

Zahl: S VNP/13/2022.002/019

Eisenstadt, am 11.08.2022

Vergabeverfahren „*Notarztrettungsdienst  
mit Notarzthubschrauber*“  
Administrativsache

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Burgenland hat durch den Senatsvorsitzenden Dr. Giefing und die Richterinnen Mag. Halbauer und Mag. Rubak im Nachprüfungsverfahren gemäß § 2 Abs. 3 Z 2 des Burgenländischen Vergaberechtsschutzgesetzes (Bgl. VergRSG) betreffend das Vergabeverfahren „Notarztrettungsdienst mit Notarzthubschrauber“ der Auftraggeberin Land Burgenland, vertreten durch Rechtsanwalt RA1 in \*\*\*, über Antrag des AA-Vereines, vertreten durch die RA2 Rechtsanwälte GmbH in \*\*\*, (mitbeteiligte Partei: BB GmbH als präsumtive Zuschlagsempfängerin, vertreten durch Rechtsanwältin RA3 in \*\*\*) zu Recht erkannt:

- I. Dem Nachprüfungsantrag wird stattgegeben und die Zuschlagsentscheidung vom 10.06.2022 zu Gunsten der BB GmbH im Vergabeverfahren „Notarztrettungsdienst mit Notarzthubschrauber“ für nichtig erklärt.
- II. Die Auftraggeberin wird verpflichtet, der Antragstellerin zu Händen ihres Rechtsvertreters die für den Nachprüfungsantrag entrichtete Pauschalgebühr von 5.472 Euro sowie die für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichtete Pauschalgebühr von 2.736 Euro, insgesamt 8.208 Euro, binnen 14 Tagen ab Zustellung des Erkenntnisses bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

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

## **E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e**

### **I. Verfahrensgang:**

Das vorliegende Vergabeverfahren betrifft die Vergabe einer Dienstleistungskonzession für den Notarztrettungsdienst mittels Notarztthubschrauber für das gesamte Burgenland. Als Verfahrensart wurde das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 (BVergGKonz 2018) im Oberschwellenbereich festgelegt.

Die Antragstellerin brachte am 20.06.2022 einen Antrag auf Nichtigkeitserklärung der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der BB GmbH vom 10.06.2022 ein.

Sie stellte die Anträge

„das Landesverwaltungsgericht Burgenland möge

1. eine mündliche Verhandlung anberaumen und nach Durchführung derselben,
2. die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers für nichtig erklären, sowie
3. aussprechen, dass die vom Antragsteller ordnungsgemäß entrichtete Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag zuhanden der rechtsfreundlichen Vertretung des Antragstellers vom Auftraggeber binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen ist.“

Die Antragstellerin verband ihren Nachprüfungsantrag mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Das Landesverwaltungsgericht Burgenland erließ am 22.06.2022 eine einstweilige Verfügung, mit der der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wurde, das Vergabeverfahren fortzuführen.

Mit Stellungnahme vom 27.06.2022 trat die Auftraggeberin dem Nachprüfungsantrag entgegen und beantragte, diesen abzuweisen.

Mit Stellungnahme vom 30.06.2022 trat die präsumtive Zuschlagsempfängerin, die BB GmbH, dem Nachprüfungsantrag entgegen und beantragte, diesem nicht stattzugeben.

## **II. Feststellungen:**

Das vorliegende Vergabeverfahren betrifft die Vergabe einer Dienstleistungskonzession für den Notarztrettungsdienst mittels Notarzhubschrauber für das gesamte Burgenland. Als Verfahrensart wurde das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 (BVergGKonz 2018) im Oberschwellenbereich festgelegt.

Als Bestandteil der Ausschreibung wurde die „Verfahrensverständigung Notarztrettungsdienst mit Notarzhubschrauber“ vom 23.02.2022 am 25.02.2022 veröffentlicht. Eine geänderte Fassung der Ausschreibung wurde der Antragstellerin am 23.03.2022 übermittelt; diese betrifft eine Änderung in Punkt 1.4. der Verfahrensverständigung, wonach der Hubschrauber-Stützpunkt für die Region 2 (Nordburgenland) nunmehr in einem Umkreis von Gols von 12 km (statt 8 km) liegen konnte.

Weder die Ausschreibung noch die nachträgliche Änderung wurden (vor Einbringung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages) bekämpft.

Die Antragstellerin hat im gegenständlichen Vergabeverfahren jeweils fristgerecht einen Teilnahmeantrag eingereicht, in weiterer Folge ihr erstes Angebot sowie ihr „Last and Best Offer“ abgegeben. Ihr Angebot wurde nicht ausgeschrieben.

Mit Schreiben vom 10.06.2022 wurde die Antragstellerin von der Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin in Kenntnis gesetzt. Die Auftraggeberin gab darin die Absicht bekannt, den Zuschlag an die BB GmbH, FN \*\*\*, \*\*\*, \*\*\*, zu erteilen. Diese habe nach dem vorgegebenen Bestangebotsprinzip den ersten Platz erreicht; das Angebot der Antragstellerin den zweiten Platz.

Punkt 2.11. der „Verfahrensverständigung Notarztrettungsdienst mit Notarzhubschrauber“ lautet (sämtliche Zitate ohne die Hervorhebungen im Original):

**„2.11. SUBUNTERNEHMER, VERBUNDENE UNTERNEHMEN, BERUFUNG AUF SONSTIGE DRITTE UND WEITERGABE DES AUFTRAGS**

Bewerber/Bieter können in den Teilnahmeunterlagen sowie in den Angeboten rechtsverbindlich den Einsatz von bestimmten Subunternehmern anbieten.

Der Auftragnehmer kann Subunternehmer unter seiner uneingeschränkten Verantwortung und Haftung beauftragen, sofern diese Subunternehmer für die von ihnen zu erbringenden Leistungsteile befugt und fachlich leistungsfähig sind. Der Auftragnehmer haftet jedoch voll dafür, dass dieser Subunternehmer alle vertraglichen Vereinbarungen kennt und auch entsprechend einhält.

Für den Fall, dass der Bewerber/Bieter sich zum Nachweis seiner Eignung (z.B. Nachweis Referenzaufträge) zum Teil auf verbundene Unternehmen (§ 2 Z 22 BVergGKonz 2018) bezieht, hat er den Nachweis bei Angebotsabgabe zu führen, dass er über diese(s) verbundene(n) Unternehmen verfügt (Vorlage einer Patronatserklärung gemäß Anhang ./B oder einer entsprechend ausgefüllten Subunternehmererklärung/Verfügbarkeitserklärung gemäß Anhang ./C der Verfahrensverständigung oder Vorlage Firmenbuchauszug, wenn diese(s) verbundene(n) Unternehmen vom Bewerber/Bieter beherrscht wird(werden) - vgl. § 51 BVergGKonz 2018).

Für den Fall, dass der Subunternehmer die geforderte Leistungsfähigkeit des Auftragnehmers einschließlich seiner besonderen Eignung im Hinblick auf die Auswahlentscheidung zum Teil ersetzen bzw ergänzen soll, hat er den Nachweis bei Abgabe des Teilnahmeantrags zu führen, dass er über diesen Subunternehmer verfügt (vgl. § 51 BVergGKonz 2018; Vorlage einer entsprechend ausgefüllten Subunternehmererklärung/Verfügbarkeitserklärung gemäß Anhang ./C der Verfahrensverständigung).

Im Übrigen hat der Bewerber/Bieter bis längstens Abgabe des Last and Best Offers jene Subunternehmer zu nennen, die mehr als 10% der Leistung im gegenständlichen Fall erbringen sollen. Auch für diese – nicht notwendigen – Subunternehmer sind die Eignungsnachweise spätestens zum Zeitpunkt der Abgabe der Angebote vorzulegen.

Diese rechtsverbindlich angebotenen Subunternehmer/verbundenen Unternehmen sind bei einer allfälligen Auftragserteilung in jenem Umfang einzusetzen, wie dies in den Angeboten rechtsverbindlich angeboten wurde. Nach Auftragserteilung darf der Auftragnehmer nur die im Zuge des Vergabeverfahrens

genannten freigegebenen Subunternehmer oder Subunternehmer nach vorangehender Zustimmung des Auftraggebers einsetzen. Die Zustimmung zu einem derartigen nachträglichen Subunternehmer wird der Auftraggeber nur dann gewähren, wenn der nachnominierte Subunternehmer zumindest über dieselbe Eignung verfügt, wie sie von diesem Subunternehmer im Zuge des gegenständlichen Vergabeverfahrens zu erbringen gewesen, wäre UND der Auftragnehmer durch diese Nachnominierung keinen ungerechtfertigten Vorteil im Vergleich zu seinen Mitbewerbern erzielt (zB nicht mehr die im Zuge des Vergabeverfahrens genannten und bewerteten Personen einsetzt und dies nicht durch zumindest gleichwertige Personen ersetzt). In diesem Sinn weist der Auftraggeber ausdrücklich darauf hin, dass der namhaft gemachte Subunternehmer und die angebotenen Schlüsselpersonen während des Vergabeverfahrens und im Fall der Auftragserteilung während der Leistungserbringung nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung des Auftraggebers bzw. nach dessen schriftlicher Aufforderung ausgetauscht bzw. abgezogen werden darf. Die Weitergabe des gesamten Auftrags ist ausgeschlossen.“

Punkt 2.12. der „Verfahrensverständigung Notarztrettungsdienst mit Notarztthubschrauber“ lautet:

#### „2.12. VOLLSTÄNDIGKEIT

Die Bewerber/Bieter übernehmen für die Vollständigkeit ihrer Angaben/Erklärungen/Angebote eine Garantie. In diesem Sinn

- o sind alle Kosten, die mit dem Angebot verbunden sind, bei der Erstellung und Abgabe des Angebots mit einzukalkulieren;
- o haben Bewerber alle einschlägigen Referenzaufträge, die für die Bewertung ihrer Leistungsfähigkeit in Frage kommen, anzugeben.

Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet zu prüfen, ob der Bewerber/Bieter alle seine Referenzen genannt hat. Die Eignungsprüfung beschränkt sich auf die Angaben der Bewerber/Bieter.“

Punkt 3. der „Verfahrensverständigung Notarztrettungsdienst mit Notarztthub-schrauber“ lautet:

„3. BEWERBER – EIGNUNGSKRITERIEN UND NACHWEISE

Die Eignungskriterien (Zuverlässigkeit, Befugnis, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit) sind Mindestkriterien und müssen daher für eine Teilnahme am Vergabeverfahren jedenfalls erfüllt sein.

Sämtliche Nachweise sind in deutscher Sprache in Kopie beizulegen. Soweit sie nicht in deutscher Sprache abgefasst sind, sind diese in beglaubigter deutscher Übersetzung ebenfalls in Kopie beizulegen. Der Auftraggeber behält sich das Recht vor, gegebenenfalls die Vorlage von Nachweisen im Original nachzufordern.

Sofern in den folgenden Bestimmungen nichts Abweichendes geregelt ist, müssen sämtliche geforderten Nachweise „aktuell“, dh sie dürfen nicht älter als 6 Monate sein. Der Auftraggeber behält sich vor, gegebenenfalls im Laufe des Vergabeverfahrens vom Bewerber/Bieter weitere Nachweise über das Fortbestehen der Eignung zu verlangen.

**3.1. EIGNUNG – MINDESKRITERIEN LEISTUNGSFÄHIGKEIT: RECHTSFÄHIGKEIT, BERUFLICHE ZUVERLÄSSIGKEIT, BEFUGNIS, WIRTSCHAFTLICHE/ FINANZIELLE LEISTUNGSFÄHIGKEIT UND TECHNISCHE LEISTUNGSFÄHIGKEIT**  
Folgende Anforderungen müssen alle Bewerber – teilweise in Summe mit ihren Subunternehmern – sonstiger Nichtberücksichtigung bzw. Ausschluss erfüllen (freie Dienstnehmer entsprechen Subunternehmern und haben die entsprechenden Nachweise/ Eignungskriterien beizubringen/zu erfüllen):

- Alle Bewerber, Mitglieder einer Bietergemeinschaft und Subunternehmer müssen rechtsfähig sein (vgl. Punkt 3.2.1.)
- Bewerber, Mitglieder einer Bewerbergemeinschaft und Subunternehmer müssen zur Erbringung der von ihnen jeweils angebotenen Leistungen befugt sein (vgl. Punkt 3.2.2.).
- Der bisherige Geschäftsbetrieb bzw. die bisherige Geschäftsführung darf keine Bedenken an der beruflichen Zuverlässigkeit des Bewerbers, der Mitglieder der Bewerbergemeinschaft und der angegebenen Subunternehmer begründen (vgl. Punkt 3.2.3.)
- Die Struktur und die wirtschaftliche Situation des Bewerbers bzw. der Bewerbergemeinschaft müssen sicherstellen, dass die ausgelobte Leistung problemlos erbracht wird (vgl. Punkt 3.2.4.); d.h. in concreto:  
– der Bewerber bzw. die Bewerbergemeinschaft muss eine Bonität/Kreditwürdigkeit über EUR 1.000.000 oder eine Mindestbonität laut KSV1870 oder eine

vergleichbare Bonitätsbewertung eines bevorrechteten Gläubigerschutzverbandes oder einem mit diesen kooperierenden Kreditauskunftei [sic] von einer „geringen Ausfallwahrscheinlichkeit“  $\leq 299$  nachweisen können.

– der Bewerber bzw. die Bewerbergemeinschaft oder zumindest ein Mitglied der Bewerbergemeinschaft muss eine Haftpflichtversicherung oder eine Vorpromesse über den Abschluss einer Haftpflichtversicherung in Höhe von zumindest EUR 10.000.000 / Schadensfall und der 2-fachen Deckungssumme für aggregierte Schäden eines Jahres abgeschlossen haben. (Diese Haftpflichtversicherung ist im Auftragsfall über die gesamte Vertragslaufzeit aufrecht zu erhalten).

In diesem Sinn müssen die geforderten Nachweise gelegt werden. Es gelten die näheren Bestimmungen in Punkt 3.2.4. und 4.

Die Struktur und die technische Situation des Bieters bzw. der Bietergemeinschaft müssen sicherstellen, dass die ausgelobte Leistung problemlos technisch erbracht wird. Der Bieter, alle Mitglieder einer Bietergemeinschaft bzw. Bieter unter Berücksichtigung der ihnen verfügbaren Subunternehmen müssen ihre technische Leistungsfähigkeit wie folgt nachweisen:

- Der Bewerber bzw. die Bewerbergemeinschaft (allenfalls mit Subunternehmer) in Summe hat zumindest 1 (eine) Referenz in der Referenzzeit für die Dauer von zumindest 3 Jahren erbracht, die folgende Anforderungen erfüllt:

- für eine Region mit zumindest der Größe von 2.000 km<sup>2</sup> (Fläche) und
- für eine Region mit zumindest einer Einwohnerzahl von 200.000 Personen.

Der Bewerber kann die geforderten Anforderungen entweder mit einem einzigen Referenzauftrag oder mit zwei Referenzaufträgen nachweisen, die jeweils für die Dauer von 3 Jahren erfolgreich in der Referenzzeit erbracht wurden.

Als „Referenz“ gilt der erfolgreiche Betrieb eines Notarztrettungsdienstes mit Notarzt-Hubschrauber im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, dh. der gesamthaften Leistung bestehend aus Transport mit einem Hubschrauber, der notfallmedizinischen Versorgung durch einen diesbezüglich ausgebildeten Arzt und Notfallsanitäter.

Als Referenzzeit gilt die Zeit vom 01.01.2012 bis zum Zeitpunkt der Einreichung des Teilnahmeantrages. Es werden ausschließlich jene Referenzen gewertet, die in dieser Zeit tatsächlich erbracht wurden.

- Der Bewerber bzw. die Bewerbergemeinschaft in Summe verfügen über zumindest drei Notarzt-Hubschrauber in Österreich beziehungsweise einem Mitgliedstaat des europäischen Wirtschaftsraumes, der Schweiz und Großbritannien

In diesem Sinn müssen die geforderten Nachweise gelegt werden. Es gelten

die näheren Bestimmungen in Punkt 3.2.5.

### 3.2. VORZULEGENDE NACHWEISE/ ERFÜLLUNG MINDEST- UND AUSWAHLKRITERIEN

Soweit Nachweise vorzulegen sind, genügen – sofern nichts Gegenteiliges bestimmt ist – Kopien. Diese dürfen nicht älter als 6 Monate sein.

Auf Aufforderung des Auftraggebers/der Kontaktperson sind die Nachweise jedenfalls binnen 3 Werktagen (bei sonstigem Ausscheiden) vorzulegen.

Anstatt der tatsächlichen Vorlage der im Folgenden geforderten Nachweise bereits mit dem Teilnahmeantrag sind die Bewerber auch berechtigt, die Eigenenerklärung im Teilnahmeantrag auszufüllen, zu unterschreiben und abzugeben (vgl. § 46 BVergGKonz 2018). Auf Aufforderung des Auftraggebers / der Kontaktperson sind die Nachweise jedoch auch in diesem Fall binnen 3 Werktagen (bei sonstigem Ausscheiden) vorzulegen.

Auf Aufforderung des Auftraggebers/der Kontaktperson sind die Nachweise binnen 3 Werktagen (bei sonstigem Ausscheiden) vorzulegen.

Um die Prüfung der Teilnahmeanträge zu erleichtern, werden die Bewerber ersucht, bereits mit dem Teilnahmeantrag sämtliche Eignungsnachweise vorzulegen.

#### 3.2.1. Rechtsfähigkeit

Sofern der Bewerber, Mitglieder einer Bewerbergemeinschaft bzw. Subunternehmer keine natürliche Person sind:

- Aktueller Auszug aus dem Firmenbuch, Handelsregister und/oder einem vergleichbaren Berufsregister oder der im Herkunftsland des Bewerbers vorgesehene Bescheinigung oder eine eidesstattliche Erklärung über die Rechtsfähigkeit des Bewerbers.

Sofern der Bewerber, Mitglieder einer Bewerbergemeinschaft bzw. Subunternehmer Teil eines Konzerns ist und verbundene Unternehmen zum Nachweis der Eignung herangezogen werden:

- Es sind die Gesellschaftsstruktur und etwaige Verflechtungen mit anderen Personen (verbundene Unternehmen im Sinn von § 2 Z 22 BVergGKonz) übersichtlich darzustellen (Organigramm) und der Nachweis, dass der Bieter auf die Mittel dieser Personen

uneingeschränkt greifen kann (Patronatserklärung gem. Anhang ./B) oder Subunternehmererklärung gem. Anhang ./C) zu erbringen.



### 3.2.2. Befugnis

Der Bewerber/Bieter hat über sämtliche gewerbe- und berufsrechtliche Befugnisse zu verfügen, die zur Erbringung der gegenständlichen Leistungen erforderlich sind, diese ist insbesondere (wobei die anschließende Liste keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt, lediglich informationshalber aufgelistet ist und damit eine nicht verbindliche Festlegung darstellt):

- Anerkennung oder Bewilligung für Betrieb von Notarzhubschraubern in zumindest einem Bundesland in Österreich oder einem in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraums, der Schweiz oder Großbritannien oder Nachweis einer damit vergleichbaren Bewilligung
- Luftfahrtrechtliche Genehmigung für Betrieb von zumindest drei Notarzhubschraubern in Österreich oder einem in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraums, der Schweiz oder Großbritannien oder Nachweis einer damit vergleichbaren Bewilligung

Zum Nachweis dieser Befugnisse hat der Bewerber vorzulegen:

- Anerkennnisbescheide oder gleichwertige Nachweise oder Auszug aus dem Gewereregister, Berufsregister etc.;
- Luftfahrtrechtliche Genehmigungen

Seine aufrechte Befugnis hat der Bewerber durch Vorlage dieser entsprechenden Nachweise (Auszug) mit dem Angebot nachzuweisen. In der gleichen Weise ist die Befugnis notwendiger Subunternehmer für den Leistungsteil, den diese im Fall der Auftragserteilung durchführen sollen, nachzuweisen.

Für nicht in Österreich ansässige Unternehmen aus einem EWR-Mitgliedstaat bzw. der Schweiz/ Großbritannien haben die Bewerber bzw. Mitglieder einer Bewerbergemeinschaft in ihrem Herkunftsland erforderliche Befugnis entsprechend Anhang IX BVergG 2018 (BGBl I 65/2018) nachzuweisen. Sofern die Befugnis durch ein reglementiertes Gewerbe abgedeckt wird, haben diese in Österreich ansässigen Unternehmen darüber hinaus zusätzlich den Nachweis einer Dienstleistungsanzeige gemäß § 373a GewO beim Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort (BMDW) oder einen Gleichhaltungsantrag oder Anerkennungsantrag beim BMDW bis spätestens zur Angebotsabgabe zu stellen. Zumindest ist die Kopie des Gleichhaltungsantrages bzw eine Überprüfungsmitteilung an den Bundesminister gemäß §§ 373a, 373c und 373d GewO 1994 idgF vorzulegen.

Für sensible reglementierte Gewerbe (§ 373a Abs 5 GewO) muss die Dienstleistungsanzeige gemäß § 373a GewO beim BMDW oder der Gleichhaltungsantrag oder Anerkennungsantrag beim BMDW zwingend (bei sonstigem Ausscheiden) bei Angebotsabgabe gestellt worden sein.

Für nicht sensible reglementierte Gewerbe (§ 373a Abs 5 GewO) muss die

Dienstleistungsanzeige gemäß § 373a GewO beim BMDW oder der Gleichhaltungsantrag oder Anerkennungsantrag beim BMDW bis zur Zuschlagsentscheidung dem Auftraggeber vorgelegt worden sein.

Festgehalten wird, dass ein jedes Mitglied einer Bewerbergemeinschaft über eine Befugnis über die von ihr zu erbringende wesentlich gekennzeichnete Leistungseinheit verfügen muss. Es wird davon ausgegangen, dass Mitglieder einer Bewerbergemeinschaft ausschließlich die wesentlichen Leistungsteile erbringen und im Übrigen sicherstellen, dass die übrigen Leistungen von befugten Unternehmen erbracht werden.

### 3.2.3. Zuverlässigkeit

Zum Nachweis der Zuverlässigkeit haben der Bewerber, die Mitglieder einer Bewerbergemeinschaft bzw Subunternehmer – neben dem Teilnahmeantrag (Anhang ./A) – vorzulegen:

- letztgültiger Kontoauszug der zuständigen Sozialversicherungsanstalt bzw. Unbedenklichkeitsbescheinigung der zuständigen Sozialversicherung oder gleichwertige Nachweise für nicht in Österreich ansässige Unternehmen
- letztgültiger Kontoauszug des zuständigen Finanzamts bzw. Unbedenklichkeitsbescheinigung des zuständigen Finanzamts oder gleichwertige Nachweise für nicht in Österreich ansässige Unternehmen
- jeweils ein aktueller Strafregisterauszug oder einer gleichwertigen Bescheinigung einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde des Herkunftslandes der Schlüsselperson und des Bewerbers (wenn dieser eine natürliche Person ist) bzw. aller Geschäftsführer (wenn Bewerber eine juristische Person ist) des Bewerbers, der Mitglieder einer Bewerbergemeinschaft sowie der Subunternehmer oder gleichwertige Nachweise für nicht in Österreich ansässige Unternehmen.
- Aktuelle Verbandsregisterauskunft gemäß § 89m Abs 1 Z 1 und Z 2 GOG, wenn Bewerber bzw Subunternehmer eine juristische Person ist oder gleichwertige Nachweise für nicht in Österreich ansässige Unternehmen.

### 3.2.4. wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

Zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit haben der Bewerber bzw. in Summe die Mitglieder der Bewerbergemeinschaft bzw. verbundene Unternehmen/ Dritte – neben dem Teilnahmeantrag – vorzulegen:

- Aktuelle Bonitätsauskunft eines Kreditschutzverbandes oder eines anerkannten Finanzinstituts, mit der Erklärung einer Kreditwürdigkeit für EUR 1.000.000 ODER eine aktuelle KSV1870 Rating Auskunft oder eine vergleichbare Bonitätsbewertung eines bevorrechteten Gläubigerschutzverbandes oder einem mit diesen kooperierenden Kreditauskunftei [sic] von einer „geringen Ausfallwahrscheinlichkeit“ bis  $\leq$  299;
- Haftpflichtversicherung/ diesbezügliche Zusage einer Haftpflichtversicherung einer anerkannten Versicherungsinstitution für den Auftragsfall in Höhe von mind. EUR 10.000.000,--/Schadensfall und der 2-fachen Deckungssumme für aggregierte Schäden eines Jahres (Vorpromesse des Versicherers);

### 3.2.5. technische Leistungsfähigkeit Bewerber/ Bewerbergemeinschaft

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit haben der Bewerber bzw. in Summe die Mitglieder der Bewerbergemeinschaft bzw. verbundene Unternehmen/Dritte – neben dem Teilnahmeantrag – vorzulegen:

- Nachweis der genannten Referenzen.
- Verfügbarkeit von drei Notarzhubschrauber

Es wird zu den Anforderungsdetails der technischen Leistungsfähigkeit ausdrücklich auf Punkt 3.1 verwiesen.

### 3.2.6. Auftragnehmerkataster Österreich

Alle Bewerber, Mitglieder einer Bewerbergemeinschaft und Subunternehmer können die geforderten Nachweise durch eine entsprechende Eintragung in der Liste der geeigneten Unternehmer des Auftragnehmerkataster Österreich ersetzen. Soweit jedoch im Auftragnehmerkataster Österreich die diesbezüglichen Angaben fehlen bzw. entsprechende Angaben nicht gemacht wurden (z.B. Mitteilung über Referenzprojekte des Unternehmens bzw. der Mitarbeiter) sind diese Unterlagen gesondert vorzulegen.

Kurz: Die Eintragung in die Liste der geeigneten Unternehmer im Auftragnehmerkataster ersetzt die geforderten Unterlagen nur insoweit, als tatsächlich eine entsprechende Eintragung erfolgt ist.

Alternativ können die folgenden Nachweise bereits mit dem Teilnahmeantrag vorgelegt werden. Soweit Nachweise vorzulegen sind, genügen – sofern nichts Gegenteiliges bestimmt ist – Kopien. Diese dürfen nicht älter als 6 Monate sein.

Auf Aufforderung des Auftraggebers/ Kontaktperson sind die Nachweise binnen 3 Werktagen (bei sonstigem Ausscheiden) vorzulegen.“

Die präsuntive Zuschlagsempfängerin hat im Vergabeverfahren keine luftfahrtrechtliche Genehmigung für den Betrieb von zumindest drei Notarzthubschraubern in Österreich oder einem in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraums, der Schweiz oder Großbritannien oder Nachweis einer damit vergleichbaren Bewilligung vorgelegt. Sie legte mit ihrem Teilnahmeantrag vom 25.03.2022 zwar ein Luftverkehrsbetreiberzeugnis (Zulassung für Luftverkehrsbetreiber; Anhang 7 ihres Teilnahmeantrags) sowie die Betriebsspezifikationen und die Eintragung in das Luftfahrtregister bestätigende Eintragungsscheine der Austro Control für fünf Hubschrauber vor, diese betrafen jedoch nicht die präsuntive Zuschlagsempfängerin, sondern die CC GmbH als Inhaberin der Zulassung sowie Betreiberin der Hubschrauber.

Bei der CC GmbH handelt es sich um ein mit der präsuntiven Zuschlagsempfängerin verbundenes Unternehmen, da Alleingesellschafterin beider Gesellschaften die DD GmbH ist (Firmenbuchauszug der präsuntiven Zuschlagsempfängerin, Organigramm \*\*\* Unternehmensgruppe; Anhänge 4 und 8 des Teilnahmeantrags). Die CC GmbH ist jedoch weder im Teilnahmeantrag noch im ersten Angebot oder im Last and Best Offer der präsuntiven Zuschlagsempfängerin angeführt. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin ist alleine als Bewerberin aufgetreten und hat in ihrem Teilnahmeantrag unter „Subunternehmer/sonstige Dritte, auf die der Bewerber sich beruft“ sowie in ihrem ersten Angebot unter „Subunternehmer“ kein Unternehmen namhaft gemacht. In ihrem Last and Best Offer vom 31.5.2022 hat es diesbezüglich keine Änderung gegeben.

Die präsuntive Zuschlagsempfängerin hat weder eine Patronatserklärung noch eine Subunternehmererklärung/Verfügbarkeitserklärung oder einen Firmenbuchauszug, aus dem ein Beherrschungsverhältnis ersichtlich wäre, vorgelegt.

### **III. Beweiswürdigung:**

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem von der Antragstellerin vorgelegten Vergabeakt und den Stellungnahmen der Parteien, insbesondere den jeweils in den Überschriften sowie den in Klammern angeführten Dokumenten. Gegen die Richtigkeit sowie die Echtheit der vorgelegten Unterlagen wurden von den Parteien keine Einwände geltend gemacht. Auch beim erkennenden Senat sind keine diesbezüglichen Bedenken hervorgekommen.

## **IV. Rechtsgrundlagen:**

Die maßgeblichen Bestimmungen des Burgenländischen Vergaberechtschutzgesetzes (Bgl. VergRSG), LGBl. Nr. 20/2010 idF LGBl. Nr. 43/2018, lauten (auszugsweise):

Nachprüfungsverfahren

§ 3

Nachprüfungsantrag

(1) Eine Unternehmerin oder ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung oder bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. ein Interesse am Abschluss eines den bundesgesetzlichen oder unionsrechtlichen Bestimmungen auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens unterliegenden Vertrags behauptet wird und
2. durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

(2) Ist die zwischen dem Zugang der Verständigung über das Ausscheiden und der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung oder der Widerrufsentscheidung liegende Zeitspanne kürzer als die im § 4 vorgesehene Frist, ist eine Bieterin oder ein Bieter berechtigt, unter einem die Nachprüfung des Ausscheidens und die Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung oder der Widerrufsentscheidung innerhalb der dafür vorgesehenen Fristen zu beantragen.

(3) Dem Nachprüfungsantrag kommt keine aufschiebende Wirkung für das betreffende Vergabeverfahren zu. Wird dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung von mehreren Unternehmerinnen oder Unternehmern angefochten, hat das Landesverwaltungsgericht unter Bedachtnahme auf bundesgesetzlich vorgesehene Geheimhaltungspflichten hinsichtlich der Anzahl und Bezeichnung der am Vergabeverfahren Beteiligten nach Möglichkeit die Verfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden. Eine getrennte Verfahrensführung ist im Interesse der Zweckmäßigkeit, Einfachheit und Kostenersparnis zulässig.

§ 4

Fristen für Nachprüfungsanträge

(1) Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung sind bei einer Übermittlung bzw. Bereitstellung der Entscheidung auf elektronischem Weg sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen, über den Postweg oder einer anderen geeigneten Übermittlung binnen 15 Tagen. Die Frist beginnt mit der Übermittlung bzw. Bereitstellung der Entscheidung bzw. der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung.

(2) Wenn die Entscheidung der Antragstellerin oder dem Antragsteller weder

übermittelt noch bereitgestellt wurde und auch keine Bekanntmachung der Entscheidung erfolgte, beginnt die Frist ab dem Zeitpunkt zu laufen, in dem die Antragstellerin oder der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können.

(3) Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibung - mit Ausnahme der Bekanntmachung bei einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung - können über die im Abs. 1 genannten Zeiträume hinaus bis spätestens sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist, der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten oder der Teilnahmeantragsfrist eingebracht werden, sofern diese Frist mehr als 17 Tage beträgt. Wenn die Ausschreibungs-, Wettbewerbs- oder Konzessionsunterlagen nicht auf elektronischem Weg zur Verfügung gestellt, übermittelt bzw. bereitgestellt werden, tritt die Verlängerung der Nachprüfungsfrist erst ein, wenn die Angebotsfrist, die Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten oder die Teilnahmefrist mehr als 22 Tage beträgt.

## § 5

Inhalt und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags

(1) Ein Antrag gemäß § 3 Abs. 1 hat jedenfalls zu enthalten:

1. die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens sowie der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung;
2. die genaue Bezeichnung der Auftraggeberin oder des Auftraggebers und der Antragstellerin oder des Antragstellers einschließlich deren Faxnummer oder elektronischer Adresse;
3. eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhalts einschließlich des Interesses am Vertragsabschluss, bei Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung insbesondere die Bezeichnung der für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieterin oder des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieters;
4. Angaben über den behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden für die Antragstellerin oder den Antragsteller;
5. die bestimmte Bezeichnung des Rechts, in dem sich die Antragstellerin oder der Antragsteller als verletzt erachtet;
6. die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt;
7. einen Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung und
8. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

(2) Ein Nachprüfungsantrag ist jedenfalls unzulässig, wenn

1. er sich nicht gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung richtet,
2. er nicht innerhalb der Fristen des § 4 gestellt wird oder
3. er trotz Aufforderung zur Verbesserung nicht ordnungsgemäß vergebührt wurde.

(3) Enthält die Ausschreibung eine unrichtige Angabe über die zuständige Vergabekontrollbehörde, ist der Antrag auch dann innerhalb der in § 4 genannten Fristen gestellt, wenn er bei der in der Ausschreibung angegebenen Vergabekontrollbehörde eingebracht wurde. Enthält die Ausschreibung keine Angabe über die zuständige Vergabekontrollbehörde, ist der Antrag auch dann

innerhalb der in § 4 genannten Fristen gestellt, wenn er bei einer nicht offenkundig unzuständigen Vergabekontrollbehörde eingebracht wurde.

## § 7

### Nichtigerklärung von Entscheidungen

(1) Das Landesverwaltungsgericht hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung einer Auftraggeberin oder eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn

1. diese gesondert anfechtbare Entscheidung oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung die Antragstellerin oder den Antragsteller in dem von ihr oder ihm nach § 5 Z 5 geltend gemachten Recht verletzt, und
2. diese Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

(2) Als Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen kommt insbesondere auch die Streichung von diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit in der Ausschreibung in Betracht.

(3) Erklärt das Landesverwaltungsgericht eine gesondert anfechtbare Entscheidung für nichtig, ist die Auftraggeberin oder der Auftraggeber verpflichtet, in dem betreffenden Vergabeverfahren mit dem ihr oder ihm zu Gebote stehenden Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Landesverwaltungsgerichtes entsprechenden Rechtszustand herzustellen.

Die anzuwendenden Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Konzessionsverträgen (Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 – BVergG-Konz 2018), BGBl. I 65/2018 in der Fassung BGBl. I 100/2018, lauten:

### Dienstleistungskonzessionen

§ 6. (1) Dienstleistungskonzessionen sind entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Auftraggeber einen oder mehrere Unternehmer mit der Erbringung und der Durchführung von Dienstleistungen, die keine Bauleistungen gemäß § 5 sind, betrauen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

(2) Mit der Vergabe einer Dienstleistungskonzession muss auf den Konzessionär das Betriebsrisiko für die Verwertung der Dienstleistungen übergehen, wobei es sich um ein Nachfrage- oder ein Angebotsrisiko handeln kann. Das Betriebsrisiko gilt als vom Konzessionär getragen, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht garantiert ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für die Erbringung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen wieder erwirtschaftet werden können. Das auf den Konzessionär übergegangene Risiko muss zur Folge haben, dass der Konzessionär den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, sodass seine geschätzten potentiellen Verluste nicht bloß rein nominell oder vernachlässigbar sind.

[...]

#### Schwellenwert

- § 11. (1) Konzessionsvergabeverfahren erfolgen im Oberschwellenbereich, wenn der geschätzte Wert der Konzession mindestens 5 548 000 Euro beträgt.
- (2) Konzessionsvergabeverfahren erfolgen im Unterschwellenbereich, wenn der geschätzte Wert der Konzession den in Abs. 1 genannten Betrag nicht erreicht.
- (3) [...]

#### Laufzeit einer Konzession

- § 13. (1) Konzessionsverträge dürfen nur auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen werden. Die Laufzeit einer Konzession ist vom Auftraggeber in Abhängigkeit der von der Konzession umfassten Bau- oder Dienstleistungen festzulegen.
- (2) Bei Konzessionen mit einer Laufzeit von mehr als fünf Jahren darf die Laufzeit der Konzession jenen Zeitraum nicht überschreiten, innerhalb dessen der Konzessionär nach vernünftigem Ermessen die Investitionsaufwendungen für den Betrieb des Bauwerkes oder die Erbringung der Dienstleistungen zuzüglich einer Rendite auf das investierte Kapital wieder erwirtschaften kann. Bei dieser Berechnung sind die zur Verwirklichung der konkreten Vertragsziele notwendigen Investitionen zu berücksichtigen.

#### Grundsätze des Konzessionsvergabeverfahrens

- § 14. (1) Konzessionsvergabeverfahren sind unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lautereren Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Bedingungen zu erfolgen.
- (2) Die völkerrechtlich zulässige unterschiedliche Behandlung von Bewerbern und Bietern aus Gründen ihrer Staatsangehörigkeit oder des Warenursprunges bleibt von Abs. 1 unberührt.
- (3) Bei der Durchführung von Konzessionsvergabeverfahren ist eine gebietsmäßige Beschränkung des Teilnehmerkreises oder eine Beschränkung der Teilnahme auf einzelne Berufsstände, obwohl auch andere Unternehmer die Berechtigung zur Erbringung der Leistung besitzen, unzulässig.
- (4) Konzessionsvergabeverfahren sind nur dann durchzuführen, wenn die Absicht besteht, die Leistung auch tatsächlich zu vergeben. Der Auftraggeber ist jedoch nicht verpflichtet, ein Konzessionsvergabeverfahren durch Zuschlag zu beenden.
- (5) Im Konzessionsvergabeverfahren kann auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht genommen werden. Dies kann insbesondere durch die Berücksichtigung ökologischer Aspekte (wie etwa Energieeffizienz, Materialeffizienz, Abfall- und Emissionsvermeidung, Bodenschutz) bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen, durch die



Festlegung konkreter Zuschlagskriterien oder durch die Festlegung von Bedingungen im Leistungsvertrag erfolgen.

(6) Im Konzessionsvergabeverfahren kann auf die Beschäftigung von Frauen, von Personen im Ausbildungsverhältnis, von Langzeitarbeitslosen, von Menschen mit Behinderung und älteren Arbeitnehmern sowie auf Maßnahmen zur Umsetzung sonstiger sozialpolitischer Belange Bedacht genommen werden. Dies kann insbesondere durch die Berücksichtigung derartiger Aspekte bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen, durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien oder durch die Festlegung von Bedingungen im Leistungsvertrag erfolgen.

(7) Im Konzessionsvergabeverfahren kann auf innovative Aspekte Bedacht genommen werden. Dies kann insbesondere durch deren Berücksichtigung bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen oder durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien erfolgen.

(8) Die Konzeption und Durchführung eines Konzessionsvergabeverfahrens soll nach Möglichkeit so erfolgen, dass kleine und mittlere Unternehmen am Konzessionsvergabeverfahren teilnehmen können.

(9) Die Konzeption oder Durchführung eines Konzessionsvergabeverfahrens darf nicht den Zweck verfolgen, die Konzessionsvergabe vom Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes auszunehmen, die Anwendung der Vorschriften dieses Bundesgesetzes zu umgehen oder den Wettbewerb künstlich einzuschränken. Eine künstliche Einschränkung des Wettbewerbes liegt jedenfalls dann vor, wenn durch die Konzeption oder Durchführung des Verfahrens bestimmte Unternehmer auf unzulässige Weise bevorzugt oder benachteiligt werden.

#### Allgemeine Bestimmungen über Bewerber und Bieter

§ 15. (1) Bewerber oder Bieter, die im Gebiet einer Vertragspartei des EWR-Abkommens oder in der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Schweiz) ansässig sind und die für die Ausübung einer Tätigkeit in Österreich eine behördliche Entscheidung betreffend ihre Berufsqualifikation einholen müssen, haben ein darauf gerichtetes Verfahren möglichst umgehend, jedenfalls aber vor Ablauf der Angebotsfrist einzuleiten.

(2) Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften können Angebote oder Teilnahmeanträge einreichen, sofern nicht in der Ausschreibung aus sachlichen Gründen die Teilnahme oder die Bildung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften für unzulässig erklärt wurde. Der Auftraggeber darf Arbeits- oder Bietergemeinschaften nicht verpflichten, zwecks Einreichens eines Angebotes oder eines Teilnahmeantrages eine bestimmte Rechtsform anzunehmen. Der Auftraggeber kann jedoch von einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft verlangen, dass sie eine bestimmte Rechtsform annimmt, wenn ihr der Zuschlag erteilt worden ist, sofern dies für die ordnungsgemäße Durchführung der Konzession erforderlich ist. Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften sind als solche parteifähig zur Geltendmachung der ihnen durch dieses Bundesgesetz eingeräumten Rechte. Im Fall der Konzessionserteilung schulden Bietergemeinschaften als Arbeitsgemeinschaften dem Auftraggeber die solidarische Leistungserbringung.

(3) Unbeschadet des Abs. 2 dürfen Bewerber oder Bieter, die gemäß den Rechtsvorschriften der Schweiz oder einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens, in deren Gebiet sie ansässig und zur Erbringung der betreffenden Leistung berechtigt sind, nicht allein deshalb abgelehnt werden, weil sie gemäß den österreichischen Rechtsvorschriften entweder eine natürliche oder juristische Person sein müssten.

(4) Bewerber oder Bieter, die keine natürliche Person sind, können verpflichtet werden, in ihrem Angebot oder in ihrem Teilnahmeantrag die Namen und die berufliche Qualifikation jener natürlichen Personen anzugeben, die für die Erbringung der betreffenden Leistung verantwortlich sein sollen.

(5) Schreibt der Auftraggeber für Arbeits- oder Bietergemeinschaften besondere Bedingungen, die während der Erbringung der Leistungen zu erfüllen sind, vor, müssen diese sachlich gerechtfertigt und verhältnismäßig sein.

Vorbehaltene Konzessionen zugunsten sozialer und beruflicher Integration

§ 16. (1) Der Auftraggeber kann bei Konzessionsvergabeverfahren vorsehen, dass an diesen Verfahren nur geschützte Werkstätten, integrative Betriebe oder sonstige Unternehmen, deren Hauptzweck die soziale und berufliche Integration von Menschen mit Behinderung oder von sonstigen benachteiligten Personen ist, teilnehmen können oder dass die Durchführung von Konzessionen im Rahmen von Programmen mit geschützten Beschäftigungsverhältnissen zu erfolgen hat, wobei mindestens 30% der Arbeitnehmer des die Konzession durchführenden Unternehmens Menschen mit Behinderung oder sonstige benachteiligte Arbeitnehmer sein müssen.

(2) Sofern eine Bekanntmachung erfolgt, ist auf eine Beschränkung des Teilnehmerkreises oder des ausführungsberechtigten Kreises gemäß Abs. 1 hinzuweisen.

[...]

#### Schutz der Vertraulichkeit

§ 20. (1) Sofern in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, darf der Auftraggeber keine ihm von einem Unternehmer übermittelten und von diesem als vertraulich bezeichneten Informationen weitergeben. Dies betrifft insbesondere technische Geheimnisse, Betriebsgeheimnisse sowie vertrauliche Aspekte der Angebote.

(2) Der Auftraggeber kann für die Teilnehmer eines Konzessionsvergabeverfahrens Anforderungen zum Schutz der Vertraulichkeit von Informationen vorschreiben, die ihnen im Rahmen eines Konzessionsvergabeverfahrens zur Verfügung gestellt, übermittelt bzw. bereitgestellt werden.

[...]

#### Grundsätze für den Ablauf des Konzessionsvergabeverfahrens

§ 22. (1) Der Auftraggeber kann das Verfahren zur Wahl des Konzessionärs unter Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes frei gestalten.

(2) Der Auftraggeber hat die beabsichtigte Vergabe einer Konzession bekannt zu machen.

(3) Abweichend von Abs. 2 kann eine Konzession ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, wenn

1. im Rahmen eines durchgeführten Konzessionsvergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung kein oder kein im Sinne des Abs. 4 geeignetes Angebot abgegeben oder kein oder kein im Sinne des Abs. 4 geeigneter Teilnahmeantrag gestellt worden ist und die ursprünglichen Bedingungen für den Konzessionsvertrag nicht wesentlich geändert werden oder

2. die Bau- oder Dienstleistung nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden kann, weil das Ziel der Konzession die Erschaffung oder der Erwerb eines einzigartigen Kunstwerkes oder einer einzigartigen künstlerischen Leistung ist, oder

3. die Bau- oder Dienstleistung nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden kann, weil

a) aus technischen Gründen ein Wettbewerb nicht vorhanden ist, oder

b) die Bau- oder Dienstleistung aufgrund des Schutzes von ausschließlichen Rechten gemäß § 4 Abs. 4 nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden kann, oder

c) die Bau- oder Dienstleistung aufgrund des Schutzes von sonstigen ausschließlichen Rechten, wie etwa der Rechte am geistigen Eigentum, nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden kann,

und es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Anforderungen des Konzessionsvergabeverfahrens ist, oder

4. im Unterschwellenbereich im Hinblick auf die spezifischen Merkmale der Konzession kein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht.

Im Fall der Z 1 hat der Auftraggeber der Kommission auf Verlangen einen Bericht über das Vorliegen der Voraussetzungen gemäß Z 1 vorzulegen.

(4) Ein Angebot gilt als ungeeignet, wenn es ohne wesentliche Änderungen offensichtlich nicht den in der Ausschreibung genannten Bedürfnissen und Anforderungen des Auftraggebers entspricht. Ein Teilnahmeantrag gilt als ungeeignet, wenn die Eignung des Unternehmers nicht gegeben ist.

(5) Im Oberschwellenbereich hat der Auftraggeber die Konzession, ausgenommen in den Fällen des Abs. 3 Z 2 und 3, in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern zu vergeben.

(6) Im Unterschwellenbereich hat der Auftraggeber die Konzession grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern zu vergeben. Ein Verfahren mit einem Unternehmer ist insbesondere in den Fällen des Abs. 3 Z 2 und 3 zulässig.

(7) Der Auftraggeber hat nichtdiskriminierende Mindestanforderungen festzulegen, die insbesondere technische, physische, funktionelle und rechtliche Bedingungen und Merkmale enthalten können, die jedes Angebot zu erfüllen hat.

(8) Der Auftraggeber hat sicherzustellen, dass alle Bieter gleich behandelt werden. Er darf Informationen nicht in diskriminierender Weise weitergeben, sodass bestimmte Bieter gegenüber anderen Bietern begünstigt werden können. Der Auftraggeber darf vertrauliche Informationen eines Bewerbers oder Bieters nicht ohne dessen Zustimmung an andere Unternehmer weitergeben.

Diese Zustimmung darf nicht allgemein, sondern nur in Bezug auf die beabsichtigte Mitteilung bestimmter Informationen erteilt werden.

(9) Der Auftraggeber hat den Ablauf des Verfahrens in der Ausschreibung festzulegen.

#### Dokumentationspflichten

§ 27. Der Auftraggeber hat alle wesentlichen Entscheidungen und Vorgänge im Zusammenhang mit einem Konzessionsvergabeverfahren so ausreichend zu dokumentieren, dass sie nachvollzogen werden können; insbesondere sind auch der Ablauf und alle Phasen des Konzessionsvergabeverfahrens zu dokumentieren. Ferner ist jede Mitwirkung von Dritten an der Vorbereitung einer Ausschreibung zu dokumentieren. Die Dokumentation ist für mindestens fünf Jahre ab Zuschlagserteilung aufzubewahren.

#### Bekanntmachung der beabsichtigten Vergabe von Konzessionen

§ 28. (1) Bekannt zu machen sind die beabsichtigte Vergabe eines Konzessionsvertrages, die beabsichtigte Vergabe eines besonderen Dienstleistungskonzessionsvertrages und die beabsichtigte Vergabe eines Konzessionsvertrages über öffentliche Personenverkehrsdienste in einem Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung.

(2) In der Bekanntmachung ist auf das allfällige Erfordernis einer behördlichen Entscheidung für die Zulässigkeit der Ausübung einer Tätigkeit in Österreich sowie auf die Verpflichtung gemäß § 15 Abs. 1 ausdrücklich hinzuweisen.

(3) Der Auftraggeber hat in der Bekanntmachung anzugeben, welcher Nachweis oder welche Nachweise für die Befugnis, die berufliche Zuverlässigkeit, die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und die technische Leistungsfähigkeit vorzulegen oder auf Aufforderung durch den Auftraggeber nachzureichen sind.

#### Berichtigung einer Bekanntmachung

§ 29. Ist eine Berichtigung einer Bekanntmachung erforderlich, so ist diese ebenso bekannt zu machen wie die ursprüngliche Bekanntmachung.

#### Veröffentlichung und Standardisierung von Meta- bzw. Kerndaten

§ 30. (1) Der Bundesminister für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz kann im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort durch Verordnung nähere Festlegungen hinsichtlich der Standardisierung des Kerndatenformates insbesondere in Bezug auf Darstellung, Struktur und Form der Kerndaten gemäß Anhang VII sowie hinsichtlich der Befüllung der Metadatenfelder erlassen.

(2) [...]

#### Bekanntmachungen auf Unionsebene

§ 31. Der Auftraggeber hat Bekanntmachungen auf Unionsebene gemäß Anhang VI zu erstellen und dem Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union (Amt für Veröffentlichungen) unter Verwendung des einschlägigen

Standardformulars für Bekanntmachungen elektronisch zu übermitteln. Als Übermittlung gilt auch die Zur-Verfügung-Stellung der Daten der Bekanntmachungen und Mitteilungen im Online-Verfahren. Der Auftraggeber muss den Tag der Absendung der Bekanntmachung nachweisen können. Falls Daten online zur Verfügung gestellt werden, gilt als Absendung die Eintragung der Daten im Online-System.

[...]

#### Bekanntmachungen in Österreich

§ 33. (1) Der Auftraggeber hat Bekanntmachungen im Oberschwellenbereich zu veröffentlichen, indem er die Metadaten der Kerndaten von Konzessionsvergabeverfahren <https://www.data.gv.at/> zur Verfügung stellt bzw. übermittelt und darin auf die Informationen gemäß dem 1. Abschnitt des Anhanges VII (Kerndaten für Bekanntmachungen) verweist. Der Auftraggeber hat diese Kerndaten in einem offenen und maschinenlesbaren standardisierten Format unter einer freien Lizenz vollständig zur Verfügung zu stellen.

(2) Die Verfügbarkeit der Metadaten der Kerndaten von Konzessionsvergabeverfahren und der Kerndaten für Bekanntmachungen muss zumindest bis zum Ablauf der Angebotsfrist gewährleistet sein.

(3) Weitere Bekanntmachungen in sonstigen geeigneten Publikationsmedien stehen dem Auftraggeber frei.

(4) [...]

#### Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung

§ 45. Unbeschadet des § 15 Abs. 1 muss die Eignung spätestens

1. bei einstufigen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung,

2. [...]

vorliegen.

#### Nachweis der Leistungsfähigkeit

§ 50. Der Auftraggeber kann Nachweise für die technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit festlegen.

#### Nachweis der Eignung durch andere Unternehmer

§ 51. Zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis kann sich ein Unternehmer für eine bestimmte Konzession auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. In Bezug auf die Nachweise betreffend Ausbildung und Bescheinigung über die berufliche Befähigung oder den Nachweis über die einschlägige berufliche Erfahrung kann ein Unternehmer sich nur auf die Kapazitäten jener Unternehmer stützen, die die Leistung tatsächlich erbringen werden, für die diese Kapazitäten benötigt werden. Der Unternehmer kann mit allen geeigneten Mitteln den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den

anderen Unternehmen im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

#### Grundsätze der Ausschreibung

§ 52. (1) Die Leistungen müssen, sofern nicht ein Konzessionsvergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zur Anwendung kommt, so rechtzeitig bekannt gemacht werden, dass die Konzessionsvergabe nach den Vorgaben dieses Bundesgesetzes ermöglicht wird.

(2) Die Vorbereitung einer Ausschreibung ist nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Erforderlichenfalls sind unbefangene Sachverständige beizuziehen.

(3) Der Auftraggeber hat in der Ausschreibung anzugeben, welche Kommunikationswege bei der Abgabe von Angeboten zulässig sind, welche Form die Angebote aufweisen müssen und wie die Angebote zu übermitteln sind.

#### Zur-Verfügung-Stellen der Konzessionsunterlagen

§ 53. (1) Wird ein Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt, sind die Konzessionsunterlagen ausschließlich auf elektronischem Weg kostenlos, direkt, uneingeschränkt und vollständig zur Verfügung zu stellen, sobald die jeweilige Bekanntmachung erstmalig verfügbar ist oder – sofern die Bekanntmachung keine Aufforderung zur Angebotsabgabe enthält – die Aufforderung zur Angebotsabgabe übermittelt bzw. bereitgestellt wurde. In der Bekanntmachung oder in der Aufforderung zur Angebotsabgabe ist die Internet-Adresse anzugeben, unter der diese Unterlagen abrufbar sind.

(2) Die Verfügbarkeit von elektronisch zur Verfügung gestellten Konzessionsunterlagen muss zumindest bis zum Ablauf der Teilnahmeantrags- bzw. Angebotsfrist gewährleistet sein.

(3) Wenn aufgrund hinreichend begründeter Umstände aus außergewöhnlichen Sicherheitsgründen oder technischen Gründen oder aufgrund der besonderen Sensibilität von Geschäftsinformationen, die eines sehr hohen Datenschutzniveaus bedürfen, ein kostenloser, direkter, uneingeschränkter und vollständiger Zugang zu den Konzessionsunterlagen auf elektronischem Weg gemäß Abs. 1 nicht angeboten werden kann, gibt der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder der Aufforderung zur Angebotsabgabe an, dass die Konzessionsunterlagen nicht elektronisch, sondern auf eine andere geeignete Weise übermittelt werden. Der Auftraggeber hat anzugeben, auf welche andere geeignete Weise die Konzessionsunterlagen übermittelt bzw. bereitgestellt werden.

(4) Sofern nicht Abs. 3 zur Anwendung kommt, darf die Identität der Unternehmer, die die zur Verfügung gestellten Konzessionsunterlagen abgerufen haben, Mitarbeitern des Auftraggebers oder der vergebenden Stelle, die an der Durchführung des Konzessionsvergabeverfahrens beteiligt sind oder Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens nehmen können, nicht preisgegeben werden.

[...]

#### Inhalt der Konzessionsunterlagen

§ 55. Die Konzessionsunterlagen haben zu enthalten:

1. die genaue Bezeichnung des Auftraggebers oder des Auftraggebers und der vergebenden Stelle,
  2. die Bezeichnung der für die Kontrolle dieses Konzessionsvergabeverfahrens zuständige Vergabekontrollbehörde,
  3. einen Hinweis auf das allfällige Erfordernis einer behördlichen Entscheidung für die Zulässigkeit der Ausübung einer Tätigkeit in Österreich sowie auf die Verpflichtung gemäß § 15 Abs. 1,
  4. die als erforderlich erachteten Nachweise gemäß den §§ 46 bis 48 und 50, soweit sie nicht bereits in der Bekanntmachung angeführt waren,
  5. den geplanten Ablauf des Konzessionsvergabeverfahrens,
  6. die Zuschlagskriterien in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung,
  7. technische und funktionelle Anforderungen,
  8. die vom Auftraggeber festgelegten Mindestanforderungen,
  9. die Angabe, ob rechnerisch fehlerhafte Angebote ausgeschieden werden und ob eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers zulässig ist.
- [...]

#### Subunternehmerleistungen

§ 57. (1) [...]

(4) Der Auftraggeber kann den Rückgriff auf Subunternehmer in der Ausschreibung im Einzelfall beschränken, sofern dies durch den Gegenstand der Konzession sachlich gerechtfertigt und angemessen ist.

(5) [...]

#### Berichtigung der Ausschreibung

§ 58. (1) Werden während der Angebotsfrist Änderungen der Ausschreibung erforderlich, so sind die Konzessionsunterlagen und erforderlichenfalls auch die Bekanntmachung zu berichtigen und die Angebotsfrist erforderlichenfalls entsprechend zu verlängern.

(2) Ist eine Berichtigung der Konzessionsunterlagen erforderlich, so ist allen Bewerbern oder Bietern die Berichtigung zu übermitteln bzw. bereitzustellen. Ist dies nicht möglich, so ist die Berichtigung in gleicher Weise wie die Konzessionsunterlagen zur Verfügung zu stellen, zu übermitteln oder bereitzustellen.

#### Technische und funktionelle Anforderungen

§ 59. (1) Die Leistungsbeschreibung hat technische und funktionelle Anforderungen zu enthalten, die allen Bewerbern und Bietern den gleichen Zugang zum Konzessionsvergabeverfahren gewähren müssen und den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindern dürfen.

(2) Werden technische und funktionelle Anforderungen festgelegt, so darf der Auftraggeber ein Angebot nicht mit der Begründung ablehnen, die angebotene Leistung entspreche nicht den von ihm herangezogenen Anforderungen, sofern der Bieter mit geeigneten Mitteln in seinem Angebot nachweist, dass die

von ihm vorgeschlagene Lösung den technischen und funktionellen Anforderungen, auf die Bezug genommen wurde, gleichermaßen entspricht.

(3) Werden technische und funktionelle Anforderungen in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen festgelegt, so darf der Auftraggeber ein Angebot, das einer nationalen Norm, mit der eine europäische Norm umgesetzt wird, einer europäischen technischen Bewertung, einer gemeinsamen technischen Spezifikation, einer internationalen Norm oder einem technischen Bezugssystem, das von den europäischen Normungsgremien erarbeitet wurde, entspricht, nicht ablehnen, wenn diese Spezifikationen die von ihm geforderten Leistungs- oder Funktionsanforderungen betreffen. Der Bieter muss in seinem Angebot mit geeigneten Mitteln nachweisen, dass die der Norm entsprechende jeweilige Leistung den Leistungs- und Funktionsanforderungen des Auftraggebers entspricht.

(4) Soweit es nicht durch den Gegenstand der Konzession gerechtfertigt ist, darf in technischen und funktionellen Anforderungen nicht auf eine bestimmte Herstellung oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die von einem bestimmten Unternehmer bereitgestellten Produkte oder Dienstleistungen charakterisiert, oder auf Marken, Patente, Typen, einen bestimmten Ursprung oder eine bestimmte Produktion verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmer oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Solche Verweise sind jedoch ausnahmsweise zulässig, wenn der Gegenstand der Konzession nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann. Sie sind ausnahmslos mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen.

[...]

#### Allgemeine Bestimmungen

§ 61. (1) Der Bieter hat sich bei der Erstellung des Angebotes an die Konzessionsunterlagen zu halten.

(2) [...].

(5) Ist aus Sicht eines Unternehmers eine Berichtigung der Ausschreibung erforderlich, so hat er dies umgehend dem Auftraggeber mitzuteilen. Der Auftraggeber hat erforderlichenfalls eine Berichtigung gemäß § 58 durchzuführen.

(6) [...]

#### Zuschlagsfrist

§ 63. (1) Die Zuschlagsfrist beginnt mit dem Ablauf der Angebotsfrist. Sie umfasst den Zeitraum, innerhalb dessen die Erteilung des Zuschlages vorgesehen ist. Die Zuschlagsfrist ist unter Berücksichtigung des Konzessionsgegenstandes kurz zu halten.

(2) Während der Zuschlagsfrist ist der Bieter an sein Angebot gebunden. Auf Ersuchen des Auftraggebers kann ein Bieter die Bindungswirkung seines Angebotes erstrecken. Auf Ersuchen eines Bieters, dessen Angebot für eine Zuschlagserteilung nicht in Betracht kommt, kann der Auftraggeber diesen aus der Bindung an sein Angebot entlassen.

(3) [...]



#### Entgegennahme der Angebote

§ 64. (1) [...]

(2) Auskünfte über die einlangenden Angebote, insbesondere über die Bieter oder über die Anzahl der abgegebenen Angebote, dürfen nicht erteilt werden.

(3) Die Angebote sind so zu verwahren, dass sie für Unbefugte unzugänglich sind.

(4) Der Auftraggeber darf vom Inhalt der Angebote erst nach Ablauf der Angebotsfrist Kenntnis erhalten.

#### Ausscheiden von Angeboten

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

1. Angebote von Bietern, deren Eignung nicht gegeben ist, oder [...]
4. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, oder [...]

### **V. Rechtliche Beurteilung:**

Am 10.06.2022 wurde die Antragstellerin von der Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin in Kenntnis gesetzt. Die angefochtene Entscheidung ist eine nach § 4 Abs 1 Burgenländisches Vergaberechtsschutzgesetz (Bgl. VergRSG) binnen zehn Tagen gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Abs 3 Z 2 Bgl. VergRSG iVm § 2 Z 11 lit a sublit bb BVergGKonz 2018. Der am 20.06.2022 eingelangte Nachprüfungsantrag ist fristgerecht und zulässig.

Die Antragstellerin ist antragslegitimiert, dies haben die übrigen Parteien auch nicht bestritten. Sie hat im gegenständlichen Vergabeverfahren jeweils fristgerecht einen Teilnahmeantrag eingereicht, in weiterer Folge ihr erstes Angebot sowie ihr „Last and Best Offer“ abgegeben. Ihr Angebot wurde nicht ausgeschieden; es hat gemäß der Zuschlagsentscheidung den zweiten Platz erreicht. Ihr Interesse am Abschluss des Vertrages hat die Antragstellerin damit dargelegt.

Die Ausschreibung, einschließlich der am 23.3.2022 erfolgten nachträglichen Änderung der Verfahrensverständigung, ist mangels fristgerechter Anfechtung bestandfest.

Die Antragstellerin erachtet sich ua in ihren Rechten auf Ausscheiden des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sowie auf Zuschlagsentscheidung bzw Zuschlagserteilung zu ihren Gunsten verletzt.

Sie bringt in ihrem Nachprüfungsantrag ua unter Hinweis auf § 50 BVergG-Konz 2018 sowie die Ausschreibungsbedingungen vor, die Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin insbesondere im Hinblick auf die berufliche Zuverlässigkeit sowie die technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sei nicht gegeben.

Gemäß § 50 BVergGKonz 2018 kann der Auftraggeber Nachweise für die technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit festlegen. Gemäß § 51 leg cit kann sich ein Unternehmer zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis für eine bestimmte Konzession auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. In Bezug auf die Nachweise betreffend Ausbildung und Bescheinigung über die berufliche Befähigung oder den Nachweis über die einschlägige berufliche Erfahrung kann ein Unternehmer sich nur auf die Kapazitäten jener Unternehmer stützen, die die Leistung tatsächlich erbringen werden, für die diese Kapazitäten benötigt werden. Der Unternehmer kann mit allen geeigneten Mitteln 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.

Gemäß Punkt 3. der Verfahrensverständigung sind die Eignungskriterien (Zuverlässigkeit, Befugnis, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit) Mindestkriterien und müssen daher für eine Teilnahme am Vergabeverfahren jedenfalls erfüllt sein.

Gemäß Punkt 3.1. der Verfahrensverständigung müssen (unter Hinweis auf Punkt 3.2.2.) alle Bewerber, Mitglieder einer Bewerbergemeinschaft und Subunternehmer bei sonstiger Nichtberücksichtigung bzw. Ausschluss zur Erbringung der von ihnen jeweils angebotenen Leistungen befugt sein.

Gemäß Punkt 3.2.2. der Verfahrensverständigung hat der Bewerber/Bieter über sämtliche gewerbe- und berufsrechtliche Befugnisse zu verfügen, die zur Erbringung der gegenständlichen Leistungen erforderlich sind; dies ist ua eine

Luftfahrtrechtliche Genehmigung für Betrieb von zumindest drei Notarzthubschraubern in Österreich oder einem in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraums, der Schweiz oder Großbritannien oder Nachweis einer damit vergleichbaren Bewilligung. Zum Nachweis dieser Befugnisse hat der Bewerber luftfahrtrechtliche Genehmigungen vorzulegen.

Die präsuntive Zuschlagsempfängerin hat im Vergabeverfahren keine luftfahrtrechtliche Genehmigung für den Betrieb von zumindest drei Notarzthubschraubern in Österreich oder einem in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraums, der Schweiz oder Großbritannien oder Nachweis einer damit vergleichbaren Bewilligung vorgelegt.

Sie legte zwar ein Luftverkehrsbetreiberzeugnis sowie die Betriebsspezifikationen und die Eintragung in das Luftfahrtregister bestätigende Eintragungsscheine der Austro Control für fünf Hubschrauber vor, diese betrafen jedoch nicht die präsuntive Zuschlagsempfängerin, sondern die CC GmbH als Inhaberin der Zulassung sowie Betreiberin der Hubschrauber.

Bei der CC GmbH handelt es sich um ein mit der präsuntiven Zuschlagsempfängerin verbundenes Unternehmen, da Alleingesellschafterin beider Gesellschaften die DD GmbH ist. Die CC GmbH ist jedoch weder im Teilnahmeantrag noch im ersten Angebot oder im Last and Best Offer der präsuntiven Zuschlagsempfängerin angeführt. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin ist alleine als Bewerberin aufgetreten und hat in ihrem Teilnahmeantrag unter „Subunternehmer/sonstige Dritte, auf die der Bewerber sich beruft“ sowie in ihrem ersten Angebot unter „Subunternehmer“ kein Unternehmen namhaft gemacht. In ihrem Last and Best Offer hat es diesbezüglich keine Änderung gegeben.

Gemäß Punkt 2.11. der Verfahrensverständigung (unter Hinweis auf § 51 BVergGKonz 2018) hat der Bewerber/Bieter für den Fall, dass er sich zum Nachweis seiner Eignung zum Teil auf verbundene Unternehmen (§ 2 Z 22 BVergGKonz 2018) bezieht, den Nachweis bei Angebotsabgabe zu führen, dass er über diese(s) verbundene(n) Unternehmen verfügt (Vorlage einer Patronatserklärung gemäß Anhang ./B oder einer entsprechend ausgefüllten Subunternehmererklärung/Verfügbarkeitserklärung gemäß Anhang ./C der Verfahrensverständigung oder Vorlage Firmenbuchauszug, wenn diese(s) verbundene(n) Unternehmen vom Bewerber/Bieter beherrscht wird/werden).

Die präsumentive Zuschlagsempfängerin hat weder behauptet, dass sie über die CC GmbH verfügt, noch eine Patronatserklärung, eine Subunternehmererklärung/Verfügbarkeitserklärung oder einen ein solches Beherrschungsverhältnis belegenden Firmenbuchauszug vorgelegt.

Somit hat die präsumentive Zuschlagsempfängerin den Nachweis der luftfahrtrechtlichen Genehmigung für den Betrieb von zumindest drei Notarzhubschraubern nicht erbracht. Daher hat sie ihre Eignung gemäß den Punkten 3.1. und 3.2.2. der Verfahrensverständigung und § 50 iVm § 51 BVergGKonz 2018 nicht nachgewiesen.

Daher wäre das Angebot der präsumentiven Zuschlagsempfängerin gemäß § 69 Abs 1 Z 1 und 4 vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auszuschneiden gewesen, da deren Eignung nicht gegeben ist und ihr Angebot den Ausschreibungsbestimmungen widerspricht.

Die Antragstellerin ist daher in ihren Rechten auf Ausscheiden des Angebots der präsumentiven Zuschlagsempfängerin sowie auf Zuschlagsentscheidung bzw Zuschlagserteilung zu ihren Gunsten verletzt.

Die Zuschlagserteilung kann aus diesen Gründen nicht rechtskonform an das Angebot der präsumentiven Zuschlagsempfängerin erfolgen. Die Zuschlagsentscheidung erweist sich somit als rechtswidrig und war daher für nichtig zu erklären.

Auf das weitere Antragsvorbringen ist daher nicht mehr einzugehen.

#### Absehen von einer mündlichen Verhandlung

Gemäß § 19 Abs. 3 Z 3 Bgld. VergRSG konnte ungeachtet des Parteienantrags von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden, da bereits aufgrund der Aktenlage der Sachverhalt feststeht. Im vorliegenden Fall bedarf es keiner mündlichen Erörterung, um den Sachverhalt zu ermitteln. Sachfragen sind keine zu klären, da alle für den konkreten Nachprüfungsantrag maßgeblichen Umstände aus der Aktenlage ersichtlich sind. Damit stehen weder Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) dem Entfall der mündlichen Verhandlung entgegen (vgl. VwGH vom 08.05.2008, Zl. 2004/06/0227; vom 04.03.2008, Zl. 2005/05/0304; EGMR vom

01.06.2004, Zl. 44.925/98, *Valova Slezak und Slezak*). Auch hatten die Parteien im gerichtlichen Nachprüfungsverfahren in ausreichender Weise Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme. Alle relevanten Argumente lagen daher dem Gericht zur Beurteilung vor, sodass auch vor diesem Hintergrund von einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden konnte (vgl. EuGH vom 28.05.2013, Rs C-239/12 P, *Abdulbasit Abdulrahim/Rat und Kommission*).

## **VI. Ersatz der Pauschalgebühr**

Gemäß § 23 Abs. 2 Bgld. VergRSG hat der vor dem Landesverwaltungsgericht Burgenland, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 22 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Gemäß Abs. 4 leg. cit. entscheidet über den Gebührenersatz das Landesverwaltungsgericht Burgenland.

Gemäß § 1 Abs. 1 VPG-VO beträgt die Pauschalgebühr für den vorliegenden Nachprüfungsantrag 5.472 Euro (Dienstleistungskonzessionen im Oberschwellenbereich). Gemäß Abs. 2 dieser Bestimmung beträgt die für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu entrichtende Pauschalgebühr 50 % der jeweils im Abs. 1 angeführten Gebühr, wobei die Gebührensätze gemäß Abs. 7 auf ganze Eurobeträge ab- oder aufzurunden sind, somit 2.736 Euro. Die Antragstellerin hat diese Pauschalgebühren ordnungsgemäß entrichtet.

Mit dem Nachprüfungsantrag hat die Antragstellerin obsiegt. Auch dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde stattgegeben.

Die Antragstellerin hat somit Anspruch auf Ersatz der von ihr entrichteten Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag iHv 5.472 Euro sowie für den Antrag auf einstweilige Verfügung iHv 2.736 Euro, gesamt sohin 8.208 Euro.

## **VII. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:**

Die Revision ist unzulässig, weil keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen ist, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die

gegenständliche Entscheidung weicht weder von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die einheitliche Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist in der Begründung der Entscheidung zitiert.

Dr. G i e f i n g

Dieses Dokument ist amtssigniert. Informationen zur Prüfung des elektronischen Siegels finden Sie unter <http://www.signaturpruefung.gv.at>  
Die Echtheit eines Ausdruckes kann durch Vorlage beim LVwG Burgenland verifiziert werden. Das Logo des Landesverwaltungsgerichts ist die Bildmarke.