

TE Verg Bescheid 2009/10/21 N/0099-BVA/14/2009-29

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.10.2009

Norm

AVG 1991 §13 Abs5 letzter Satz idF BGBl I Nr. 5/2008

BVergG 2006 §2 Z20 litc

BVergG 2006 §70 Abs2

BVergG 2006 §75 Abs6 Z1

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag.Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG), BGBl I Nr. 17/2006, betreffend das Vergabeverfahren "Leopold Franzens Universität Innsbruck, Technische Funktionssanierung der elektrischen Anlagen, 6020 Innsbruck, Innrain 52 u. 52 c-g" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 10.9.2009, außerhalb der Amtsstunden des Bundesvergabeamtes eingebracht am 11.9.2009, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 14.9.2009, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag.Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus

2006,, betreffend das Vergabeverfahren "Leopold Franzens Universität Innsbruck, Technische Funktionssanierung der elektrischen Anlagen, 6020 Innsbruck, Innrain 52 u. 52 c-g" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 10.9.2009, außerhalb der Amtsstunden des Bundesvergabeamtes eingebracht am 11.9.2009, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 14.9.2009, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

1. 1.Ziffer eins

Die Anträge auf "Nichtigerklärung der Ausschreibungsbedingungen, der abändernden bzw. ergänzenden Bestimmungen in der Fassung vom 01.02.2006 und der Angebotsbestimmungen in den unter Punkt II. 1 angesprochenen Punkten im Vergabeverfahren 'Technische Funktionssanierung der elektrischen Anlagen Leopold Franzens Universität Innsbruck, 6020 Innsbruck, Innrain 52 und 52 c-g' ", werden abgewiesen. Die Anträge auf "Nichtigerklärung der Ausschreibungsbedingungen, der abändernden bzw. ergänzenden Bestimmungen in der Fassung vom 01.02.2006 und der Angebotsbestimmungen in den unter Punkt römisch zwei. 1 angesprochenen Punkten im Vergabeverfahren 'Technische Funktionssanierung der elektrischen Anlagen Leopold Franzens Universität Innsbruck, 6020 Innsbruck, Innrain 52 und 52 c-g' ", werden abgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Der Antrag auf "Nichtigerklärung der ergänzenden Bestimmungen zum Ausschreibungs- und Leistungsverzeichnis in den unter Punkt II.1 angesprochenen Punkten im Vergabeverfahren 'Technische Funktionssanierung der elektrischen Anlagen Leopold Franzens Universität Innsbruck, 6020 Innsbruck, Innrain 52 und 52 c-g' ", wird, insoweit dieser auf das Erfordernis des Nachweises von Referenzanlagen als Hauptauftragnehmer gerichtet ist, zurückgewiesen, im übrigen abgewiesen. Der Antrag auf "Nichtigerklärung der ergänzenden Bestimmungen zum Ausschreibungs- und Leistungsverzeichnis in den unter Punkt römisch zwei.1 angesprochenen Punkten im Vergabeverfahren 'Technische Funktionssanierung der elektrischen Anlagen Leopold Franzens Universität Innsbruck, 6020 Innsbruck, Innrain 52 und 52 c-g' ", wird, insoweit dieser auf das Erfordernis des Nachweises von Referenzanlagen als Hauptauftragnehmer gerichtet ist, zurückgewiesen, im übrigen abgewiesen.

II.römisch zwei.

Die Anträge auf "vergaberechtskonforme Abänderung der Ausschreibungsbedingungen, der abändernden bzw. ergänzenden Bestimmungen in der Fassung vom 1.2.2006, der Angebotsbestimmungen sowie der ergänzenden Bestimmungen zum Ausschreibungs- und Leistungsverzeichnis in den unter Punkt II.1 angesprochenen Punkten im Vergabeverfahren 'Technische Funktionssanierung der elektrischen Anlagen Leopold Franzens Universität Innsbruck, 6020 Innsbruck, Innrain 52 und 52 c-g' ", werden zurückgewiesen. Die Anträge auf "vergaberechtskonforme Abänderung der Ausschreibungsbedingungen, der abändernden bzw. ergänzenden Bestimmungen in der Fassung vom 1.2.2006, der Angebotsbestimmungen sowie der ergänzenden Bestimmungen zum Ausschreibungs- und Leistungsverzeichnis in den unter Punkt römisch zwei.1 angesprochenen Punkten im Vergabeverfahren 'Technische Funktionssanierung der elektrischen Anlagen Leopold Franzens Universität Innsbruck, 6020 Innsbruck, Innrain 52 und 52 c-g' ", werden zurückgewiesen.

III.römisch drei.

Der Antrag, "der Auftraggeberin aufzutragen, die geschätzte Projektsumme des im gegenständlichen Vergabeverfahren zur vergebenden Auftrags bekannt zu geben", wird zurückgewiesen.

IV.römisch vier.

Der Antrag, "der Auftraggeberin aufzutragen, die Ausschreibungsbedingungen dahin gehend zu ergänzen, ob im gegenständlichen Vergabeverfahren Alternativangebote zulässig sind oder nicht", wird zurückgewiesen.

V.römisch fünf.

Der Antrag auf "Rückzahlung der rechtsgrundlos entrichteten Pauschalgebühren" wird abgewiesen.

VI.römisch sechs.

Der Antrag, "der Auftraggeberin aufzutragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag in

der Höhe von Euro 2.500,-- bei sonstiger Exekution binnen 14 Tagen zu Händen deren rechtfreundlichen Vertreters zu bezahlen", wird abgewiesen.

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Sachverhalt:

Die Ausschreibungsbekanntmachung zum gegenständlichen Vergabevorhaben der technischen Funktionssanierung der elektrischen Anlagen der Leopold Franzens Universität Innsbruck, 6020 Innsbruck, Innrain 52 und 52 c-g, wurde am 28.8.2009 unter L-461879-9826 im Amtlichen Lieferanzeiger veröffentlicht.

Der Auftrag soll als Bauauftrag in einem offenen Verfahren im Unterschwellenbereich (vgl. Pkt. 17 der "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen") vergeben werden. Der Auftrag soll als Bauauftrag in einem offenen Verfahren im Unterschwellenbereich vergleiche Pkt. 17 der "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen") vergeben werden.

Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden. Zuschlagskriterien sind der Gesamtpreis (Gewichtung 98%) und die angebotene Gewährleistungsfrist (Gewichtung 2%).

Alternativangebote werden in der Ausschreibung (Pkt. 4 der Angebotsbestimmungen) wie auch in der Ausschreibungsbekanntmachung (Pkt. II.1.9) für unzulässig erklärt. Alternativangebote werden in der Ausschreibung (Pkt. 4 der Angebotsbestimmungen) wie auch in der Ausschreibungsbekanntmachung (Pkt. römisch zwei.1.9) für unzulässig erklärt.

Das Ende der Angebotsfrist wurde ursprünglich mit 21.9.2009, 11.00 Uhr, festgelegt, in Folge einer Ausschreibungsberichtigung (bekannt gemacht im Amtlichen Lieferanzeiger am 21.9.2009 unter L-462789-9917) jedoch bis 6.10.2009 verlängert. Gegenstand der zit. Berichtigung war die Streichung der Wortfolge "als Hauptauftragnehmer" im 1. Satz des Pkt. 001100A Z Ergänzende Bestimmung des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnisses ("Als technisch leistungsfähig werden nur Firmen anerkannt, welche mindestens 3 elektrotechnische Anlagen als Hauptauftragnehmer in den letzten 5 Jahren ausgeführt, nachweisen können").

Pkt. 0011 der Angebotsbestimmungen, Pkt. 001100A Z Ergänzende Bestimmung des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnisses Elektroinstallationstechnik in der Fassung der Ausschreibungsberichtigung, lautet sohin:

"0011 Angebotsbestimmungen

001100A Z Ergänzende Bestimmung

zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit:

Als technisch leistungsfähig werden nur Firmen anerkannt, welche mindestens 3 elektrotechnische Anlagen in den letzten 5 Jahren ausgeführt, nachweisen können.

Die Referenzanlagen müssen während des laufenden Geschäfts- bzw. Bürobetriebes realisiert bzw. adaptiert worden sein. Wohnanlagen gelten nicht als Referenzprojekte i.S.d. Ausschreibung.

Die Referenzanlagen müssen zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe leistungsmäßig komplett abgeschlossen und abgerechnet sein.

Erste Referenz mit Nettoauftragssumme > EURO 1.000.000,00. Zweite und dritte Referenz mit Nettoauftragssumme > EURO 500.000,00.

Die Referenzprojekte sind in einem gesonderten Schreiben anzugeben und zwingend mit der Bestätigung des jeweiligen Auftraggebers zu versehen.

Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nach § 75 Abs. 3 BVergG 2006
Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nach Paragraph 75, Absatz 3, BVergG 2006:

(3) Nachweise über erbrachte Leistungen (Referenzen) müssen jedenfalls folgende Angaben enthalten: 1. Name und Sitz des Leistungsempfängers sowie Name der Auskunftsperson; 2. Wert der Leistung; 3. Zeit und Ort der Leistungserbringung 4. Angabe, ob die Leistung fachgerecht und ordnungsgemäß ausgeführt wurde."

Am Freitag, den 11.9.2009, 12.48 Uhr, übersendete die A*** (idF Antragsteller), per E-Mail einen Nachprüfungsantrag

an das Bundesvergabeamt (Schriftsatz vom 10.9.2009, siehe Verwaltungsakt OZ 1) und stellte Anträge wie in den Spruchpunkten I bis VI wiedergegeben. Am Freitag, den 11.9.2009, 12.48 Uhr, übersendete die A*** in der Fassung Antragsteller), per E-Mail einen Nachprüfungsantrag an das Bundesvergabeamt (Schriftsatz vom 10.9.2009, siehe Verwaltungsakt OZ 1) und stellte Anträge wie in den Spruchpunkten römisch eins bis römisch sechs wiedergegeben.

In seinem Schriftsatz vom 10.9.2009 brachte der Antragsteller zusammengefasst vor:

Die Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, habe die Ausführung von Elektroinstallationsarbeiten für die Leopold Franzens Universität Innsbruck (Technische Funktionssanierung der elektrischen Anlagen), 6020 Innsbruck, Innrain 52 und 52 c-g, in einem offenen Verfahren im Unterschwellenbereich ausgeschrieben. Es handle sich um einen Bauauftrag (Anhang I zum BVergG, Elektroinstallationsarbeiten). Die Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, habe die Ausführung von Elektroinstallationsarbeiten für die Leopold Franzens Universität Innsbruck (Technische Funktionssanierung der elektrischen Anlagen), 6020 Innsbruck, Innrain 52 und 52 c-g, in einem offenen Verfahren im Unterschwellenbereich ausgeschrieben. Es handle sich um einen Bauauftrag (Anhang römisch eins zum BVergG, Elektroinstallationsarbeiten).

Mangels bisheriger Zuschlagserteilung sei das Bundesvergabeamt zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens zuständig.

Angefochten würden die Ausschreibungsbedingungen, die ergänzenden Bestimmungen zum Ausschreibungsleistungsverzeichnis, die Angebotsbestimmungen sowie die abändernden bzw. ergänzenden Bestimmungen.

Aufgrund der bisherigen Beteiligung am gegenständlichen Vergabeverfahren seien dem Antragsteller Kosten für die Angebotserstellung in Höhe von rund Euro 50.000,-- exkl. USt. erwachsen. Diese Aufwendungen wären jedenfalls frustriert, sofern die gegenständlichen Vergaberechtswidrigkeiten bestehen blieben und der Antragsteller von weiteren Verfahren ausgeschlossen würde und in der Folge den Auftrag nicht erhielte.

Darüber hinaus drohe dem Antragsteller ein Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns. Der Antragsteller habe mit einer branchenüblichen Zuschlagsmarge von rund 25% kalkuliert.

Bestandteil des Schadens seien auch die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im Nachprüfungsverfahren, die derzeit Euro 3.000,-- exkl. USt. betragen würden.

Dem Antragsteller entginge durch die Aufrechterhaltung der angefochtenen Ausschreibung auch die Chance auf Erteilung des Zuschlages und somit die Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes für künftige Vergabeverfahren.

Der Antragsteller habe sein Interesse am Vertragsabschluss durch Vorbereitung eines Angebotes hinreichend zum Ausdruck gebracht. Darüberhinaus manifestiere sich sein Interesse insbesondere auch im vorliegenden Nachprüfungsantrag.

Der Antragsteller werde durch den rechtswidrigen Zustand der Ausschreibungsbedingungen in seinem Recht auf Durchführung eines ordnungsgemäßen, vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere in seinem Recht auf vergaberechtskonforme Zuschlagserteilung, und in seinem Recht auf gesetzeskonforme Zuschlagserteilung auf sein Angebot verletzt.

Die Gebühren für die Einbringung des Nachprüfungsantrages in Höhe von Euro 2.500,-- seien entrichtet worden. Diese Gebühren würden allerdings wieder zurück zu erstatten sein. Die Ermächtigung zur Gebührenanpassung in § 349 Abs. 3 BVergG 2006 idF des BGBl I Nr. 17/2006, sei mit BGBl I Nr. 86/2007 ersatzlos gestrichen worden. Im Sinne des Verfassungsgerichtshofes erweise sich auch die Anpassung des Gebührensatzes demnach als gesetzwidrig. Aufgrund dieser Gesetzwidrigkeit bestehe mangels gesetzlicher Grundlage keine Verpflichtung zum Erlag der Gebühren, weshalb somit der Antrag auf Rückzahlung der rechtsgrundlos entrichteten Pauschalgebühren gestellt werde. Die Gebühren für die Einbringung des Nachprüfungsantrages in Höhe von Euro 2.500,-- seien entrichtet worden. Diese Gebühren würden allerdings wieder zurück zu erstatten sein. Die Ermächtigung zur Gebührenanpassung in Paragraph 349, Absatz 3, BVergG 2006 in der Fassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, sei mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, ersatzlos gestrichen worden. Im Sinne des Verfassungsgerichtshofes erweise sich auch die Anpassung des Gebührensatzes demnach als gesetzwidrig. Aufgrund dieser Gesetzwidrigkeit bestehe mangels gesetzlicher Grundlage keine Verpflichtung zum Erlag der Gebühren, weshalb somit der Antrag auf Rückzahlung der rechtsgrundlos entrichteten Pauschalgebühren gestellt werde.

Festgestellte Vergabeverstöße (Pkt II):Festgestellte Vergabeverstöße (Pkt römisch zwei):

1. 1.Ziffer eins

Diskriminierung durch Referenznachweise:

Auf Seite 4 des Ausschreibungs- und Leistungsverzeichnisses vom 6.8.2009 werde unter Punkt 001100A Z "Ergänzende Bestimmungen" festgehalten:

"Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit:

Als technisch leistungsfähig werden nur Firmen anerkannt, welche mindestens 3 elektrotechnische Anlagen als Hauptauftragnehmer in den letzten 5 Jahren ausgeführt, nachweisen können.

Die Referenzanlagen müssen während des laufenden Geschäft- bzw. Bürobetriebs realisiert bzw. adaptiert worden sein. Wohnanlagen gelten nicht als Referenzprojekte i.S.d. Ausschreibung.

Die Referenzanlagen müssen zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe leistungsmäßig komplett abgeschlossen und abgerechnet sein.

Erste Referenz mit Nettoauftragssumme Euro 1.000.000,00. Zweite und Dritte Referenz mit Nettoauftragssumme Euro 500.000,00.

Die Referenzprojekte sind in einem gesonderten Schreiben anzugeben und zwingend mit der Bestätigung des jeweiligen Auftraggebers zu versehen."

Der Regelungsgehalt dieser Bestimmung sei sachlich nicht gerechtfertigt und verletze somit § 19 BVergG. Insbesondere würden dadurch die allgemeinen Prinzipien der Fairness, Transparenz und Nichtdiskriminierung aller Bieter hintangestellt. Der Regelungsgehalt dieser Bestimmung sei sachlich nicht gerechtfertigt und verletze somit Paragraph 19, BVergG. Insbesondere würden dadurch die allgemeinen Prinzipien der Fairness, Transparenz und Nichtdiskriminierung aller Bieter hintangestellt.

Nach § 75 Abs. 3 BVergG sei es dem Auftraggeber grundsätzlich gestattet, zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit eines Bieters die Vorlage von Referenzprojekten zu verlangen. Die Leistungsnachweise dürfen vom Auftraggeber allerdings nur soweit verlangt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt sei (Sachlichkeitsgebot). Diese Grenze werde im vorliegenden Fall - insbesondere im Bezug auf die Höhe der geforderten Nettoauftragssumme der Referenzen (Euro 1.000.000,00 bzw. Euro 500.000,00) - jedenfalls überschritten. Nach Paragraph 75, Absatz 3, BVergG sei es dem Auftraggeber grundsätzlich gestattet, zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit eines Bieters die Vorlage von Referenzprojekten zu verlangen. Die Leistungsnachweise dürfen vom Auftraggeber allerdings nur soweit verlangt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt sei (Sachlichkeitsgebot). Diese Grenze werde im vorliegenden Fall - insbesondere im Bezug auf die Höhe der geforderten Nettoauftragssumme der Referenzen (Euro 1.000.000,00 bzw. Euro 500.000,00) - jedenfalls überschritten.

Vorliegend werde die Festlegung des Kostenumfanges der Referenzprojekte gerade nicht durch Art und Umfang des zu vergebenden Auftrages gedeckt. Die Festlegung des Kostenumfanges der Referenzprojekte erfolge somit willkürlich. Dadurch würden klein- und mittelständische Betriebe, die naturgemäß nicht über Referenzprojekte in der geforderten Dimension verfügen würden, vom gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschlossen.

Nach der Lehre könne z.B. der Umfang des ausgeschriebenen Leistungsgegenstandes die Forderung von Referenzprojekten ähnlicher Dimension rechtfertigen. Im vorliegenden Fall finde sich jedoch in den Ausschreibungsbedingungen kein Hinweis auf den tatsächlichen oder geschätzten Wert der Auftragssumme des gegenständlichen Vergabeverfahrens. Auch aus diesem Grund seien die oben zitierten Anforderungen an den Umfang der erforderlichen Referenzprojekte willkürlich und würden gegen die §§ 19 und 2 Z 20 lit.c BVergG verstoßen. Nach der Lehre könne z.B. der Umfang des ausgeschriebenen Leistungsgegenstandes die Forderung von Referenzprojekten ähnlicher Dimension rechtfertigen. Im vorliegenden Fall finde sich jedoch in den Ausschreibungsbedingungen kein Hinweis auf den tatsächlichen oder geschätzten Wert der Auftragssumme des gegenständlichen Vergabeverfahrens. Auch aus diesem Grund seien die oben zitierten Anforderungen an den Umfang der erforderlichen Referenzprojekte willkürlich und würden gegen die Paragraphen 19 und 2 Ziffer 20, Litera c, BVergG verstoßen.

Weiters beabsichtige der Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren nur jene Referenzprojekte anzuerkennen, die der Bieter als Hauptauftragnehmer durchgeführt habe. Auch diese Regelung widerspreche der Gesetzeslage.

Schließlich führe der Auftraggeber noch eine zeitliche Komponente an. Als technisch leistungsfähig würden nur jene Firmen anerkannt, die mindestens 3 elektrotechnische Anlagen in den letzten 5 Jahren ausgeführt haben.

Bestehe ein Unternehmen erst seit kürzerer Zeit, könne der Auftraggeber nach § 57 BVergG (Anm.: Gemeint wohl § 75 Abs. 6 Z 1 BVergG 2006) Referenzen nur für diesen kürzeren Zeitraum verlangen. Die gegenteilige Ansicht stelle eine sachlich nicht gerechtfertigte Diskriminierung jüngerer Unternehmen dar, die sich erst auf dem Markt etablieren möchten. Bestehe ein Unternehmen erst seit kürzerer Zeit, könne der Auftraggeber nach Paragraph 57, BVergG Anmerkung, Gemeint wohl Paragraph 75, Absatz 6, Ziffer eins, BVergG 2006) Referenzen nur für diesen kürzeren Zeitraum verlangen. Die gegenteilige Ansicht stelle eine sachlich nicht gerechtfertigte Diskriminierung jüngerer Unternehmen dar, die sich erst auf dem Markt etablieren möchten.

Der VwGH habe es für zulässig befunden, wenn ein Bieter Referenzen nur für die letzten 2 Jahre vorlegt, obgleich in der Ausschreibung ein 5-Jahres-Zeitraum verlangt wurde (VwGH 20.12.2005, 2005/04/0072).

Die oben angeführte Bestimmung der Ausschreibungsunterlagen im Bezug auf die zeitliche Beschränkung der Referenzprojekte sei somit rechtswidrig.

Schließlich dürften keine Referenzen über Wohnanlagen gelegt werden. Auch hierbei handle es sich um eine sachlich nicht gerechtfertigte, da unbegründet gebliebene Diskriminierung.

1. 2.Ziffer 2

Fehlende Bekanntgabe der Auftragssumme:

In den dem Antragsteller übermittelten Ausschreibungsunterlagen fehle die Angabe der geschätzten Auftragssumme. Diese Angabe sei aber zwingend notwendig gewesen. Das Gesetz knüpfe mehrfach an die Zugehörigkeit des jeweils ausgeschriebenen Auftrages zum Oberschwellen- oder Unterschwellenbereich an. Ob die Vergabe zum Ober- oder Unterschwellenbereich zähle, entscheide sich gerade durch Vergleich des geschätzten Auftragswertes mit dem Schwellenwert. In Pkt. 17 der Angebotsbestimmungen sei festgehalten, dass die Vergabe der Leistungen gemäß § 80 Abs. 1 BVergG 2006 im Unterschwellenbereich erfolge. Aufgrund der fehlenden Angabe der Auftragssumme sei die vom Auftraggeber vorgenommene Zuordnung zum Unterschwellenbereich nicht objektiv überprüfbar. In den dem Antragsteller übermittelten Ausschreibungsunterlagen fehle die Angabe der geschätzten Auftragssumme. Diese Angabe sei aber zwingend notwendig gewesen. Das Gesetz knüpfe mehrfach an die Zugehörigkeit des jeweils ausgeschriebenen Auftrages zum Oberschwellen- oder Unterschwellenbereich an. Ob die Vergabe zum Ober- oder Unterschwellenbereich zähle, entscheide sich gerade durch Vergleich des geschätzten Auftragswertes mit dem Schwellenwert. In Pkt. 17 der Angebotsbestimmungen sei festgehalten, dass die Vergabe der Leistungen gemäß Paragraph 80, Absatz eins, BVergG 2006 im Unterschwellenbereich erfolge. Aufgrund der fehlenden Angabe der Auftragssumme sei die vom Auftraggeber vorgenommene Zuordnung zum Unterschwellenbereich nicht objektiv überprüfbar.

1. 3.Ziffer 3

Unklare Regelung im Bezug auf Alternativangebote:

Aus den Ausschreibungsbedingungen gehe nicht eindeutig hervor, ob im gegenständlichen Vergabeverfahren Alternativangebote zulässig seien. Es werde eine Klarstellung der Ausschreibungsbedingungen dahingehend beantragt, dass der Auftraggeber eindeutig und unmissverständlich festlege, ob Alternativangebote zulässig seien.

Mit Schriftsatz vom 16.9.2009 erstattete der Auftraggeber eine Stellungnahme, mit der er die Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrages in Abrede stellte und im Wesentlichen vorbrachte:

Laut der dem Antrag beiliegenden Kopie des E-Mail -Ausdruckes sei das E-Mail des Antragstellers samt Nachprüfungsantrag am 11.9.2009, 12.48 Uhr, gesendet worden. Das für den Lauf der Frist für den Nachprüfungsantrag maßgebliche Ereignis sei konkret das mit 21.9.2009, 11.00 Uhr, festgesetzte Ende der Abgabefrist für Angebote. Bei der Berechnung der 7-tägigen Frist gemäß § 321 Abs. 2 Z 2 BVergG für die Einbringung eines Nachprüfungsantrages sei der letzte Tag der Angebotsfrist, also der 21.9.2009 nicht mitzuzählen. Die 7-tägige Frist sei somit vom 20.9.2009 bis zum 14.9.2009 zu rechnen. Der Nachprüfungsantrag hätte davor, also spätestens am

13.9.2009, eingebracht werden müssen. Da es sich beim 13.9.2009 um einen Sonntag gehandelt habe, sei gemäß § 321 Abs. 2 letzter Satz BVergG, Freitag, 11.9.2009 der letzte Tag der Frist gewesen. Laut der dem Antrag beiliegenden Kopie des E-Mail -Ausdruckes sei das E-Mail des Antragstellers samt Nachprüfungsantrag am 11.9.2009, 12.48 Uhr, gesendet worden. Das für den Lauf der Frist für den Nachprüfungsantrag maßgebliche Ereignis sei konkret das mit 21.9.2009, 11.00 Uhr, festgesetzte Ende der Abgabefrist für Angebote. Bei der Berechnung der 7-tägigen Frist gemäß Paragraph 321, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG für die Einbringung eines Nachprüfungsantrages sei der letzte Tag der Angebotsfrist, also der 21.9.2009 nicht mitzuzählen. Die 7-tägige Frist sei somit vom 20.9.2009 bis zum 14.9.2009 zu rechnen. Der Nachprüfungsantrag hätte davor, also spätestens am 13.9.2009, eingebracht werden müssen. Da es sich beim 13.9.2009 um einen Sonntag gehandelt habe, sei gemäß Paragraph 321, Absatz 2, letzter Satz BVergG, Freitag, 11.9.2009 der letzte Tag der Frist gewesen.

Die offizielle Homepage des Bundesvergabeamtes enthalte den Hinweis, dass Eingaben in elektronischer Form während der Amtsstunden an die E-Mail Adresse des BVA zu richten seien, um ein ordnungsgemäßes und fristgerechtes Einbringen zu gewährleisten. Sollte das Anbringen außerhalb der Amtsstunden des Bundesvergabeamtes eingebracht werden, gelte dieses Anbringen erst nach Beginn der Amtsstunden am nächsten Werktag als eingelangt und werde ab diesem Zeitpunkt behandelt werden.

Zur Fristwahrung hätte der Antrag somit spätestens am Freitag, den 11.9.2009, um 12.00 Uhr (innerhalb der Amtsstunden des BVA) eingebracht werden müssen. Da der Antrag jedoch erst nach diesem Zeitpunkt eingebracht worden sei, gelte dieser in Zusammenhalt mit dem oben wiedergegebenen organisatorischen Hinweis des BVA gemäß § 13 Abs. 2 letzter Satz AVG erst als nach Beginn der Amtsstunden am nächsten Werktag eingelangt. Zur Fristwahrung hätte der Antrag somit spätestens am Freitag, den 11.9.2009, um 12.00 Uhr (innerhalb der Amtsstunden des BVA) eingebracht werden müssen. Da der Antrag jedoch erst nach diesem Zeitpunkt eingebracht worden sei, gelte dieser in Zusammenhalt mit dem oben wiedergegebenen organisatorischen Hinweis des BVA gemäß Paragraph 13, Absatz 2, letzter Satz AVG erst als nach Beginn der Amtsstunden am nächsten Werktag eingelangt.

Diese Beurteilung stehe auch im Einklang mit der Bestimmung des § 13 Abs. 5 AVG und der jüngst dazu ergangenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vom 22.4.2009, 2008/04/0089. Im zitierten Erkenntnis habe sich der VwGH auf die Erläuterungen zur AVG-Novelle, BGBl I Nr. 5/2008 (294 BlgNR. XXIII.GP, 10f), gestützt, worin ausgeführt werde, dass, den Zeitpunkt der Einbringung von außerhalb der Amtsstunden einlangenden schriftlichen Anbringen betreffend, die nicht durch die Post übermittelt würden, künftig wie folgt zu differenzieren sein werde: Diese Beurteilung stehe auch im Einklang mit der Bestimmung des Paragraph 13, Absatz 5, AVG und der jüngst dazu ergangenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vom 22.4.2009, 2008/04/0089. Im zitierten Erkenntnis habe sich der VwGH auf die Erläuterungen zur AVG-Novelle, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 5 aus 2008, (294 BlgNR. römisch 23 .GP, 10f), gestützt, worin ausgeführt werde, dass, den Zeitpunkt der Einbringung von außerhalb der Amtsstunden einlangenden schriftlichen Anbringen betreffend, die nicht durch die Post übermittelt würden, künftig wie folgt zu differenzieren sein werde:

"Bereits nach der Stammfassung des AVG sei es im Ermessen der Behörde gestanden, schriftliche Anbringen ("Eingabe") auch außerhalb der Amtsstunden entgegen zu nehmen. Eine solche Bereitschaft könne sich nach der Rechtsprechung des VwGH z.B. aus der Aufstellung eines Einlaufkastens ergeben. Sofern dieser keine gegenteiligen Hinweise beim Briefschlitz (z.B. einen Zeitpunkt der letzten Entleerung) enthalte, gelten Anbringen diesfalls mit dem Einwurf in den Einlaufkasten als eingebracht (und eingelangt). Bei Angabe eines Entleerungszeitpunktes sei dies hingegen erst mit diesem Zeitpunkt der Fall.

[...] Nicht anders als im Fall des Einlaufkastens ist allerdings anzunehmen, dass die Behörde ihre mangelnde Bereitschaft zur Entgegennahme elektronischer Anbringen außerhalb der Amtsstunden durch entsprechende Erklärungen mit der Wirkung zum Ausdruck bringen kann, dass elektronische Anbringen auch dann, wenn sie an sich bereits in ihren elektronischen Verfügungsbereich gelangt sind, erst zu einem späteren Zeitpunkt (mit Wiederbeginn der Amtsstunden) als eingebracht (und eingelangt) gelten."

Mit dem Hinweis des Bundesvergabeamtes gemäß § 13 Abs. 2 letzter Satz AVG auf seiner Internet-Homepage bringe dieses eindeutig und unmissverständlich seine mangelnde Bereitschaft zur Entgegennahme elektronischer Anbringen außerhalb der Amtsstunden zum Ausdruck. Mit dem Hinweis des Bundesvergabeamtes gemäß Paragraph 13, Absatz 2,

letzter Satz AVG auf seiner Internet-Homepage bringe dieses eindeutig und unmissverständlich seine mangelnde Bereitschaft zur Entgegennahme elektronischer Anbringen außerhalb der Amtsstunden zum Ausdruck.

Daher sei der Nachprüfungsantrag - selbst unter der Annahme, dass dieser in elektronischer Form bereits am 11.9.2009 in den elektronischen Verfügungsbereich des Bundesvergabebeamten gelangt sein sollte - im Ergebnis verfristet.

Mit einem weiteren Schriftsatz vom 22.9.2009 erteilte der Auftraggeber allgemeine Angaben zum Vergabeverfahren, gab den geschätzten Auftragswert des gegenständlichen Vergabevorhabens mit Euro 2.300.000,00 (exkl. USt) bekannt und wies auf eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen im Text der Position 001100A (Streichung "als Hauptauftragnehmer") sowie auf die Verlängerung der Angebotsfrist bis zum 6.10.2009 hin. Weiters verwies der Auftraggeber auf die bereits mit Schriftsatz vom 16.9.2009 vorgebrachte Verfristung des Nachprüfungsantrages und behielt sich eine allfällige Stellungnahme zum Antragsvorbringen zu einem späteren Zeitpunkt vor.

Mit Schriftsatz vom 4.10.2009 erstattete der Antragsteller die "Mitteilung", dass die Ausschreibung in einem einzigen Punkt berichtigt worden sei (Streichung des Wortes "Hauptauftragnehmer" in Pos. 001100A), der vom Antragsteller gar nicht beanstandet worden sei und daher nicht in sachlichem Zusammenhang mit dem gestellten Nachprüfungsauftrag stehe.

Am 8.10.2009 erstattete der Auftraggeber eine Stellungnahme, worin er im Wesentlichen sein bisheriges Vorbringen zur behaupteten Verfristung des Nachprüfungsantrages wiederholte und auf den zwischen den festgelegten Referenzanforderungen und dem zu vergebenden Auftrag bestehenden unmittelbaren Zusammenhang hinwies.

Mit "Mitteilung" vom 13.10.2009 setzte der Antragsteller das Bundesvergabeamt hierüber in Kenntnis, dass er und sein Rechtsvertreter an der für 14.10.2009 anberaumten mündlichen Verhandlung nicht teilnehmen würden, da es sich bei den beanstandeten Punkten um reine Rechtsfragen handle, deren Klärung die Anwesenheit des Antragstellers sowie dessen Rechtsvertreters nicht erfordere. Der Antragsteller beantragte, die mündliche Verhandlung in seiner Abwesenheit durchzuführen und seinem Rechtsvertreter allfällige Beweisergebnisse mit der Möglichkeit der schriftlichen Stellungnahme zu übermitteln.

Am 14.10.2009 fand in Abwesenheit des Antragstellers und seines Rechtsvertreters eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt, in der der Auftraggeber Folgendes vorbrachte:

Auf Frage der Vorsitzenden gab B*** an, dass sich in den abändernden bzw. ergänzenden Bestimmungen (AEB) keine Regelungen betreffend Referenzanforderungen finden würden. C*** bestätigte dies.

B*** gab zu Protokoll, dass die Ausschreibungsunterlagen auf Seite 1 der "Einladung zur Angebotsabgabe und den Angebotsbestimmungen" taxativ aufgezählt seien und es darüber hinaus keine weiteren "Ausschreibungsbedingungen" gebe.

Zum Ausschluss von Wohnanlagen als Referenzprojekte führte C*** aus technischer Sicht aus, dass gegenständlich mehrere Gebäudekomplexe einer Universität hinsichtlich der elektrotechnischen Funktionssanierung zu bearbeiten seien. Hierbei würden sich teilweise komplexe technische Anforderungen, wie Hoch- und Mittelspannungsanlagen, Niederspannungsschaltanlagen, Eigenstromerzeugungsanlagen (Notstromaggregate, Batterieanlagen), Umformeranlagen, Niederspannungsleitungsanlagen und Verteilungsanlagen stellen.

Die Installation einer Wohnanlage unterscheide sich grundsätzlich von der Sanierung der elektrotechnischen Installationen eines Universitätsgebäudes, zumal hievon auch Laboreinrichtungen betroffen seien. Diesen hohen Anforderungen könne mit dem Wissen eines Unternehmers, der bisher Wohnanlagen installiert habe, nicht entsprochen werden.

Die Verhandlungsschrift (OZ 21) wurde dem Rechtsvertreter des Antragstellers mit Telefax des Bundesvergabeamtes vom 14.10.2009, GZ: N/0099-BVA/14/2009-25, mit der Möglichkeit zur Stellungnahme bis längstens 16.10.2009, 12.00 Uhr, übermittelt.

Mit Schriftsatz vom 15.10.2009 verwies der Antragsteller auf die Fristgerechtigkeit seines Nachprüfungsantrages und führte ins Treffen, dass die Anfechtungsfrist infolge der Verlängerung der Angebotsfrist bis 29.9.2009 gelaufen sei.

Im Übrigen nahm der Antragsteller zu den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung Stellung und machte geltend, dass sich die technische Funktionssanierung der Elektroinstallationen von Wohnanlagen nur unwesentlich von jener

eines Universitätsgebäudes unterscheiden würde und die vom Auftraggeber angesprochenen komplexen hohen Anforderungen, wie Hoch- und Mittelspannungsanlagen, in der Gesamtbetrachtung nur von untergeordneter Bedeutung seien. Unter einem begehrte der Antragsteller die Einholung eines Sachverständigengutachtens zum Beweis dafür, dass die Funktionssanierung einer Wohnanlage und eines Universitätsgebäudes dieselben Anforderungen voraussetzen und demgemäß die Referenzanforderung "keine Wohnanlagen" eine sachlich nicht gerechtfertigte Diskriminierung darstellen würde.

1. 2.Ziffer 2

Rechtliche Beurteilung:

A. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes, Zulässigkeit und Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrages:

Die Bundesimmobiliengesellschaft mbH ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG. Die Bundesimmobiliengesellschaft mbH ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 4 BVergG im Unterschwellenbereich (vgl. Anhang I BVergG Klasse 45.31 Elektroinstallation, § 12 Abs. 1 Z 3 BVergG). Der geschätzte Auftragswert wurde vom Auftraggeber mit Euro 2.300.000,00 (exkl. USt) angegeben und dem Bundesvergabebeamten hiezu auch die interne Kostenschätzung vorgelegt. Das ausschreibungsgegenständliche Vorhaben bildet keinen Teil eines Gesamtvorhabens, es erfolgt keine Unterteilung in Lose. Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG im Unterschwellenbereich (vergleiche Anhang römisch eins BVergG Klasse 45.31 Elektroinstallation, Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG). Der geschätzte Auftragswert wurde vom Auftraggeber mit Euro 2.300.000,00 (exkl. USt) angegeben und dem Bundesvergabebeamten hiezu auch die interne Kostenschätzung vorgelegt. Das ausschreibungsgegenständliche Vorhaben bildet keinen Teil eines Gesamtvorhabens, es erfolgt keine Unterteilung in Lose.

Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, das Vergabeverfahren nicht widerrufen.

Der Nachprüfungsantrag erfüllt die formalen Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 322 Abs. 1 BVergG und wurde rechtzeitig innerhalb der Frist des § 321 Abs. 2 Z 2 BVergG eingebracht. Der Nachprüfungsantrag erfüllt die formalen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG und wurde rechtzeitig innerhalb der Frist des Paragraph 321, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG eingebracht:

Der Auftraggeber behauptet die Verfristung des am letzten Tag der Frist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrages gegen die Ausschreibung (vgl. 321 Abs. 2 Z 2 BVergG) außerhalb der Amtsstunden des Bundesvergabebeamten eingebrachten Nachprüfungsantrages und führt hierfür auch ein Verwaltungsgerichtshof-Erkenntnis (VwGH 22.4.2009, 2008/04/0089) ins Treffen. Der Auftraggeber behauptet die Verfristung des am letzten Tag der Frist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrages gegen die Ausschreibung (vergleiche 321 Absatz 2, Ziffer 2, BVergG) außerhalb der Amtsstunden des Bundesvergabebeamten eingebrachten Nachprüfungsantrages und führt hierfür auch ein Verwaltungsgerichtshof-Erkenntnis (VwGH 22.4.2009, 2008/04/0089) ins Treffen.

Dieses Vorbringen ist unzutreffend.

Zu Folge des § 321 Abs. 2 Z 2 iVm Abs. 2 Z 1 BVergG sind Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen, sofern die Angebotsfrist nicht weniger als 15 Tage beträgt, spätestens 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist einzubringen. Fällt das Ende der Einbringungsfrist auf einen Samstag, Sonntag, gesetzlichen Feiertag oder den Karfreitag, so ist der vorausgegangene Werktag letzter Tag der Frist (§ 321 Abs. 2 BVergG letzter Satz). Zu Folge des Paragraph 321, Absatz 2, Ziffer 2, in Verbindung mit Absatz 2, Ziffer eins, BVergG sind Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen, sofern die Angebotsfrist nicht weniger als 15 Tage beträgt, spätestens 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist einzubringen. Fällt das Ende der Einbringungsfrist auf einen Samstag, Sonntag, gesetzlichen Feiertag oder den Karfreitag, so ist der vorausgegangene Werktag letzter Tag der Frist (Paragraph 321, Absatz 2, BVergG letzter Satz).

Die zunächst bekanntgegebene Angebotsfrist endete am 21.9.2009. Der letzte Tag für die Einbringung eines Nachprüfungsantrages gegen die Ausschreibung war demnach - unter gebotener Zurückrechnung der 7-Tagefrist vom 20.9.2009 (vgl. § 32 Abs. 1 AVG) und unter Berücksichtigung der Regelung des § 321 Abs. 2 letzter Satz BVergG, wonach der vorausgegangene Werktag letzter Tag der Frist ist, wenn das Ende der Einbringungsfrist auf einen Samstag, Sonntag, gesetzlichen Feiertag oder den Karfreitag fällt - Freitag, der 11.9.2009. Die zunächst bekanntgegebene

Angebotsfrist endete am 21.9.2009. Der letzte Tag für die Einbringung eines Nachprüfungsantrages gegen die Ausschreibung war demnach - unter gebotener Zurückrechnung der 7-Tagefrist vom 20.9.2009 vergleiche §32 Absatz eins, AVG) und unter Berücksichtigung der Regelung des Paragraph 321, Absatz 2, letzter Satz BVergG, wonach der vorausgegangene Werktag letzter Tag der Frist ist, wenn das Ende der Einbringungsfrist auf einen Samstag, Sonntag, gesetzlichen Feiertag oder den Karfreitag fällt - Freitag, der 11.9.2009.

Der Nachprüfungsantrag wurde am letzten Tag der Anfechtungsfrist, Freitag, 11.9.2009, um 12:48 Uhr, somit nach Ende der Amtsstunden des Bundesvergabeamtes, per E-Mail an das Bundesvergabeamt abgesendet und wurde vom BVA auf dessen empfangsbereiten Server empfangen. (Die Amtsstunden des Bundesvergabeamtes sind Montag bis Donnerstag, 7-15 Uhr und Freitag, 7-12 Uhr, siehe die Homepage des Bundesvergabeamtes www.bva.gv.at).

§ 13 Abs. 5 AVG 1991 idF des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 5/2008 lautet: Die Behörde ist nur während der Amtsstunden verpflichtet, schriftliche Anbringen entgegenzunehmen oder Empfangsgeräte empfangsbereit zu halten, und, außer bei Gefahr im Verzug, nur während der für den Parteienverkehr bestimmten Zeit verpflichtet, mündliche oder telefonische Anbringen entgegenzunehmen. Die Amtsstunden und die für den Parteienverkehr bestimmte Zeit sind im Internet und durch Anschlag an der Amtstafel bekanntzumachen. Bei Anbringen, die außerhalb der Amtsstunden eingebracht werden, beginnen behördliche Entscheidungsfristen erst mit Wiederbeginn der Amtsstunden zu laufen. Paragraph 13, Absatz 5, AVG 1991 in der Fassung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 5 aus 2008, lautet: Die Behörde ist nur während der Amtsstunden verpflichtet, schriftliche Anbringen entgegenzunehmen oder Empfangsgeräte empfangsbereit zu halten, und, außer bei Gefahr im Verzug, nur während der für den Parteienverkehr bestimmten Zeit verpflichtet, mündliche oder telefonische Anbringen entgegenzunehmen. Die Amtsstunden und die für den Parteienverkehr bestimmte Zeit sind im Internet und durch Anschlag an der Amtstafel bekanntzumachen. Bei Anbringen, die außerhalb der Amtsstunden eingebracht werden, beginnen behördliche Entscheidungsfristen erst mit Wiederbeginn der Amtsstunden zu laufen.

Für den Fall eines wie gegenständlich außerhalb der Amtsstunden der Behörde eingebrachten Anbringens, normiert § 13 Abs. 5 letzter Satz AVG demnach, dass die behördliche Entscheidungsfrist erst mit Wiederbeginn der Amtsstunden - und nicht bereits mit dem Zeitpunkt des Einbringens des Anbringens - zu laufen beginnt. Für den Fall eines wie gegenständlich außerhalb der Amtsstunden der Behörde eingebrachten Anbringens, normiert Paragraph 13, Absatz 5, letzter Satz AVG demnach, dass die behördliche Entscheidungsfrist erst mit Wiederbeginn der Amtsstunden - und nicht bereits mit dem Zeitpunkt des Einbringens des Anbringens - zu laufen beginnt.

Wie der VwGH im vom Antragsteller ins Treffen geführten Erkenntnis vom 22.4.2009, Zl.2008/04/0089, ausdrücklich festgehalten hat, normiert § 13 Abs. 5 letzter Satz AVG idF des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 5/2008, jedoch ausschließlich den Beginn von behördlichen Entscheidungsfristen und ist für die Frage der Rechtzeitigkeit einer Berufung nicht maßgeblich. In dem dem zit. VwGH-Erkenntnis zugrunde liegenden Fall waren die beiden Berufungen des Berufungswerbers nach Ende der Amtsstunden per E-Mail an die Behörde versendet worden. Die belangte Behörde hatte unter Berufung auf § 13 Abs 5 letzter Satz AVG die Verfristung der Berufungen angenommen. Unter Hinweis darauf, dass § 13 Abs. 5 letzter Satz AVG ausschließlich den Beginn von behördlichen Entscheidungsfristen normiert und für die Frage der Rechtzeitigkeit einer Berufung nicht maßgeblich ist, qualifizierte der VwGH die Ansicht der belangten Behörde der Verfristung der Berufungen als Verkennung der Rechtslage und somit als rechtswidrig. Der VwGH hielt dazu fest, dass die Berufungen zwar nach Ende der Amtsstunden per E-Mail an die Behörde versendet wurden. "Da das Postenlaufprivileg des § 33 Abs. 3 AVG in solchen Fällen nicht gilt (vgl. die in den wieder gegebenen Gesetzesmaterialien zur Novelle BGBl I Nr. 5/2008, 294 Blg NR XXIII. GP zitierte Belegstelle bei Hengstschläger/Leeb, AVG, RZ 3 zu § 33 und die dort zitierte hg. Judikatur) kommt es für die Rechtzeitigkeit darauf an, wann diese Berufungen bei der Behörde eingelangt sind. (Eine andere Betrachtungsweise könnte bei Vorliegen entsprechender gemäß § 13 Abs. 2 AVG ordnungsgemäß kundgemachter organisatorischer Beschränkungen geboten sein...). Eine E-Mail-Sendung ist dann bei der Behörde eingelangt, wenn sie von einem - außerhalb der Amtsstunden betriebsbereit gehaltenen - Server, den die Behörde für die Empfangnahme von an sie gerichteten E-Mail-Sendungen gewählt hat, empfangen wurde und sich damit im 'elektronischen Verfügungsbereich' (vgl. die zitierten Gesetzesmaterialien) der Behörde befindet." Wie der VwGH im vom Antragsteller ins Treffen geführten Erkenntnis vom 22.4.2009, Zl. 2008/04/0089, ausdrücklich festgehalten hat, normiert Paragraph 13, Absatz 5, letzter Satz AVG in der Fassung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 5 aus 2008,, jedoch ausschließlich den Beginn von behördlichen Entscheidungsfristen und ist für die Frage der Rechtzeitigkeit einer Berufung nicht maßgeblich. In dem dem zit. VwGH-

Erkenntnis zugrunde liegenden Fall waren die beiden Berufungen des Berufungswerbers nach Ende der Amtsstunden per E-Mail an die Behörde versendet worden. Die belangte Behörde hatte unter Berufung auf Paragraph 13, Absatz 5, letzter Satz AVG die Verfristung der Berufungen angenommen. Unter Hinweis darauf, dass Paragraph 13, Absatz 5, letzter Satz AVG ausschließlich den Beginn von behördlichen Entscheidungsfristen nomiert und für die Frage der Rechtzeitigkeit einer Berufung nicht maßgeblich ist, qualifizierte der VwGH die Ansicht der belangten Behörde der Verfristung der Berufungen als Verkennung der Rechtslage und somit als rechtswidrig. Der VwGH hielt dazu fest, dass die Berufungen zwar nach Ende der Amtsstunden per E-Mail an die Behörde versendet wurden. "Da das Postenlaufprivileg des Paragraph 33, Absatz 3, AVG in solchen Fällen nicht gilt vergleiche die in den wieder gegebenen Gesetzesmaterialien zur Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 5 aus 2008,, 294 Blg NR römisch 23 . Gesetzgebungsperiode zitierte Belegstelle bei Hengstschläger/Leeb, AVG, RZ 3 zu Paragraph 33 und die dort zitierte hg. Judikatur) kommt es für die Rechtzeitigkeit darauf an, wann diese Berufungen bei der Behörde eingelangt sind. (Eine andere Betrachtungsweise könnte bei Vorliegen entsprechender gemäß Paragraph 13, Absatz 2, AVG ordnungsgemäß kundgemachter organisatorischer Beschränkungen geboten sein...). Eine E-Mail-Sendung ist dann bei der Behörde eingelangt, wenn sie von einem - außerhalb der Amtsstunden betriebsbereit gehaltenen - Server, den die Behörde für die Empfangnahme von an sie gerichteten E-Mail-Sendungen gewählt hat, empfangen wurde und sich damit im 'elektronischen Verfügungsbereich' vergleiche die zitierten Gesetzesmaterialien) der Behörde befindet."

Daraus folgt, dass ein Anbringen, das nach dem Ende der Amtsstunden, aber noch am letzten Tag einer allfälligen Frist bei der Behörde auf einem empfangsbereit gehaltenen Empfangsgerät einlangt, als noch am selben Tag (und damit als rechtzeitig) eingebracht gilt (vgl. Primosch, Ecolex 2009/285, Fristwahrung bei E-Mail-Anbringen). Daraus folgt, dass ein Anbringen, das nach dem Ende der Amtsstunden, aber noch am letzten Tag einer allfälligen Frist bei der Behörde auf einem empfangsbereit gehaltenen Empfangsgerät einlangt, als noch am selben Tag (und damit als rechtzeitig) eingebracht gilt vergleiche Primosch, Ecolex 2009/285, Fristwahrung bei E-Mail-Anbringen).

Im gegenständlichen Fall bedeutet dies, dass zwar die behördliche Entscheidungsfrist erst am 14.9.2009, 7:00 Uhr, zu laufen begonnen hat, sodass in der Folge die 6- wöchige Entscheidungsfrist des BVA über den Nachprüfungsantrag (§ 326 BVergG) nicht bereits am 23.10.2009, sondern erst am Dienstag, 27.10.2009, endet (Montag, 26.10.2009, ist ein gesetzlicher Feiertag, vgl. § 32 Abs. 2 iVm § 33 Abs. 2 AVG). Auf die Rechtzeitigkeit des außerhalb der Amtsstunden des Bundesvergabeamtes eingebrachten Nachprüfungsantrages ist dies jedoch ohne Einfluss, da das Bundesvergabeamt die E-Mail-Sendung (den Nachprüfungsantrag) an seinem für E-Mailsendungen bereitgestellten, außerhalb der Amtsstunden betriebsbereit gehaltenen Server empfangen hat. Im gegenständlichen Fall bedeutet dies, dass zwar die behördliche Entscheidungsfrist erst am 14.9.2009, 7:00 Uhr, zu laufen begonnen hat, sodass in der Folge die 6- wöchige Entscheidungsfrist des BVA über den Nachprüfungsantrag (Paragraph 326, BVergG) nicht bereits am 23.10.2009, sondern erst am Dienstag, 27.10.2009, endet (Montag, 26.10.2009, ist ein gesetzlicher Feiertag, vergleiche Paragraph 32, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 33, Absatz 2, AVG). Auf die Rechtzeitigkeit des außerhalb der Amtsstunden des Bundesvergabeamtes eingebrachten Nachprüfungsantrages ist dies jedoch ohne Einfluss, da das Bundesvergabeamt die E-Mail-Sendung (den Nachprüfungsantrag) an seinem für E-Mailsendungen bereitgestellten, außerhalb der Amtsstunden betriebsbereit gehaltenen Server empfangen hat.

Eine allfällige organisatorische Beschränkung des elektronischen Verkehrs nach § 13 Abs. 2 AVG - iSd Verschiebung (auch) des Einbringungszeitpunktes auf den Wiederbeginn der Amtsstunden - hat das Bundesvergabeamt nicht getroffen. Auf der Homepage des BVA findet sich folgender Hinweis: "Um ein ordnungsgemäßes und fristgerechtes Einbringen von Eingaben in elektronischer Form an das BVA zu gewährleisten, sind diese während der Amtsstunden an die oben genannte E-Mailadresse des BVA zu richten. Sollten Sie ihr Anbringen außerhalb der Amtsstunden des Bundesvergabeamtes eingebracht haben, gilt dieses Anbringen erst nach Beginn der Amtsstunden am nächsten Werktag (Montag bis Donnerstag 7-15 Uhr und Freitag 7-12 Uhr) als eingelangt und wird ab diesem Zeitpunkt behandelt werden." Eine allfällige organisatorische Beschränkung des elektronischen Verkehrs nach Paragraph 13, Absatz 2, AVG - iSd Verschiebung (auch) des Einbringungszeitpunktes auf den Wiederbeginn der Amtsstunden - hat das Bundesvergabeamt nicht getroffen. Auf der Homepage des BVA findet sich folgender Hinweis: "Um ein ordnungsgemäßes und fristgerechtes Einbringen von Eingaben in elektronischer Form an das BVA zu gewährleisten, sind diese während der Amtsstunden an die oben genannte E-Mailadresse des BVA zu richten. Sollten Sie ihr

Anbringen außerhalb der Amtsstunden des Bundesvergabeamtes eingebracht haben, gilt dieses Anbringen erst nach Beginn der Amtsstunden am nächsten Werktag (Montag bis Donnerstag 7-15 Uhr und Freitag 7-12 Uhr) als eingelangt und wird ab diesem Zeitpunkt behandelt werden."

Hierbei handelt es sich um eine in inhaltlicher Hinsicht auf die Regelung des § 13 Abs. 5 letzter Satz AVG Bezug nehmende Information des BVA über die im Falle eines außerhalb der Amtsstunden eingebrachten Anbringens einzuhaltende, vom Gesetzgeber vorgegebene Vorgangsweise (arg. "Sollten Sie ihr Anbringen außerhalb der Amtsstunden eingebracht haben..."). Das Bundesvergabeamt macht damit potentielle Antragsteller lediglich darauf aufmerksam, dass diesfalls die behördliche Entscheidungsfrist laut Gesetz erst mit Wiederbeginn der Amtsstunden zu laufen beginnt. Eine andere Bedeutung, insbesondere eine gemäß § 13 Abs. 2 AVG kundgemachte organisatorische Beschränkung im Sinne eines Ausschlusses der Bereitschaft zur Entgegennahme von Anbringen außerhalb der Amtsstunden, kann diesem Hinweis nicht entnommen werden. Damit, dass das Bundesvergabeamt potentielle Antragsteller - als Serviceleistung - über die gesetzlichen Folgen eines außerhalb der Amtsstunden der Behörde eingebrachten Anbringens informiert, gibt dieses im Gegenteil vielmehr zu erkennen, dass dieses zur Entgegennahme elektronischer Anbringen - eben mit den sich nach § 13 Abs. 5 letzter Satz AVG zu richtenden Rechtsfolgen - auch außerhalb seiner Amtsstunden bereit ist. Hierbei handelt es sich um eine in inhaltlicher Hinsicht auf die Regelung des Paragraph 13, Absatz 5, letzter Satz AVG Bezug nehmende Information des BVA über die im Falle eines außerhalb der Amtsstunden eingebrachten Anbringens einzuhaltende, vom Gesetzgeber vorgegebene Vorgangsweise (arg. "Sollten Sie ihr Anbringen außerhalb der Amtsstunden eingebracht haben..."). Das Bundesvergabeamt macht damit potentielle Antragsteller lediglich darauf aufmerksam, dass diesfalls die behördliche Entscheidungsfrist laut Gesetz erst mit Wiederbeginn der Amtsstunden zu laufen beginnt. Eine andere Bedeutung, insbesondere eine gemäß Paragraph 13, Absatz 2, AVG kundgemachte organisatorische Beschränkung im Sinne eines Ausschlusses der Bereitschaft zur Entgegennahme von Anbringen außerhalb der Amtsstunden, kann diesem Hinweis nicht entnommen werden. Damit, dass das Bundesvergabeamt potentielle Antragsteller - als Serviceleistung - über die gesetzlichen Folgen eines außerhalb der Amtsstunden der Behörde eingebrachten Anbringens informiert, gibt dieses im Gegenteil vielmehr zu erkennen, dass dieses zur Entgegennahme elektronischer Anbringen - eben mit den sich nach Paragraph 13, Absatz 5, letzter Satz AVG zu richtenden Rechtsfolgen - auch außerhalb seiner Amtsstunden bereit ist.

Der Nachprüfungsantrag wurde daher unter Wahrung der Frist des § 321 Abs. 2 Z 2 BVergG rechtzeitig eingebracht. Der Nachprüfungsantrag wurde daher unter Wahrung der Frist des Paragraph 321, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG rechtzeitig eingebracht.

B. Zu den Anträgen im Einzelnen:

1. a) Litera a
Zu Spruchpunkt I:

Zu Spruchpunktteil 1.:

- -Strichaufzählung
Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsbedingungen in den unter Pkt. II.1 angesprochenen Punkten: Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsbedingungen in den unter Pkt. römisch zwei.1 angesprochenen Punkten:

Die Ausschreibungsunterlagen bestehen aus den auf Seite 1 der (ebenfalls einen Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen bildenden) "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" aufgezählten Unterlagen wie etwa Angebotsschreiben, Leistungsverzeichnis usw. Eine Unterlage mit dem allgemeinen Titel "Ausschreibungsbedingungen" ist unter den angeführten Ausschreibungsunterlagen nicht genannt. Mit den im Schriftsatz des Antragstellers "unter Pkt. II.1 angesprochenen Punkten" macht der Antragsteller zudem ausschließlich die Diskriminierung durch die Referenznachweise geltend. Die Anforderungen an die Referenznachweise werden jedoch zur Gänze und ausschließlich in Pos 001100A Z des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnisses, Ergänzende Bestimmung zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit, geregelt (siehe auch Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung). Das ins Leere gerichtete Begehren war sohin abzuweisen. Die Ausschreibungsunterlagen bestehen aus den auf Seite 1 der (ebenfalls einen Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen bildenden) "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" aufgezählten Unterlagen wie etwa Angebotsschreiben, Leistungsverzeichnis usw. Eine Unterlage mit dem allgemeinen Titel "Ausschreibungsbedingungen" ist unter den

angeführten Ausschreibungsunterlagen nicht genannt. Mit den im Schriftsatz des Antragstellers "unter Pkt. römisch zwei.1 angesprochenen Punkten" macht der Antragsteller zudem ausschließlich die Diskriminierung durch die Referenznachweise geltend. Die Anforderungen an die Referenznachweise werden jedoch zur Gänze und ausschließlich in Pos 001100A Z des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnisses, Ergänzende Bestimmung zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit, geregelt (siehe auch Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung). Das ins Leere gerichtete Begehren war sohin abzuweisen.

- -Strichaufzählung

Zum Antrag auf Nichtigerklärung der abändernden bzw. ergänzenden Bestimmungen in der Fassung vom 1.2.2006 in den unter Pkt. II.1 angesprochenen Punkten: Zum Antrag auf Nichtigerklärung der abändernden bzw. ergänzenden Bestimmungen in der Fassung vom 1.2.2006 in den unter Pkt. römisch zwei.1 angesprochenen Punkten:

In den abändernden bzw. ergänzenden Bestimmungen zur ÖNORM B 2110 Fassung 1.3.1995 idF vom 1.2.2006 (AEB) werden keine Regelungen betreffend Referenznachweise, somit keine Regelungen zu den vom Antragsteller im Schriftsatz vom 10.9.2009, unter Pkt. II.1 angesprochenen Punkten getroffen (siehe auch Auftraggeber mündliche Verhandlung). Das Begehren war daher abzuweisen. In den abändernden bzw. ergänzenden Bestimmungen zur ÖNORM B 2110 Fassung 1.3.1995 in der Fassung vom 1.2.2006 (AEB) werden keine Regelungen betreffend Referenznachweise, somit keine Regelungen zu den vom Antragsteller im Schriftsatz vom 10.9.2009, unter Pkt. römisch zwei.1 angesprochenen Punkten getroffen (siehe auch Auftraggeber mündliche Verhandlung). Das Begehren war daher abzuweisen.

- -Strichaufzählung

Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Angebotsbestimmungen in den unter Pkt. II.1 angesprochenen Punkten: Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Angebotsbestimmungen in den unter Pkt. römisch zwei.1 angesprochenen Punkten:

Auch die Angebotsbestimmungen enthalten keine Regelungen über die vom Antragsteller im Schriftsatz vom 10.9.2009 unter Pkt. II.1 angesprochenen Punkte. Sollte sich der Antrag allenfalls auch auf die (Anm.: Nicht unter Pkt. II.1 angesprochene) -vermeintlich- unklare Regelung der Unzulässigkeit von Alternativangeboten in den Angebotsbestimmungen erstrecken, ist Folgendes anzumerken: In Pkt. 4 der Angebotsbestimmungen wird die Unzulässigkeit von Alternativangeboten durch Ankreuzen des Kästchens "nicht zugelassen" eindeutig und unmissverständlich geregelt (das Kästchen "zugelassen" wurde vom Auftraggeber freigelassen). Darunter lautet es in dem vom Auftraggeber verwendeten (Standard)formular: "Sind Alternativangebote zugelassen, gelten folgende Bestimmungen...." Hierbei handelt es sich somit um Regelungen, die nur dann gelten, wenn - was hier nicht der Fall ist - im konkreten Vergabeverfahren Alternativangebote zugelassen wurden. Abgesehen davon wurden Alternativangebote im gegenständlichen Vergabeverfahren schon in der Ausschreibungsbekanntmachung (Pkt. II.1.9.) für unzulässig erklärt. Auch die Angebotsbestimmungen enthalten keine Regelungen über die vom Antragsteller im Schriftsatz vom 10.9.2009 unter Pkt. II.1 angesprochenen Punkte. Sollte sich der Antrag allenfalls auch auf die Anmerkung, Nicht unter Pkt. II.1 angesprochene) -vermeintlich- unklare Regelung der Unzulässigkeit von Alternativangeboten in den Angebotsbestimmungen erstrecken, ist Folgendes anzumerken: In Pkt. 4 der Angebotsbestimmungen wird die Unzulässigkeit von Alternativangeboten durch Ankreuzen des Kästchens "nicht zugelassen" eindeutig und unmissverständlich geregelt (das Kästchen "zugelassen" wurde vom Auftraggeber freigelassen). Darunter lautet es in dem vom Auftraggeber verwendeten (Standard)formular: "Sind Alternativangebote zugelassen, gelten folgende Bestimmungen...." Hierbei handelt es sich somit um Regelungen, die nur dann gelten, wenn - was hier nicht der Fall ist - im konkreten Vergabeverfahren Alternativangebote zugelassen wurden. Abgesehen davon wurden Alternativangebote im gegenständlichen Vergabeverfahren schon in der Ausschreibungsbekanntmachung (Pkt. römisch zwei.1.9.) für unzulässig erklärt.

Zu Spruchpunktteil 2.:

Soweit sich der Nichtigerklärungsantrag mangels Einschränkung des Nichtigerklärungsbegehrens nach wie vor auch auf das infolge Ausschreibungsberichtigung weggefallene Erfordernis der Ausführung der Referenzanlagen als Hauptauftragnehmer erstreckt, war der Antrag als ins Leere gerichtet, zurückzuweisen.

Im Übrigen wird Nachfolgendes ausgeführt:

Die Begriffsbestimmung des § 2 Z 20 lit.c BVergG definiert die Eignungskriterien als die vom Auftraggeber festgelegten, nicht diskriminierenden, auf den Leistungsinhalt abgestimmten Mindestanforderungen an den Bewerber oder Bieter, die gemäß den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes nachzuweisen sind. Die Begriffsbestimmung des Paragraph 2, Ziffer 20, Litera c, BVergG definiert die Eignungskriterien als die vom Auftraggeber festgelegten, nicht diskriminierenden, auf den Leistungsinhalt abgestimmten Mindestanforderungen an den Bewerber oder Bieter, die gemäß den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes nachzuweisen sind.

Gemäß § 70 Abs. 1 BVergG kann der Auftraggeber von Unternehmen, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, Nachweise darüber verlangen, dass ihre

Gemäß Paragraph 70, Absatz eins, BVergG kann der Auftraggeber von Unternehmen, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, Nachweise darüber verlangen, dass ihre

1. 1. Ziffer eins

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

Gemäß § 70 Abs. 2 1. Satz BVergG dürfen Nachweise vom Unternehmer nur soweit verlangt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Gemäß Paragraph 70, Absatz 2, 1. Satz BVergG dürfen Nachweise vom Unternehmer nur soweit verlangt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist.

Das konkret verlangte Ausmaß an Eignung, das ein Auftraggeber bei seinem Vertragspartner voraussetzt, ist allerdings weder in der Vergabe RL 2004/18/EG noch im BVergG 2006 näher geregelt. Auch die ErläutRV 1171 BlgNR. XXII.GP 62, führen aus, dass es nicht Inhalt des Gesetzes ist, "Auftraggeber in ihrer Befugnis zu beschneiden, darüber zu entscheiden, welcher Standard der wirtschaftlichen, finanziellen oder technischen Leistungsfähigkeit für die Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen erforderlich ist" (siehe auch EuGH 20.9.1988, Rs C-31/87, Beentjes). Der Auftraggeber wird durch das Gesetz grundsätzlich nicht in seiner Freiheit beschnitten, das Ausmaß bzw. den Standard an Eignung, den er für die ordnungsgemäße Erbringung der nachgefragten Leistung erforderlich erachtet, festzulegen. Die Eignungskriterien, somit die konkret verlangten Mindestanforderungen, sind vielmehr vom Auftraggeber selbst festzulegen. Das konkret verlangte Ausmaß an Eignung, das ein Auftraggeber bei seinem Vertragspartner voraussetzt, ist allerdings weder in der Vergabe RL 2004/18/EG noch im BVergG 2006 näher geregelt. Auch die ErläutRV 1171 BlgNR. römisch 22 .Gesetzgebungsperiode 62, führen aus, dass es nicht Inhalt des Gesetzes ist, "Auftraggeber in ihrer Befugnis zu beschneiden, darüber zu entscheiden, welcher Standard der wirtschaftlichen, finanziellen oder technischen Leistungsfähigkeit für die Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen erforderlich ist" (siehe auch EuGH 20.9.1988, Rs C-31/87, Beentjes). Der Auftraggeber wird durch das Gesetz grundsätzlich nicht in seiner Freiheit beschnitten, das Ausmaß bzw. den Standard an Eignung, den er für die ordnungsgemäße Erbringung der nachgefragten Leistung erforderlich erachtet, festzulegen. Die Eignungskriterien, somit die konkret verlangten Mindestanforderungen, sind vielmehr vom Auftraggeber selbst festzulegen.

Beschränkungen ergeben sich jedoch zum einen aus der Definition der Eignungskriterien in § 2 Z 20 lit.c BVergG, wonach die Eignungskriterien nicht diskriminierend sein dürfen und auf den Leistungsinhalt abgestimmt sein müssen. Zum anderen ergeben sich Schranken aus der Regelung des § 70 Abs. 2 BVergG, wonach Eignungsnachweise nur soweit verlangt werden dürfen, wie es durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist (vgl. Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 68 Rz 7). Beschränkungen ergeben sich jedoch zum einen aus der Definition der Eignungskriterien in Paragraph 2, Ziffer 20, Litera c, BVergG, wonach die Eignungskriterien nicht diskriminierend sein dürfen und auf den Leistungsinhalt abgestimmt sein müssen. Zum anderen ergeben sich Schranken aus der Regelung des Paragraph 70, Absatz 2, BVergG, wonach Eignungsnachweise nur soweit verlangt werden dürfen, wie es durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist vergleiche Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 68, Rz 7).

Wie sich aus den genannten gesetzlichen Regelungen ergibt, ist Bezugspunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit konkret festgelegter Eignungsanforderungen grundsätzlich der konkret zu vergebende Auftrag. So kommt auch in Art. 44 Abs. 2 der Vergaberichtlinie 2004/18/EG zum Ausdruck, dass die gestellten Mindestanforderungen dem Auftragsgegenstand angemessen sein müssen. Wie sich aus den genannten gesetzlichen Regelungen ergibt, ist Bezugspunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit konkret festgelegter Eignungsanforderungen grundsätzlich der konkret zu vergebende Auftrag. So kommt auch in Artikel 44, Absatz 2, der Vergaberichtlinie 2004/18/EG zum Ausdruck, dass die gestellten Mindestanforderungen dem Auftragsgegenstand angemessen sein müssen.

Auch die Auswahl der Eignungsnachweise aus dem Katalog des § 75 BVergG steht unter der generellen Einschränkung

des § 70 Abs. 2 BVergG, wonach alle (d.h. auch die in § 75 Abs.1 genannten Nachweise durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sein müssen); vgl. Jaeger in Schramm/Aicher/ Fruhmann/Thienel), § 75 Rz 3). Auch die Auswahl der Eignungsnachweise aus dem Katalog des Paragraph 75, BVergG steht unter der generellen Einschränkung des Paragraph 70, Absatz 2, BVergG, wonach alle (d.h. auch die in Paragraph 75, Absatz eins, genannten Nachweise durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sein müssen); vergleiche Jaeger in Schramm/Aicher/ Fruhmann/Thienel), Paragraph 75, Rz 3).

Gemäß § 75 Abs. 1 BVergG kann der Auftraggeber als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs. 1 Z 4 je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zur erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise verlangen. Andere als die in den Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen. Gemäß Paragraph 75, Absatz eins, BVergG kann der Auftraggeber als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 70, Absatz eins, Ziffer 4, je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zur erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in Absatz 5 bis 7 angeführten Nachweise verlangen. Andere als die in den Absatz 5 bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen.

Gemäß § 75 Abs. 6 Z 1 BVergG kann als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei Bauaufträgen eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen verlangt werden. Gemäß Paragraph 75, Absatz 6, Ziffer eins, BVergG kann als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei Bauaufträgen eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen verlangt werden.

Für die gegenständliche Auftragsvergabe hat der Auftraggeber drei Referenzprojekte, wie im Sachverhalt unter Pkt. 1 wiedergegeben, verlangt. Der Antragsteller behauptet die Unsachlichkeit und Unangemessenheit der in Pos. 001100A Z, Ergänzende Bestimmung zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit, festgelegten Anforderungen an die Referenzprojekte im Hinblick auf die in seinem Schriftsatz vom 10.9.2009, Pkt. II.1, angesprochenen Punkte (Höhe der geforderten Auftragssumme der Referenzprojekte, Umfang der erforderlichen Referenzprojekte, zeitliche Beschränkung der Referenzprojekte). Für die gegenständliche Auftragsvergabe hat der Auftraggeber drei Referenzprojekte, wie im Sachverhalt unter Pkt. 1 wiedergegeben, verlangt. Der Antragsteller behauptet die Unsachlichkeit und Unangemessenheit der in Pos. 001100A Z, Ergänzende Bestimmung zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit, festgelegten Anforderungen an die Referenzprojekte im Hinblick auf die in seinem Schriftsatz vom 10.9.2009, Pkt. römisch zwei.1, angesprochenen Punkte (Höhe der geforderten Auftragssumme der Referenzprojekte, Umfang der erforderlichen Referenzprojekte, zeitliche Beschränkung der Referenzprojekte).

Hiezu ist Folgendes auszuführen:

1. 1. Ziffer eins

Zur Höhe der geforderten Auftragssummen und Umfang bzw. Anzahl der Referenzprojekte:

In Pos 001100A Z des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnisses werden drei Referenzprojekte ("Referenzanlagen") verlangt, wovon eine Referenz eine Nettoauftragssumme in Höhe von mehr als Euro 1.000.000,00 und die beiden anderen Referenzen eine Nettoauftragssumme in Höhe von jeweils mehr als Euro 500.000,00 aufweisen müssen. Die geforderten Auftragswertsummen sind im Hinblick auf die oben wiedergegebenen einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen weder unsachlich noch unangemessen:

Zunächst ist in Betracht zu ziehen, dass der im Gesetz festgelegte Bereich für Bauaufträge im Unterschwellenbereich immerhin bis zu einem geschätzten Nettoauftragswert von derzeit Euro 5.150.000,00 reicht (vgl. § 12 Abs. 1 Z 3 iVm § 12 Abs. 3 BVergG und Art. 1 lit b der geltenden EU-Schwellenwertverordnung Nr. 1422/2007). Schon im Hinblick darauf ist es aus der Sicht des erkennenden Senates des Bundesvergabeamtes grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn ein Auftraggeber - wie im vorliegenden Fall - den Nachweis von Referenzprojekten mit Auftragswerten in Höhe von ohnehin nur Bruchteilen der vom Gesetzgeber für Unterschwellenbauaufträge festgesetzten Beträge vorsieht. Für das erste vom Bieter nachzuweisende Referenzprojekt wird eine Nettoauftragssumme in einer über Euro 1.000.000,00 liegenden Höhe, somit in Höhe von nicht einmal einem Fünftel des vom Gesetzgeber für Unterschwellenbereichsaufträge im Baubereich vorgesehenen Maximalbetrages gefordert. Für die beiden anderen Referenzprojekte werden gar nur Auftragswerte in einer den Betrag von Euro 500.000,00 übersteigenden Höhe, somit in Höhe von nicht einmal einem Zehntel der gesetzlich festgelegten Unterschwellenbereichshöhe vorgeschrieben. Zunächst ist in Betracht zu ziehen, dass der im Gesetz festgelegte Bereich für Bauaufträge im

Unterschwellenbereich immerhin bis zu einem geschätzten Nettoauftragswert von derzeit Euro 5.150.000,00 reicht vergleiche Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, in Verbindung mit Paragraph 12, Absatz 3, BVergG und Artikel eins, Litera b, der geltenden EU-Schwellenwerteverordnung Nr. 1422 aus 2007,). Schon im Hinblick darauf ist es aus der Sicht des erkennenden Senates des Bundesvergabeamtes grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn ein Auftraggeber - wie im vorliegenden Fall - den Nachweis von Referenzprojekten mit Auftragswerten in Höhe von ohnehin nur Bruchteilen der vom Gesetzgeber für Unterschwellenbauaufträge festgesetzten Beträge vorsieht. Für das erste vom Bieter nachzuweisende Referenzprojekt wird eine Nettoauftragssumme in einer über Euro 1.000.000,00 liegenden Höhe, somit in Höhe von nicht einmal einem Fünftel des vom Gesetzgeber für Unterschwellenbereichsaufträge im Baubereich vorgesehenen Maximalbetrages gefordert. Für die beiden anderen Referenzprojekte werden gar nur Auftragswerte in einer den Betrag von Euro 500.000,00 übersteigenden Höhe, somit in Höhe von nicht einmal einem Zehntel der gesetzlich festgelegten Unterschwellenbereichshöhe vorgeschrieben.

Hinzu kommt, dass der geschätzte Nettoauftragswert des gegenständlichen Vergabevorhabens immerhin Euro 2.300.000,00 beträgt. Die für die Referenzprojekte vorgeschriebenen Auftragswertsummen stehen in angemessener Relation zum Auftragswert. Davon, dass die im gegenständlichen Vergabeverfahren vom Auftraggeber verlangten Referenzauftragssummen von über Euro 1.000.000,00 bzw. von über Euro 500.000,00 in unangemessenem Verhältnis zum geschätzten Auftragswert des konkreten Vergabevorhabens von Euro 2.300.000,00 stehen würden, kann keine Rede sein.

Ohne Bedeutung ist - entgegen der Auffassung des Antragstellers - auch, dass der ziffernmäßig geschätzte Auftragswert des Vergabevorhabens in der Ausschreibung nicht aufscheint.

Schließlich ist auch die Zahl der verlangten Referenzprojekte (drei) im Verhältnis zu Auftragsinhalt und -höhe keinesfalls als überschießend und damit nicht als ungerechtfertigt anzusehen.

1. 2.Ziffer 2

Zum Ausschluss von Wohnanlagen als in Frage kommende Referenzprojekte:

Gemäß Pos. 001100A Z 2. Absatz, "Ergänzende Bestimmung zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit", gelten Wohnanlagen nicht als Referenzprojekte iSd Ausschreibung und kommen demnach als Referenzanlagen nicht in Frage. Gemäß Pos. 001100A Ziffer 2, Absatz, "Ergänzende Bestimmung zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit", gelten Wohnanlagen nicht als Referenzprojekte iSd Ausschreibung und kommen demnach als Referenzanlagen nicht in Frage.

Wie erwähnt, kann der Auftraggeber die Anforderungen an die Referenzprojekte - einschließlich der Bedingungen, unter denen diese erbracht worden sein mussten - innerhalb der aufgezeigten Grenzen, insbesondere jenen des § 70 Abs. 2 BVergG, grundsätzlich frei festlegen. Dies umfasst nicht nur spezifische Anforderungen an die Erbringung der Referenzleistung (konkret die Realisierung bzw. Adaptierung der Referenzanlagen während des laufenden Geschäfts- bzw. Bürobetriebes), sondern auch die konkret vorgenommene Eingrenzung von Referenzanlagen auf solche Anlagen, die keine Wohnanlagen sind. Der Auftraggeber hat diese Referenzanforderung auch keineswegs zu eng gefasst, sondern allein Wohnanlagen als Referenzanlagen ausgeschlossen. Wie aus der Bestimmung, wonach die Referenzanlagen während des laufenden Geschäfts- bzw. Bürobetriebes realisiert bzw. adaptiert worden sein müssen, hervor geht, kommen nämlich etwa Geschäfts- und Bürogebäude durchaus als Referenzanlagen in Betracht. Wie erwähnt, kann der Auftraggeber die Anforderungen an die Referenzprojekte - einschließlich der Bedingungen, unter denen diese erbracht worden sein mussten - innerhalb der aufgezeigten Grenzen, insbesondere jenen des Paragraph 70, Absatz 2, BVergG, grundsätzlich frei festlegen. Dies umfasst nicht nur spezifische Anforderungen an die Erbringung der Referenzleistung (konkret die Realisierung bzw. Adaptierung der Referenzanlagen während des laufenden Geschäfts- bzw. Bürobetriebes), sondern auch die konkret vorgenommene Eingrenzung von Referenzanlagen auf solche Anlagen, die keine Wohnanlagen sind. Der Auftraggeber hat diese Referenzanforderung auch keineswegs zu eng gefasst, sondern allein Wohnanlagen als Referenzanlagen ausgeschlossen. Wie aus der Bestimmung, wonach die Referenzanlagen während des laufenden Geschäfts- bzw. Bürobetriebes realisiert bzw. adaptiert worden sein müssen, hervor geht, kommen nämlich etwa Geschäfts- und Bürogebäude durchaus als Referenzanlagen in Betracht.

Die in der Ausschreibung verfügte Ausnahme von Wohnanlagen als Referenzprojekte steht im Einklang mit dem Auftragsgegenstand, der in der technischen Funktionssanierung der elektrischen Anlagen von Nichtwohnanlagen, konkret von Universitätsgebäuden, besteht. Der Zusammenhang zwischen der konkreten Referenzanforderung

(Referenzleistung an Nichtwohnanlagen) und dem konkret zu vergebenden Auftrag ist gegeben.

Referenzprojekte sollen dem Auftraggeber die Beurteilung ermöglichen, ob der Bieter aufgrund seiner bisher erbrachten (Bau)leistungen über die auftragsrelevante Erfahrung verfügt, die eine technisch einwandfreie Ausführung des konkret zu vergebenden Auftrages erwarten lässt. Im Hinblick darauf, kann es einem Auftraggeber nicht verwehrt sein, die nachzuweisenden Referenzleistungen, in Abstimmung auf den konkreten Auftragsgegenstand, auch ihrer Art nach näher zu regeln.

Zunächst ist davon auszugehen, dass sich die Anforderungen an elektrotechnische Installationen an Universitätsgebäuden von den Erfordernissen für elektrotechnische Installationen an Wohnanlagen schon insofern voneinander unterscheiden, als Universitätsgebäude nicht für Wohnzwecke bestimmt sind, sondern einen völlig anders gelagerten Verwendungszweck zu erfüllen haben.

Wie der Auftraggeber (C***) in der mündlichen Verhandlung aus technischer Sicht erläuterte, ist gegenständlich die elektrotechnische Funktionssanierung an mehreren Gebäudekomplexen einer Universität vorzunehmen. Hierzu stellen sich, wie C*** weiters ausführte, teilweise komplexe technische Anforderungen, wie Hoch- und Mittelspannungsanlagen, Niederspannungsschaltanlagen, Eigenstromerzeugungsanlagen (Notstromaggregate, Batterieanlagen), Umformeranlagen, Niederspannungsleitungs- und Verteilungsanlagen. Hinzu kommt, dass von den gegenständlichen Sanierungsarbeiten darüber hinaus auch Laboreinrichtungen betroffen sind.

Aus der Sicht des erkennenden Senates ist daher schlüssig nachvollziehbar, dass allein an Wohnanlagen erbrachte Referenzleistungen den projektspezifischen Anforderungen nicht zu entsprechen vermögen und vom Auftraggeber infolge dessen nicht anerkannt werden.

Der zur Verhandlung nicht erschienene Antragsteller begnügte sich in seiner schriftlichen Stellungnahme zur Verhandlungsschrift vom 15.10.2009 demgegenüber im Wesentlichen mit der nicht näher begründeten pauschalen Feststellung, dass die vom Auftraggeber angesprochenen komplexen hohen Anforderungen in der Gesamtbetrachtung nur von untergeordneter Bedeutung seien.

Unter einem beantragte der Antragsteller die Einholung eines Sachverständigengutachtens zum Thema, dass die Funktionssanierung einer Wohnanlage und eines Universitätsgebäudes dieselben Anforderungen voraussetzen würde und demgemäß die Referenzanforderung "keine Wohnanlagen" eine sachlich nicht gerechtfertigte Diskriminierung sei.

Hiezu ist zu bemerken, dass es bei der Beurteilung von Referenzanforderungen als gerechtfertigt oder ungerechtfertigt nicht um die Identität der Anforderungen an das Referenzprojekt und an den zu vergebenden Auftrag, sondern um den Zusammenhang zwischen Referenzanforderung und Auftragsgegenstand geht. Bei der Beurteilung der sachlichen Rechtfertigung von Referenzanforderungen handelt es sich zudem um eine nicht von einem Sachverständigen zu beurteilende Rechtsfrage. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass der Antragsteller sein Fernbleiben sowie das Fernbleiben seines Rechtsvertreters von der mündlichen Verhandlung gerade damit begründet hat, "dass es sich bei den beanstandeten Punkten um reine Rechtsfragen handle".

Von der Einholung eines Sachverständigengutachtens war daher abzusehen.

Auch der Ausschluss von Referenzprojekten über Wohnanlagen steht im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand und erweist sich, wie auch die Ausführungen des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung belegen, als sachlich gerechtfertigt.

Schlussfolgerungen:

Sämtliche vom Auftraggeber hinsichtlich der Referenzprojekte festgelegten Mindestanforderungen stehen in sachlicher und angemessener Relation zum Auftragsgegenstand und sind auf diesen rückführbar. Die normierten Eignungskriterien sind als durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigte, auf den Leistungsinhalt abgestimmte, nicht diskriminierende Mindestanforderungen iSd §§ 70 Abs. 2, 2 Z 20 lit.c BVergG einzustufen und entsprechen den allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen der Fairness, Transparenz und Nichtdiskriminierung aller Bieter iSd § 19 Abs. 1 BVerG. Sämtliche vom Auftraggeber hinsichtlich der Referenzprojekte festgelegten Mindestanforderungen stehen in sachlicher und angemessener Relation zum Auftragsgegenstand und sind auf diesen rückführbar. Die normierten Eignungskriterien sind als durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigte, auf den Leistungsinhalt abgestimmte, nicht diskriminierende Mindestanforderungen iSd Paragraphen 70, Absatz 2, 2, Ziffer 20, Litera c, BVergG einzustufen und entsprechen den allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen der Fairness, Transparenz und

Nichtdiskriminierung aller Bieter iSd Paragraph 19, Absatz eins, BVerG.

1. 3.Ziffer 3

Zum Vorbringen des Antragstellers betreffend die rechtswidrige zeitliche Beschränkung der Referenzprojekte:

Schließlich erblickt der Antragsteller in der Formulierung "des ersten Absatzes der Position 001100A Z "Ergänzende Bestimmung zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit" des Leistungsverzeichnisses - "Als technisch leistungsfähig werden nur Firmen anerkannt, welche mindestens 3 elektrotechnische Anlagen in den letzten 5 Jahren ausgeführt, nachweisen können" - eine rechtswidrige zeitliche Beschränkung von Referenzprojekten. Auch dieses Vorbringen geht ins Leere.

Zunächst ist auf die Regelung des § 75 Abs. 1 BVergG zu verweisen, worin die zulässigen Nachweisarten und damit auch die Zulässigkeit von Referenzen iSd § 75 Abs. 5 bis 7 abschließend geregelt sind. Andere als die in den Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen (§ 75 Abs. 1 2. Satz BVergG).Zunächst ist auf die Regelung des Paragraph 75, Absatz eins, BVergG zu verweisen, worin die zulässigen Nachweisarten und damit auch die Zulässigkeit von Referenzen iSd Paragraph 75, Absatz 5 bis 7 abschließend geregelt sind. Andere als die in den Absatz 5 bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen (Paragraph 75, Absatz eins, 2. Satz BVergG).

Bei Bauaufträgen ist es dem Auftraggeber unter anderem erlaubt, eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen zu verlangen (siehe § 75 Abs. 6 Z 1 BVergG).Bei Bauaufträgen ist es dem Auftraggeber unter anderem erlaubt, eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen zu verlangen (siehe Paragraph 75, Absatz 6, Ziffer eins, BVergG).

Die Referenzleistung darf somit bei Bauleistungen nicht länger als fünf Jahre zurück liegen. Eine darüber hinaus gehende Beschränkung von Referenzen in zeitlicher Hinsicht ist im Gesetz nicht vorgesehen. Nichts anderes als die im Gesetz in § 75 Abs. 6 Z 1 BVergG selbst vorgenommene Beschränkung der Referenzprojekte auf einen Referenzzeitraum von maximal fünf Jahren wird jedoch mit der in Rede stehenden Ausschreibungsregelung verfügt. Der Auftraggeber hat drei in den letzten fünf Jahren ausgeführte Referenzanlagen verlangt und damit keine über die gesetzliche zeitliche Beschränkung des Referenzzeitraumes auf fünf Jahre hinaus reichende Beschränkung der Referenznachweise getroffen. Die Regelung steht in völligem Einklang mit den in zeitlicher Hinsicht bestehenden gesetzlichen Vorgaben des § 75 Abs. 6 Z 1 BVergG.Die Referenzleistung darf somit bei Bauleistungen nicht länger als fünf Jahre zurück liegen. Eine darüber hinaus gehende Beschränkung von Referenzen in zeitlicher Hinsicht ist im Gesetz nicht vorgesehen. Nichts anderes als die im Gesetz in Paragraph 75, Absatz 6, Ziffer eins, BVergG selbst vorgenommene Beschränkung der Referenzprojekte auf einen Referenzzeitraum von maximal fünf Jahren wird jedoch mit der in Rede stehenden Ausschreibungsregelung verfügt. Der Auftraggeber hat drei in den letzten fünf Jahren ausgeführte Referenzanlagen verlangt und damit keine über die gesetzliche zeitliche Beschränkung des Referenzzeitraumes auf fünf Jahre hinaus reichende Beschränkung der Referenznachweise getroffen. Die Regelung steht in völligem Einklang mit den in zeitlicher Hinsicht bestehenden gesetzlichen Vorgaben des Paragraph 75, Absatz 6, Ziffer eins, BVergG.

Aber auch ein Widerspruch mit den Ausführungen des VwGH in seinem Erkenntnis vom 20.12.2005, ZI2005/04/0072, liegt nicht vor.

Der VwGH hat es im zit. Erkenntnis für zulässig befunden, wenn der Bieter Referenzen nur für die letzten zwei Jahre vorlegt, obgleich in der Ausschreibung ein 5-Jahres- Zeitraum verlangt wurde (vgl. auch Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 25 Rz 27).Der VwGH hat es im zit. Erkenntnis für zulässig befunden, wenn der Bieter Referenzen nur für die letzten zwei Jahre vorlegt, obgleich in der Ausschreibung ein 5-Jahres- Zeitraum verlangt wurde vergleiche auch Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 25, Rz 27).

In dem vom VwGH damals zu beurteilenden Fall war als Eignungsnachweis eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen verlangt. Der damalige Erstbeschwerdeführer hatte eine Referenzliste lediglich für die letzten zwei Jahre vorgelegt. Der VwGH führte hiezu aus, dass der Auftraggeber (Zweitbeschwerdeführer) lediglich einen Nachweis gemäß § 57 Abs. 2 Z 2 BVergG 2002 (Anm.: Nunmehr § 75 Abs. 6 Z 1 BVergG 2006) ohne weitere Konkretisierung verlangt habe. "Dieser Anforderung habe die Erstbeschwerdeführerin unzweifelhaft entsprochen, indem sie eine Liste der von ihr in den letzten fünf Jahren (konkret aus 2003, 2004 und 2005) erbrachten - und somit aktuellen - Bauleistungen vorgelegt hat." ... "Nach dem klaren Wortlaut des (verwiesenen) § 57 Abs. 2 Z 2 BVergG 2002 war der Nachweis, Bauleistungen in jedem der letzten fünf Jahre erbracht zu haben, nicht gefordert worden. Der

geforderte Nachweis wäre nur dann nicht erbracht worden, hätte die Erstbeschwerdeführerin keinerlei Bauleistungen aus den letzten fünf Jahren nachweisen können."In dem vom VwGH damals zu beurteilenden Fall war als Eignungsnachweis eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen verlangt. Der damalige Erstbeschwerdeführer hatte eine Referenzliste lediglich für die letzten zwei Jahre vorgelegt. Der VwGH führte hiezu aus, dass der Auftraggeber (Zweitbeschwerdeführer) lediglich einen Nachweis gemäß Paragraph 57, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2002 Anmerkung, Nunmehr Paragraph 75, Absatz 6, Ziffer eins, BVergG 2006) ohne weitere Konkretisierung verlangt habe. "Dieser Anforderung habe die Erstbeschwerdeführerin unzweifelhaft entsprochen, indem sie eine Liste der von ihr in den letzten fünf Jahren (konkret aus 2003, 2004 und 2005) erbrachten - und somit aktuellen - Bauleistungen vorgelegt hat." ... "Nach dem klaren Wortlaut des (verwiesenen) Paragraph 57, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2002 war der Nachweis, Bauleistungen in jedem der letzten fünf Jahre erbracht zu haben, nicht gefordert worden. Der geforderte Nachweis wäre nur dann nicht erbracht worden, hätte die Erstbeschwerdeführerin keinerlei Bauleistungen aus den letzten fünf Jahren nachweisen können."

Den Ausführungen des VwGH ist die allgemeine Aussage zu entnehmen, dass der konkrete Zeitpunkt der Erbringung der Referenzleistungen - solange diese nur überhaupt innerhalb des vom Auftraggeber vorgegebenen zeitlichen Referenzrahmens erbracht wurden - grundsätzlich nicht von Belang ist.

Auch in der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung werden lediglich drei in den letzten fünf Jahren vom Bieter ausgeführte elektrotechnische Anlagen als Referenzen verlangt. Eine nähere zeitliche Konkretisierung, etwa dahingehend, dass diese Referenzen über den gesamten Referenzzeitraum verteilt erbracht worden sein müssten oder auch eine Angabe, in welchen Jahren des 5-Jahres-Zeitraumes die drei geforderten Referenzanlagen ausgeführt worden sein mussten, wurde nicht getroffen.

Überträgt man die Ausführungen des VwGH im zitierten Erkenntnis auf den vorliegenden Fall, können die geforderten drei Referenzprojekte daher grundsätzlich auch in den letzten drei Jahren bzw. auch alle drei Referenzprojekte im letzten Jahr des 5-jährigen Referenzzeitraumes erbracht worden sein. In Anknüpfung an das behandelte VwGH-Erkenntnis würde ein Bieter den Ausschreibungsanforderungen somit nur dann nicht entsprechen, hätte er im Laufe des gesamten 5-jährigen Referenzzeitraumes die insgesamt erforderliche Gesamtanzahl an drei Referenzprojekten nicht erbracht.

Die vom Antragsteller als rechtswidrig gerügte Ausschreibungsregelung lässt somit auch keine Unstimmigkeit mit dem VwGH-Erkenntnis vom 20.12.2005, Zl. 2005/04/0072, erkennen. Vielmehr wurde der Ausschreibungsregelung vom Antragsteller ein ihr nicht zukommender, von den Ausführungen des VwGH nicht gedeckter Inhalt unterstellt.

1. b)Litera b

Zu den Spruchpunkten II bis IVZu den Spruchpunkten römisch zwei bis IV:

Gemäß § 312 Abs. 2 BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (Z 1) sowie zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte (Z 2) zuständig. Gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (Ziffer eins,) sowie zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte (Ziffer 2,) zuständig.

Außerhalb des Bereiches der Erlassung einstweiliger Verfügungen besteht keine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Erteilung von Aufträgen an den Auftraggeber, sondern ist dieses im Nachprüfungsverfahren nur zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen berufen.

Die laut den betreffenden Spruchpunkten erhobenen Begehren sind allesamt auf die Erteilung von Aufträgen an den Auftraggeber durch das Bundesvergabeamt gerichtet, sodass diese als unzulässig zurückzuweisen waren.

1. c)Litera c

Zu Spruchpunkt V:

Gemäß § 318 Abs. 1 BVergG hat der Antragsteller für Anträge gemäß den §§ 320 Abs. 1, 328 Abs. 1 und 331 Abs. 1 und 2 nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten. Gemäß § 318 Abs. 1 Z 1 1. Satz BVergG ist die Pauschalgebühr gemäß den in Anhang XIX festgesetzten Gebührensätzen bei Antragstellung zu entrichten. Gemäß Paragraph 318, Absatz eins, BVergG hat der Antragsteller für Anträge gemäß den Paragraphen 320, Absatz eins, 328, Absatz eins und 331 Absatz eins und 2 nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten. Gemäß Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins, 1. Satz BVergG ist die Pauschalgebühr gemäß den in Anhang römisch neunzehn festgesetzten Gebührensätzen bei Antragstellung zu entrichten.

Das Gesetz bezieht sich somit auf die gesetzlichen Gebührensätze in Anhang XIX der Stammfassung des BVergG 2006 und normiert damit, dass die in Anhang XIX festgesetzten Gebührensätze weiter gelten. (Vgl. auch die Gesetzesmaterialien: "Es gelten weiterhin die in Anhang XIX festgesetzten Gebührensätze"). Das Gesetz bezieht sich somit auf die gesetzlichen Gebührensätze in Anhang römisch neunzehn der Stammfassung des BVergG 2006 und normiert damit, dass die in Anhang römisch neunzehn festgesetzten Gebührensätze weiter gelten. (Vgl. auch die Gesetzesmaterialien: "Es gelten weiterhin die in Anhang römisch neunzehn festgesetzten Gebührensätze").

Die in Anhang XIX des BVergG festgesetzten Gebührensätze betragen derzeit für Bauaufträge im Unterschwellenbereich Euro 2.500,--. Diese Gebühren wurden vom Antragsteller ordnungsgemäß entrichtet. Die in Anhang römisch neunzehn des BVergG festgesetzten Gebührensätze betragen derzeit für Bauaufträge im Unterschwellenbereich Euro 2.500,--. Diese Gebühren wurden vom Antragsteller ordnungsgemäß entrichtet.

Die auf die in Anhang XIX festgesetzten Gebührensätze verweisende Regelung des § 318 Abs. 1 Z 1 1. Satz BVergG gehört dem geltenden Rechtsbestand an, sodass die geleisteten Pauschalgebühren nicht rechtsgrundlos entrichtet wurden. Der Antrag auf Rückzahlung der rechtsgrundlos entrichteten Pauschalgebühren war sohin abzuweisen. Die auf die in Anhang römisch neunzehn festgesetzten Gebührensätze verweisende Regelung des Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins, 1. Satz BVergG gehört dem geltenden Rechtsbestand an, sodass die geleisteten Pauschalgebühren nicht rechtsgrundlos entrichtet wurden. Der Antrag auf Rückzahlung der rechtsgrundlos entrichteten Pauschalgebühren war sohin abzuweisen.

1. d) Litera d

Zu Spruchpunkt VI:

Gemäß § 319 Abs. 1 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller, Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller, Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Der Antragsteller hat, wie den Spruchpunkten I-IV zu entnehmen ist, auch nicht teilweise obsiegt. Die Anträge wurden ab- bzw. zurückgewiesen. Der - im Übrigen kumulativ zum Antrag auf Rückerstattung der Pauschalgebühren durch das Bundesvergabeamt - gestellte Antrag auf Auferlegung der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag an den Auftraggeber war sohin abzuweisen.

Zuletzt aktualisiert am

09.02.2010

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at