. Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmann, Bundesvergabegesetz 2006 - Kommentar (2009), Rz. 9 zu § 69, mit Verweis auf die Materialien in RV 1171 BlgNR 22. GP, 61).

5. Zu dem von der Auftraggeberin festgelegten Eignungsnachweis (§ 70 Abs. 1 Z 3 BVerG 2006):

In der (nach den unstrittigen Feststellungen) bestandfesten Ausschreibung wurde von der erstmitbeteiligten Auftraggeberin als Eignungsnachweis für die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit eine Bonitätsauskunft des KSV oder einer vergleichbaren Ratingagentur über ein näher bezeichnetes Rating (Wert < 350) festgelegt. Dabei handelt es sich um eine Festlegung nach § 70 Abs. 1 Z 3 BVerG 2006. Es bestehen fallbezogen keine Anhaltspunkte, dass diese Festlegung iSd § 70 Abs. 1 zweiter Satz BVerG 2006 nicht gerechtfertigt gewesen wäre.

6. Eigenerklärung im Zeitpunkt der Angebotsöffnung:

Diesen Eignungsnachweis hatte die zweitmitbeteiligte Partei nach den Feststellungen der belangten Behörde im Zeitpunkt der Angebotsöffnung erbracht. Die belangte Behörde stützt dies im Wesentlichen auf die Eigenerklärung der zweitmitbeteiligten Partei nach § 70 Abs. 2 BVerG 2006.

Mit der Eigenerklärung wird Unternehmern die Abgabe einer Erklärung ermöglicht, wonach sie über die geforderte Eignung verfügen, sodass sie von der Verpflichtung zur Vorlage von Nachweisen zumindest in diesem Stadium des Vergabeverfahrens entbunden werden (vgl. näher dazu C. Mayr, Eigenerklärung, Verlangen der Nachweise durch den Auftraggeber, Rz. 23 ff zu § 70 in Schramm/Aicher/Fruhmann, Bundesvergabegesetz 2006 - Kommentar). Dies ändert aber nichts daran, dass die Eignung selbst zum erforderlichen Zeitpunkt (hier: der Angebotsöffnung) gegeben sein muss.

An dieser Möglichkeit der Eigenerklärung ändert fallbezogen auch die Festlegung in der bestandfesten Ausschreibung nichts, da Festlegungen in der Ausschreibung im Zweifel gesetzeskonform zu lesen sind (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 25. März 2014, Zl. 2012/04/0145, mwN). Zwar sieht die gegenständliche Ausschreibung vor, dass das KSV-Rating - wie oben dargelegt - durch "Beilage" einer aktuellen Bonitätsauskunft des KSV nachzuweisen ist, doch wird in dieser Ausschreibung die in § 70 Abs. 2 BVergG 2006 vorgesehene Möglichkeit des Bieters, seine Leistungsfähigkeit auch durch die Vorlage einer Eigenerklärung zu belegen, nicht explizit ausgeschlossen.

Vorliegend durfte sich die belangte Behörde daher betreffend den Zeitpunkt der Angebotsöffnung auf die Eigenerklärung der zweitmitbeteiligten Partei stützen, zumal in diesem Zeitpunkt auch (noch) ein entsprechendes KSV-Rating gegeben war (so verfügte die zweitmitbeteiligte Partei nach den unstrittigen Feststellungen der belangten Behörde im Juli 2012 noch über ein ausreichendes KSV-Rating von 303).

#### 7. Eignungsnachweis ab Oktober 2012:

Nach den Feststellungen im angefochtenen Bescheid führte die erstmitbeteiligte Auftraggeberin auf Grund von Medienberichten beginnend mit 17. Oktober 2012 Ermittlungen zur Leistungsfähigkeit der zweitmitbeteiligten Partei.

Jedoch hat die Beschwerdeführerin bereits in ihrem Nachprüfungsantrag darauf hingewiesen, dass die zweitmitbeteiligte Partei im Oktober 2012 ein KSV-Rating von 381 aufgewiesen und daher schon aus diesem Grund hätte ausgeschieden werden müssen. Auch in ihrer Beschwerde bringt die Beschwerdeführerin vor, die zweitmitbeteiligte Partei habe nach den Feststellungen der belangten Behörde im Zeitraum zwischen dem 1. und dem 16. Oktober 2012 ein KSV-Rating von 381 aufgewiesen und somit die von der erstmitbeteiligten Auftraggeberin festgelegte Mindestanforderung (eines KSV-Ratings von < 350) schon zu diesem Zeitpunkt nicht mehr erfüllt.

Die belangte Behörde hat diesem Vorbringen entgegen gehalten, dass die wesentliche Lage eines Unternehmens, solange sich die Unternehmensbewertung innerhalb einer "Klasse" bewege, vergleichbar sei. Die zweitmitbeteiligte Partei sei in diesem Zeitraum auch mit dem KSV-Rating von 381 in ein und derselben "Klasse" zwischen 300 und 399 gelegen und diese "Klasse" stehe für Unternehmen, denen der KSV nur ein geringes Risiko bzw. eine durchschnittliche Ausfallwahrscheinlichkeit adressiere.

Mit dieser Auffassung verkennt die belangte Behörde, dass es bei der Frage des Vorliegens der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zunächst alleine auf die Einhaltung des in der Ausschreibung festgelegten Eignungskriteriums (KSV-Rating von < 350) und nicht auf eine andere Beurteilung wie etwa die "Klasse" eines Unternehmens ankommt.

Was nun die Einhaltung dieses Eignungskriteriums anlangt, ist zwar zunächst nochmals auf die obzitierte Rechtsprechung zu verweisen, wonach § 69 BVergG 2006 keine Verpflichtung des Auftraggebers zu einer ständigen Überprüfung enthält, ob nach den genannten Zeitpunkten die Eignung seitens des Unternehmers noch vorliegt oder nicht (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. Jänner 2011, Zl. 2006/04/0200, mwN).

Gegenständlich ist aber von folgender Fallkonstellation auszugehen:

Vorliegend wurde die erstmitbeteiligte Auftraggeberin - den Feststellungen des angefochtenen Bescheides zufolge - auf Grund einschlägiger Medienberichte noch vor der Zuschlagserteilung auf die heikle wirtschaftliche und finanzielle Situation der zweitmitbeteiligten Partei aufmerksam (im angefochtenen Bescheid wird auf Seite 28 ein Bericht des S vom 13. Oktober 2012 "Finanzmarktaufsicht ermittelt bei der A" genannt).

In einer solchen Situation, in der auf Grund von Medienberichten akute Zahlungsschwierigkeiten der zweitmitbeteiligten Partei zu befürchten waren, ist es nicht ausreichend, wenn sich die erstmitbeteiligte Auftraggeberin alleine mit der Situation der zweitmitbeteiligten Partei ab dem 17. Oktober 2012 auseinandersetzte, um dabei festzustellen, dass die Bewertung der zweitmitbeteiligten Partei einen Tag zuvor ausgesetzt worden war.

Vielmehr wäre die erstmitbeteiligte Auftraggeberin in einer derartigen Situation verpflichtet gewesen, die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der zweitmitbeteiligten Partei einer genaueren Überprüfung zu unterziehen. Dabei hätte sie sich insbesondere auch damit beschäftigen müssen, warum die Bewertung der zweitmitbeteiligten Partei seitens des KSV mit 16. Oktober 2012 ausgesetzt worden war und zu diesem Zweck - wie dies offenbar der Beschwerdeführerin ohne Weiteres möglich war - durch die Einholung entsprechender Auskünfte des KSV die "Ratinghistorie" der zweitmitbeteiligten Partei, welche der Aussetzung der Bewertung voran ging, näher untersuchen müssen.

In diesem Fall wäre der zweitmitbeteiligten Auftraggeberin das (nunmehr offenbar erst im Nachprüfungsverfahren hervorgekommene) KSV-Rating (in der Höhe von 381 und damit über dem in der Ausschreibung festgelegten Wert von ? 350) der zweitmitbeteiligten Partei aus Oktober 2012, welches das festgelegte Eignungskriterium nicht mehr erfüllte, zur Kenntnis gelangt.

Dies hat die belangte Behörde - ausgehend von ihrer unzutreffenden Auffassung, es komme auf die "Klasse" von Unternehmen an - unberücksichtigt gelassen und damit den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet, sodass dieser gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben war. Es erübrigt sich daher, auf das weitere Beschwerdevorbringen einzugehen.

9. Die Entscheidung über den Aufwandsatz beruht (gemäß § 79 Abs. 11 letzter Satz VwGG sowie § 3 Z 1 der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2014, BGBl. II Nr. 518/2013 idF BGBl. II Nr. 8/2014) auf den §§ 47 ff VwGG iVm § 1 der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455.

Wien, am 17. Juni 2014

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VwGH:2014:2013040033.X00

**Im RIS seit**

03.07.2014

**Zuletzt aktualisiert am**

02.10.2017

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

© 2024 JUSLINE

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

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