

Zahl: S VNP/13/2022.003/012

Eisenstadt, am 03.11.2022

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 ***, zu Recht erkannt:

- I. Dem Nachprüfungsantrag wird stattgegeben und die Widerrufsentscheidung vom 30.08.2022 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 4.378 Euro sowie die für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichtete Pauschalgebühr von 2.736 Euro, insgesamt 7.114 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 Notarzhubschrauber für das gesamte Burgenland. Als Verfahrensart wurde das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 (BVergGKonz 2018) im Oberschwellenbereich festgelegt.

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 zu erteilen. Diese habe nach dem vorgegebenen Bestangebotsprinzip den ersten Platz erreicht; das Angebot der Antragstellerin den zweiten Platz.

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

Mit Erkenntnis vom 11.08.2022, S VNP/13/2022.002/019, erklärte das Landesverwaltungsgericht Burgenland die Zuschlagsentscheidung vom 10.06.2022 für nichtig.

Die Auftraggeberin schied das Angebot der BB GmbH in der Folge aus.

Die Antragstellerin brachte am 08.09.2022 den vorliegenden Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung vom 30.08.2022 ein.

Sie stellte die Anträge

„das Landesverwaltungsgericht Burgenland möge

1. eine mündliche Verhandlung anberaumen und nach Durchführung derselben,
2. die Widerrufsentscheidung 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 16.09.2022 eine einstweilige Verfügung, mit der der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wurde, das Vergabeverfahren zu widerrufen.

Mit Stellungnahme vom 14.09.2022 trat die Auftraggeberin dem Nachprüfungsantrag entgegen und beantragte, diesen abzuweisen.

Am 28.09.2022 erstattete die Antragstellerin eine Replik.

II. Feststellungen:

Das vorliegende Vergabeverfahren betrifft die Vergabe einer Dienstleistungskonzession für den Notarztrettungsdienst mittels Notarzt-Hubschrauber 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 Notarzt-Hubschrauber“ 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 Nachprüfungsantrages vom 20.06.2022) 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.

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

Mit Erkenntnis vom 11.08.2022, S VNP/13/2022.002/019, erklärte das Landesverwaltungsgericht Burgenland die Zuschlagsentscheidung vom 10.06.2022 für nichtig.

Die Auftraggeberin schied das Angebot der BB GmbH in der Folge aus.

Punkt 2.19. der „Verfahrensverständigung Notarztrettungsdienst mit Notarztthubschrauber“ lautet (sämtliche Zitate ohne die Hervorhebungen im Original):

„2.19. WIDERRUF

Als sachlicher Grund für den Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens ohne Anspruch auf Kostenersatz zu Gunsten der Bieter/Auftragnehmer gelten – in Konkretisierung der Vorgabe des BVergGKonz 2018 - folgende Gründe insbesondere:

- a) Es stellt sich nachträglich heraus, dass die ausgeschriebene Leistung unmöglich zu realisieren ist.
- b) Durch eine Bieterbeschwerde bzw. Warnschreiben wird aufgezeigt, dass die Ausschreibungsbedingungen in wirtschaftlich unzumutbarer Weise abzuändern sind.
- c) Es wird kein Angebot bzw. kein den Ausschreibungsbedingungen entsprechendes bzw. kein sachliches Angebot eingereicht.
- d) Wesentliche Änderungen der Rechtslage
- e) Fortgesetzte Behinderung des gegenständlichen Prozesses infolge höherer Gewalt und/oder diskriminierende Gesetzesänderungen (z.B. Covid-19).
- f) Wesentlichen Änderungen der Strukturen / Grundlagen seitens des Auftraggebers, wie insbesondere maßgebliche Änderungen des Bedarfs oder des Realisierungszeitplanes, Änderungen in den Organisationsstrukturen der AG, die die ausgeschriebene Leistung nicht mehr oder nicht in der ausgeschriebenen Art und Weise erforderlich machen, insbesondere wenn die AG aufgrund ihrer Organisationsstruktur die Leistung selbst oder durch eine Tochtergesell-

schaft erbringen kann; Änderungen bei den wirtschaftlichen Rahmenbedingungen der AG, wie Einschränkung der in Aussicht gestellten finanziellen Mittel oder falls der AN die entsprechenden Rechte zur Realisierung des Projektes nicht eingeräumt bzw. übertragen werden; Wenn die zuständigen Gremien ihre Zustimmung zum Abschluss des Vertrages versagen.

g) Das Bestangebot einen höheren Zuschuss fordert als dies der ausgelobte maximale Zuschuss pro Region bzw. für beide Regionen ist (vgl. oben Pkt 1.6).

h) Sonstige sachliche Gründe

Ein Kostenersatz wegen eines berechtigten Widerrufs ist ausgeschlossen.

Erfolgt der Widerruf nach Aufforderung zur Angebotsabgabe, hat die AG nur die zur Angebotslegung aufgeforderten Bieter vom Widerruf zu verständigen.“

Die der Antragstellerin am 30.08.2022 übermittelte Widerrufsentscheidung der Auftraggeberin hat im Wesentlichen folgenden Inhalt:

„Wir erlauben uns auf das Ihnen bekannte Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Burgenland vom 11.08.2022, S VNP/13/2022.002/019, zu verweisen. Wir haben in Entsprechung dieses Erkenntnisses das Angebot der BB GmbH, FN ***, ***, ***, wegen des vom Landesverwaltungsgericht Burgenland festgestellten formalen Fehlers ausgeschieden. An den Inhalten der im gegenständlichen Vergabeverfahren gelegten Last and Best Offer hat sich nichts geändert. Infolge dieses Ausscheidens bleibt dem Land Burgenland nur noch ein einziges, formal richtiges Angebot, welches jedoch bei rein inhaltlicher Betrachtung weniger vorteilhaft ist als das formal auszuschneidende Angebot.

Die gegenständliche Situation, bei der zwar ein formal richtiges, inhaltlich jedoch nicht optimales Angebot vorliegt, ist für das Land Burgenland unbefriedigend. Das Land Burgenland beabsichtigt daher das im Betreff genannte Vergabeverfahren nach Ablauf der Anfechtungsfrist (9.9.2022) zu widerrufen, weil nur ein einziges formal korrektes Angebot im Verfahren verblieben ist und der Abschluss des gegenständlichen, langfristigen Vertrags auch eine inhaltliche Auswahlmöglichkeit erfordert.

Die gegenständliche Widerrufsentscheidung ist sachlich gerechtfertigt und notwendig. Nur dadurch kann das Land Burgenland letztlich ein inhaltlich optimales Angebot erreichen und nur dadurch eine echte Zuschlagsentscheidung / Auswahlentscheidung zwischen mehreren, inhaltlich formal richtigen und inhaltlich attraktiven Angeboten treffen. Ein neues Vergabeverfahren lässt mehrere formal richtige, inhaltlich optimierte Angebote erwarten, aus denen das

Land Burgenland auch wählen kann. Nicht zuletzt ist zu berücksichtigen, dass das gegenständliche Vergabeverfahren einen langfristigen Dienstleistungskonzessionsvertrag zum Inhalt hat, der zumindest bis 31.12.2032 dauern soll. Ein derartiger, auf lange Zeit wirkender Vertrag erfordert eine inhaltliche Wahl- und Entscheidungsmöglichkeit. Eine derart langfristige Entscheidung kann nicht auf Basis eines formalen Fehlers getroffen werden. Sie erfordert die Auswahl des inhaltlichen bestmöglichen Angebots.“

III. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem von der Antragstellerin vorgelegten Vergabeakt und den Stellungnahmen der Parteien. 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 insbe-

- sondere 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 Nichtigklärung 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

Nichtigklärung 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 Nichtigklärung 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 maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2018 (BVerG 2018), BGBl. I Nr. 65/2018 idF BGBl. II Nr. 91/2019, lauten (auszugsweise):

Gründe für den Widerruf eines Vergabeverfahrens nach Ablauf der Angebotsfrist

§ 149. (1) Nach Ablauf der Angebotsfrist ist ein Vergabeverfahren zu widerrufen, wenn

1. Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen hätten, oder
2. Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten, oder
3. kein Angebot eingelangt ist, oder
4. nach dem Ausscheiden von Angeboten kein Angebot im Vergabeverfahren verbleibt.

(2) Ein Vergabeverfahren kann widerrufen werden, wenn

1. nur ein Angebot eingelangt ist, oder
2. nach dem Ausscheiden von Angeboten nur ein Angebot verbleibt, oder
3. dafür sachliche Gründe bestehen.

Mitteilung der Widerrufsentscheidung, Stillhaltefrist, Unwirksamkeit des Widerrufs

§ 150. (1) Der öffentliche Auftraggeber hat mitzuteilen, dass er beabsichtigt, das Vergabeverfahren zu widerrufen,

1. im Fall des § 149 Abs. 1 Z 1 und 2 und des § 149 Abs. 2 Z 3 allen Bietern,
2. im Fall des § 149 Abs. 1 Z 4 und des § 149 Abs. 2 Z 2 allen Bietern, deren Angebote zwar ausgeschieden wurden, die Ausscheidensentscheidung jedoch noch nicht rechtskräftig ist,
3. im Fall des § 149 Abs. 2 Z 1 dem Bieter, dessen Angebot als einziges eingelangt ist, und
4. im Fall des § 149 Abs. 2 Z 2 dem Bieter, dessen Angebot als einziges verblieben ist.

In dieser Mitteilung sind den Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß Abs. 4 sowie die Gründe für den beabsichtigten Widerruf bekannt zu geben.

(2) Im Fall des § 148 ist die Widerrufsentscheidung in derselben Art bekannt zu machen wie die Bekanntmachung. Der öffentliche Auftraggeber hat überdies Bewerber, Unternehmern, die eine Interessenbestätigung übermittelt haben und Bietern mitzuteilen, dass er beabsichtigt, das Vergabeverfahren zu widerrufen. Nach Ablauf der Teilnahmeantragsfrist in einem nicht offenen Verfahren oder einem Verhandlungsverfahren kann der öffentliche Auftraggeber von einer Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung gemäß dem ersten Satz absehen und die Widerrufsentscheidung den im Verfahren verbliebenen Unternehmern mitteilen. In der Bekanntmachung und in der Mitteilung sind die Gründe für den beabsichtigten Widerruf und das jeweilige Ende der Stillhaltefrist bekannt zu geben.

(3) Eine Verpflichtung zur Mitteilung der Widerrufsentscheidung besteht nicht, falls kein Angebot eingelangt ist oder kein Bieter im Vergabeverfahren verblieben ist.

(4) Der öffentliche Auftraggeber darf den Widerruf bei sonstiger Unwirksamkeit nicht vor Ablauf der Stillhaltefrist erklären. Die Stillhaltefrist beginnt im Fall des Abs. 1 mit der Übermittlung bzw. Bereitstellung der Mitteilung der Widerrufsentscheidung und im Fall des Abs. 2 mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung bzw. Mitteilung der Widerrufsentscheidung. Sie beträgt bei einer Übermittlung bzw. Bereitstellung auf elektronischem Weg 10 Tage, bei einer Übermittlung über den Postweg oder einen anderen geeigneten Weg 15 Tage.

(5) Vor Ablauf der Stillhaltefrist darf ein neues Vergabeverfahren über den gleichen Auftragsgegenstand nicht eingeleitet werden, soweit die Beschaffung nicht aus äußerst dringlichen, zwingenden Gründen erforderlich ist. Zum widerrufenen Verfahren bereits eingelangte Angebote dürfen nach der Mitteilung oder der Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung nicht geöffnet werden.

(6) Nach Ablauf der Stillhaltefrist hat der öffentliche Auftraggeber die Widerrufserklärung in derselben Art wie die Widerrufsentscheidung mitzuteilen oder, sofern dies nicht möglich ist, bekannt zu machen.

(7) Im Unterschwellenbereich kann der öffentliche Auftraggeber von der Vorgangsweise gemäß den Abs. 1 bis 6 absehen und den Widerruf unmittelbar und ohne Abwarten einer Stillhaltefrist erklären. Der öffentliche Auftraggeber hat die im Vergabeverfahren verbliebenen Unternehmer unverzüglich zu verständigen oder, sofern dies nicht möglich ist, die Widerrufserklärung bekannt zu machen.

(8) Mit der Erklärung des Widerrufs gewinnen der öffentliche Auftraggeber und die Bieter ihre Handlungsfreiheit wieder. Bereits eingelangte Angebote sind auf Verlangen zurückzustellen. Der Zeitpunkt der Erklärung des Widerrufs ist zu dokumentieren.

(9) Wird durch eine Vergabekontrollbehörde rechtskräftig festgestellt, dass nach erheblicher Überschreitung der Zuschlagsfrist und entgegen dem Ersuchen des Bieters um Fortführung des Verfahrens der öffentliche Auftraggeber ein Verfahren zur Vergabe eines Auftrages weder durch eine Widerrufserklärung oder Zuschlagserteilung beendet noch das Verfahren in angemessener Weise fortgeführt hat, so gilt dies als Erklärung des Widerrufs im Sinne dieses Bundesgesetzes.

Die maßgeblichen 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:

Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

[...]

11. Entscheidung ist jede Festlegung eines Auftraggebers im Konzessionsvergabeverfahren.

a) Gesondert anfechtbar sind folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen:

aa) bei der Durchführung von Verfahren gemäß Art. 5 Abs. 2, 3a, 4, 4a, 4b, 5 und 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und EWG Nr. 1107/70, ABl. Nr. L 315 vom 03.12.2007 S. 1, in der Fassung der Verordnung (EU) 2016/2338 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 hinsichtlich der Öffnung des Marktes für inländische Schienenpersonenverkehrsdienste, ABl. Nr. L 354 vom 23.12.2016 S. 22: die Wahl des Vergabeverfahrens;

bb) bei allen übrigen Verfahren: die Ausschreibung; die Nicht-Zulassung zur Teilnahme; die Aufforderung zur Angebotsabgabe; sonstige Entscheidungen während der Verhandlungsphase bzw. der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung.

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 Unternehmern 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 sei-

nem 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 [...]

Widerruf eines Konzessionsvergabeverfahrens

§ 75. (1) Der Auftraggeber kann ein Konzessionsvergabeverfahren widerrufen, wenn dafür sachliche Gründe bestehen.

(2) Erklärt der Auftraggeber den Widerruf vor Ablauf der Angebotsfrist oder liegen nach Ablauf der Angebotsfrist keine oder keine geeigneten Angebote vor, sind die Gründe für den Widerruf bekannt zu machen und kann der Auftraggeber diese den bekannten Bietern mitteilen. Erklärt der Auftraggeber den Widerruf nach Ablauf der Angebotsfrist, sind die Gründe für den Widerruf den im Konzessionsvergabeverfahren verbliebenen Bietern mitzuteilen.

(3) Mit der Erklärung des Widerrufs gewinnen der Auftraggeber und die Bieter ihre Handlungsfreiheit wieder. Der Zeitpunkt der Erklärung des Widerrufs ist zu dokumentieren.

(4) Wird durch eine Vergabekontrollbehörde rechtskräftig festgestellt, dass nach erheblicher Überschreitung der Zuschlagsfrist und entgegen dem Ersuchen des Bieters um Fortführung des Verfahrens der Auftraggeber ein Konzessionsvergabeverfahren weder durch eine Widerrufserklärung oder Zuschlagserteilung beendet noch das Verfahren in angemessener Weise fortgeführt hat, so gilt dies als Erklärung des Widerrufs im Sinne dieses Bundesgesetzes.

V. Rechtliche Beurteilung:

Am 30.08.2022 wurde die Antragstellerin von der Widerrufsentscheidung der Auftraggeberin in Kenntnis gesetzt. Die Widerrufsentscheidung 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 vorletzter Fall BVergGKonz 2018. Der am 08.09.2022 eingelangte Nachprüfungsantrag ist fristgerecht und zulässig.

Die Antragstellerin ist antragslegitimiert, dies blieb auch unbestritten. 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. 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 ihrem Recht auf Durchführung eines gesetzmäßigen Verfahrens verletzt.

Sie bringt in ihrem Nachprüfungsantrag unter Hinweis auf § 75 Abs. 1 BVergGKonz 2018 vor, dass die Auftraggeberin das vorliegende Vergabeverfahren nur widerrufen könne, wenn dafür sachliche Gründe vorlägen. Diese Voraussetzung sei im gegenständlichen Fall nicht gegeben. Ein Widerruf aus dem Grund des Verbleibens nur eines Angebotes, der in der Begründung der Widerrufsentscheidung angeführt sei, sei unzulässig.

Die Auftraggeberin hat sich in der angefochtenen Widerrufsentscheidung auf das Verbleiben nur eines Angebots als Widerrufsgrund berufen.

Gemäß § 149 Abs. 2 BVergG 2018 kann ein Vergabeverfahren widerrufen werden, wenn nur ein Angebot eingelangt ist oder nach dem Ausscheiden von Angeboten nur ein Angebot verbleibt oder dafür sachliche Gründe bestehen. Nach § 75 Abs. 1 BVergGKonz 2018 kann der Auftraggeber ein Konzessionsvergabeverfahren nur widerrufen, wenn dafür sachliche Gründe bestehen.

Dass nur ein Angebot eingelangt ist oder nach dem Ausscheiden von Angeboten nur ein Angebot verbleibt, ist im BVergGKonz 2018 jeweils nicht als Widerrufsgrund angeführt.

Daher ist zu prüfen, ob der Gesetzgeber das Verbleiben nur eines Angebotes nach dem Ausscheiden von Angeboten als „sachlichen Grund“ iSd § 75 Abs 1 BVergGKonz 2018 anerkennt. § 149 Abs. 2 BVergG 2018 nennt ebenfalls das Bestehen sachlicher Gründe als Widerrufsgrund (Z 3); dies jedoch neben den Fällen des Einlangens nur eines Angebotes (Z 1) und des Verbleibens nur eines Angebotes nach dem Ausscheiden von Angeboten (Z 2). Sähe der Gesetzgeber den Fall, dass nach dem Ausscheiden von Angeboten nur ein Angebot verbleibt, als „sachlichen Grund“ iSd Z 3 leg. cit. an, wäre dessen Anführung als eigener Tatbestand in Z 2 leg. cit. obsolet. Daher stellt das Verbleiben nur eines Angebotes nach dem Ausscheiden von Angeboten keinen „sachlichen Grund“ iSd § 149 Abs. 2 Z 3 BVergG 2018 dar. Wenn § 75 Abs 1 BVergGKonz 2018 nun das Bestehen sachlicher Gründe als einzigen Widerrufsgrund nennt und – im Gegensatz zu § 149 Abs. 2 BVergG 2018 – den Fall, dass nach dem Ausscheiden von Angeboten nur ein Angebot verbleibt, nicht als zusätzlichen Tatbestand anführt, ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber diesen Fall im Regime des BVergGKonz 2018 bewusst nicht als Widerrufsgrund geregelt hat.

In Punkt 2.19. der Verfahrensverständigung ist „in Konkretisierung der Vorgabe des BVergGKonz 2018“ angeführt, als sachlicher Grund für den Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens gelte unter anderem, dass „kein Angebot bzw. kein den Ausschreibungsbedingungen entsprechendes bzw. kein sachliches Angebot eingereicht“ wurde. Dass nur ein Angebot eingereicht wurde oder (nach dem Ausscheiden von Angeboten) verbleibt, wird hingegen nicht als sachlicher Grund genannt. Den Ausschreibungsbedingungen lässt sich somit das Verbleiben nur eines Angebots als Widerrufsgrund ebenfalls nicht entnehmen.

Die Auftraggeberin nimmt in ihrer Widerrufsentscheidung auf das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Burgenland vom 11.08.2022 Bezug, mit der die Zuschlagsentscheidung vom 10.06.2022 für nichtig erklärt worden war, und das daraufhin erfolgte Ausscheiden des Angebots der BB GmbH. Infolge dieses Ausscheidens bliebe der Auftraggeberin nur noch „ein einziges, formal richtiges Angebot“, das jedoch „bei rein inhaltlicher Betrachtung“ weniger vorteilhaft sei als das „formal auszuscheidende Angebot“. Die Auftraggeberin

lässt dabei außer Acht, dass der Inhalt eines ausgeschiedenen Angebotes im Vergabeverfahren per definitionem nicht (mehr) zu berücksichtigen ist und dieser daher auch keinen zulässigen (sachlichen) Grund für eine Widerrufsentscheidung darstellen kann. Ein gegenteiliges Verständnis liefe zudem dem Sinn und Zweck eines Vergabeverfahrens und dem damit einhergehenden Rechtsschutzregime zuwider.

Das Verbleiben nur eines Angebots, auf das sich Auftraggeberin in der angefochtenen Widerrufsentscheidung berufen hat, stellt somit weder einen gesetzlichen noch einen den Ausschreibungsbedingungen entsprechenden Widerrufsgrund dar.

Somit ist das gegenständliche Vergabeverfahren fortzuführen, da ein dem Gesetz oder der Ausschreibung entsprechender Widerrufsgrund in der Widerrufsentscheidung nicht angeführt und ein solcher auch sonst nicht ersichtlich ist.

Die Antragstellerin ist daher in ihren Rechten auf Durchführung eines gesetzmäßigen Verfahrens verletzt.

Die Widerrufsentscheidung 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 Gele-

genheit 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 Dienstleistungskonzessionen im Oberschwellenbereich 5.472 Euro.

Werden im Rahmen desselben Vergabeverfahrens mehrere unterschiedliche Schritte der Auftraggeberin oder des Auftraggebers von derselben Unternehmerin oder demselben Unternehmer jeweils gesondert mit unterschiedlichen Nachprüfungs- oder Feststellungsanträgen angefochten, so ist gemäß § 1 Abs. 3 VPG-VO nur der erste Nachprüfungs- oder Feststellungsantrag gemäß Abs. 1 voll zu vergebühren. Für jeden weiteren Nachprüfungs- oder Feststellungsantrag beträgt die Pauschalgebühr 80 % der jeweils in Abs. 1 angeführten Gebühr. Diese beträgt daher 4.378 Euro.

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 4.378 Euro sowie für den Antrag auf einstweilige Verfügung iHv 2.736 Euro, gesamt sohin 7.114 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. Angesichts der hier wiedergegebenen eindeutigen Gesetzeslage liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor (so die ständige Rsp des VwGH beginnend mit VwSlg. 18862 A/2014).

Dr. G i e f i n g