

TE Vwgh Erkenntnis 2025/8/20 Ra 2022/04/0050

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.08.2025

Index

000

001 Verwaltungsrecht allgemein

50/01 Gewerbeordnung

82/02 Gesundheitsrecht allgemein

82/03 Ärzte Sonstiges Sanitätspersonal

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

ÄrzteG 1998 §2 Abs2 Z1 idF 2020/I/016

ÄrzteG 1998 §2 Abs2 Z2

BVergG 2018 §151 Abs1

BVergG 2018 §20 Abs1

BVergG 2018 §347 Abs1 Z2

BVergG 2018 §80 Abs1

BVergG 2018 §80 Abs1 Z1

BVergG 2018 §80 Abs1 Z4

BVergG 2018 §81 Abs1

BVergG 2018 §85

BVergG 2018 §91

COVID-19-Gesetz 02te 2020

COVID-19-Überführungsg 2023

EpidemieG 1950 §28c Abs1 idF 2020/I/043

GewO 1994 §2 Abs1 Z11

GewO 1994 §94 Z10

MTDG 1992 §1 Z2

MTDG 1992 §10 Abs1 Z2

MTDG 1992 §2 Abs2

MTDG 1992 §4 Abs5 idF 2020/I/016

VwRallg

1. ÄrzteG 1998 § 2 heute

2. ÄrzteG 1998 § 2 gültig ab 01.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 69/2023

3. ÄrzteG 1998 § 2 gültig von 22.03.2020 bis 30.06.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 16/2020

4. ÄrzteG 1998 § 2 gültig von 19.03.2019 bis 21.03.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 20/2019

5. ÄrzteG 1998 § 2 gültig von 11.11.1998 bis 18.03.2019

1. ÄrzteG 1998 § 2 heute

2. ÄrzteG 1998 § 2 gültig ab 01.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 69/2023

3. ÄrzteG 1998 § 2 gültig von 22.03.2020 bis 30.06.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 16/2020

4. ÄrzteG 1998 § 2 gültig von 19.03.2019 bis 21.03.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 20/2019

5. ÄrzteG 1998 § 2 gültig von 11.11.1998 bis 18.03.2019

1. BVergG 2018 § 151 heute

2. BVergG 2018 § 151 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 151 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 20 heute

2. BVergG 2018 § 20 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 20 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 347 heute

2. BVergG 2018 § 347 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 80 heute

2. BVergG 2018 § 80 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 80 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 80 heute

2. BVergG 2018 § 80 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 80 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 80 heute

2. BVergG 2018 § 80 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 80 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 81 heute

2. BVergG 2018 § 81 gültig ab 01.01.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2018

3. BVergG 2018 § 81 gültig von 21.08.2018 bis 31.12.2019

1. BVergG 2018 § 85 heute

2. BVergG 2018 § 85 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 91 heute

2. BVergG 2018 § 91 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 91 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. GewO 1994 § 2 heute

2. GewO 1994 § 2 gültig ab 03.01.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 107/2017

3. GewO 1994 § 2 gültig von 18.07.2017 bis 02.01.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017

4. GewO 1994 § 2 gültig von 12.08.2016 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 82/2016

5. GewO 1994 § 2 gültig von 10.07.2015 bis 11.08.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2015

6. GewO 1994 § 2 gültig von 29.05.2013 bis 09.07.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2013

7. GewO 1994 § 2 gültig von 14.09.2012 bis 28.05.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012

8. GewO 1994 § 2 gültig von 01.09.2012 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2011

9. GewO 1994 § 2 gültig von 30.04.2011 bis 31.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 107/2010

10. GewO 1994 § 2 gültig von 01.01.2010 bis 29.04.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2009

11. GewO 1994 § 2 gültig von 27.02.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008

12. GewO 1994 § 2 gültig von 01.11.2007 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 60/2007

13. GewO 1994 § 2 gültig von 01.01.2007 bis 31.10.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 161/2006

14. GewO 1994 § 2 gültig von 24.01.2006 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2006

15. GewO 1994 § 2 gültig von 01.09.2005 bis 23.01.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2005

16. GewO 1994 § 2 gültig von 15.01.2005 bis 31.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004

17. GewO 1994 § 2 gültig von 30.11.2004 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
 18. GewO 1994 § 2 gültig von 01.08.2002 bis 29.11.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
 19. GewO 1994 § 2 gültig von 01.08.2002 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2002
 20. GewO 1994 § 2 gültig von 24.07.2002 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
 21. GewO 1994 § 2 gültig von 02.12.2000 bis 23.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2000
 22. GewO 1994 § 2 gültig von 01.06.1998 bis 01.12.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 116/1998
 23. GewO 1994 § 2 gültig von 01.07.1997 bis 31.05.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
 24. GewO 1994 § 2 gültig von 01.07.1996 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997
 25. GewO 1994 § 2 gültig von 17.10.1995 bis 30.06.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 691/1995
 26. GewO 1994 § 2 gültig von 01.07.1994 bis 16.10.1995 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
 27. GewO 1994 § 2 gültig von 01.07.1994 bis 30.06.1994
 28. GewO 1994 § 2 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1994
-
1. GewO 1994 § 94 heute
 2. GewO 1994 § 94 gültig ab 17.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
 3. GewO 1994 § 94 gültig von 29.03.2016 bis 16.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
 4. GewO 1994 § 94 gültig von 28.12.2013 bis 28.03.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 212/2013
 5. GewO 1994 § 94 gültig von 14.09.2012 bis 27.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
 6. GewO 1994 § 94 gültig von 01.09.2012 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2011
 7. GewO 1994 § 94 gültig von 19.08.2010 bis 31.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
 8. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2010 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2009
 9. GewO 1994 § 94 gültig von 27.02.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
 10. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2007 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 161/2006
 11. GewO 1994 § 94 gültig von 15.01.2005 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
 12. GewO 1994 § 94 gültig von 01.08.2002 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
 13. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
 14. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1996 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997
 15. GewO 1994 § 94 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1996

Beachte

Besprechung in:

Besprechung in: JMG - Journal für Medizin- und Gesundheitsrecht, 2/2026, S. 168-175;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch die Vorsitzende Senatspräsidentin Dr. Pollak, den Hofrat Dr. Mayr, die Hofrätin Mag. Hainz-Sator, sowie die Hofräte Dr. Pürgy und Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Vonier, über die Revision der L GmbH, vertreten durch die Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG in Wien, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. November 2021, Zlen. 1. W134 2246891-2/36E und 2. W134 2246902-2/36E, betreffend ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Parteien: 1. Bietergemeinschaft bestehend aus der P GmbH, der H GmbH, der C GmbH und der T GmbH, vertreten durch die Heid und Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, 2. Bundesbeschaffung GmbH und 3. Republik Österreich (Bund), beide vertreten durch die Finanzprokuratur), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Revision wird als unbegründet abgewiesen.

Die revisionswerbende Partei hat der erstmitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von € 1.106,40 und der zweit- und drittmittelbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von insgesamt € 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Das Mehrbegehren der erstmitbeteiligten Partei wird abgewiesen.

Begründung

Die zweitmitbeteiligte Partei (im Folgenden: vergebende Stelle) schloss als vergebende Stelle der drittmittelbeteiligten Partei (im Folgenden: Auftraggeberin) am 7. August 2021 nach Ausschreibung der Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen gemäß Anhang XVI Bundesvergabegesetz 2018 (BVerG 2018), in einem Verfahren nach § 151 BVerG 2018, unter anderem mit der revisionswerbenden Partei und der erstmitbeteiligten Bietergemeinschaft (im Folgenden: BIEGE), diese bestehend aus der P B GmbH, der H GmbH, der C D&A GmbH und der T GmbH, eine Rahmenvereinbarung. Die zweitmitbeteiligte Partei (im Folgenden: vergebende Stelle) schloss als vergebende Stelle der drittmittelbeteiligten Partei (im Folgenden: Auftraggeberin) am 7. August 2021 nach Ausschreibung der Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen gemäß Anhang römisch sechzehn Bundesvergabegesetz 2018 (BVerG 2018), in einem Verfahren nach Paragraph 151, BVerG 2018, unter anderem mit der revisionswerbenden Partei und der erstmitbeteiligten Bietergemeinschaft (im Folgenden: BIEGE), diese bestehend aus der P B GmbH, der H GmbH, der C D&A GmbH und der T GmbH, eine Rahmenvereinbarung.

2

Die der Ausschreibung der Rahmenvereinbarung zugrundeliegenden „Allgemeine Ausschreibungsbedingungen Transparentes Verfahren gem. § 151 BVerG 2018 in Anlehnung an ein Offenes Verfahren gem. BVerG 2018 betreffend den Abschluss der Rahmenvereinbarung: SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen“ (kurz. AAB-RV) lauten auszugsweise: Die der Ausschreibung der Rahmenvereinbarung zugrundeliegenden „Allgemeine Ausschreibungsbedingungen Transparentes Verfahren gem. Paragraph 151, BVerG 2018 in Anlehnung an ein Offenes Verfahren gem. BVerG 2018 betreffend den Abschluss der Rahmenvereinbarung: SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen“ (kurz. AAB-RV) lauten auszugsweise:

„...“

Ziel und Grundlagen des Vergabeverfahrens

2.1 Gegenstand des Verfahrens

3 Ziel dieses Vergabeverfahrens ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit allen geeigneten Unternehmern in analoger Anwendung der Bestimmungen gemäß §§ 31 Abs. 7 und 39 i. V. m. §§ 153 ff BVerG 2018 zur Durchführung von molekularbiologischen Tests auf SARS-Cov-2 inkl. Präanalytik sowie der Aufbau und Betrieb von Teststraßen in ganz Österreich für öffentliche Auftraggeber gemäß Punkt 2.5.3 Ziel dieses Vergabeverfahrens ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit allen geeigneten Unternehmern in analoger Anwendung der Bestimmungen gemäß Paragraphen 31, Absatz 7, und 39 i. römisch fünf. m. Paragraphen 153, ff BVerG 2018 zur Durchführung von molekularbiologischen Tests auf SARS-Cov-2 inkl. Präanalytik sowie der Aufbau und Betrieb von Teststraßen in ganz Österreich für öffentliche Auftraggeber gemäß Punkt 2.5.

4 Weiters wird festgelegt, dass die Ausscheidenstatbestände des § 141 BVerG 2018 im gegenständlichen Vergabeverfahren analog zur Anwendung kommen. 4 Weiters wird festgelegt, dass die Ausscheidenstatbestände des Paragraph 141, BVerG 2018 im gegenständlichen Vergabeverfahren analog zur Anwendung kommen.

5 Der Leistungsgegenstand und die Vergabe von Einzelaufträgen auf Basis der Rahmenvereinbarung sind in den kommerziellen Ausschreibungsbedingungen (Rahmenvereinbarung) detailliert geregelt.

...

4 Beteiligte Unternehmen

4.1 Bietergemeinschaft

55 Es ist zulässig, dass sich mehrere Unternehmer zu einer Bietergemeinschaft zusammenschließen.

56 Beabsichtigen Unternehmer, sich mit anderen Unternehmern zu einer Bietergemeinschaft zusammenzuschließen, haben sie das Formblatt Besondere Erklärung für Bietergemeinschaften auszufüllen und zumindest folgende Angaben zu machen:

?

die Gründe für die Bildung der Bietergemeinschaft; und

?

die Aufgaben der einzelnen Unternehmer in der Bietergemeinschaft und die jeweils zu erbringenden Leistungen bei der Ausführung des Ausschreibungsgegenstandes im Auftragsfall.

...

58 Im Fall der Bildung einer Bietergemeinschaft ist nur die Bietergemeinschaft gemeinsam Partei des Verfahrens. Alle weiteren Verfahrensschritte richten sich in Folge an die Bietergemeinschaft, nicht an die einzelnen Unternehmer.

...

60 Im Auftragsfall erbringt die Bietergemeinschaft die Leistung als Arbeitsgemeinschaft (ARGE) und schuldet die Bietergemeinschaft als ARGE den Auftraggebern die solidarische Leistungserbringung.

...

5 Eignungskriterien

5.1 Allgemeines

74 Der Unternehmer muss für die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistung geeignet sein. Geeignet sind Unternehmer, die befugt, technisch, finanziell und wirtschaftlich leistungsfähig sowie zuverlässig sind. Die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit muss spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen, widrigenfalls das Angebot ausgeschieden wird. Die Eignung ist durch Vorlage der in diesen Ausschreibungsbedingungen beschriebenen Urkunden (Nachweise, Bescheinigungen, etc.) nachzuweisen und zu belegen.

75 Erfüllt der Unternehmer oder die Bietergemeinschaft nicht die definierten Anforderungen, kann er auf die Kapazitäten Dritter verweisen. ...

...

5.2 Befugnis

5.2.1 Allgemeines

81 Der Unternehmer muss für die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistung befugt sein und diese mit dem Angebot nachweisen.

5.2.2 Nachweise

82 Der Unternehmer hat seine Befugnis zur Erbringung der Leistungen durch

?

eine aufrechte Bewilligung(en) über Errichtung und Betrieb einer Krankenanstalt nach dem österreichischen Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz (KAKuG) i.d.G.F. oder

?

eine entsprechende Eintragung in der Ärzteliste der österreichischen Ärztekammer oder

?

einen Auszug aus dem Gewerbeinformationssystem Austria (GISA) oder

?

einen Auszug aus dem Mitgliederverzeichnis der Wirtschaftskammer nachzuweisen. Die Nachweise dürfen nicht älter als zwölf Monate sein.

...

5.3 Technische Leistungsfähigkeit

5.3.1 Allgemeines

87 Der Unternehmer muss die für die Erbringung der Leistung erforderliche technische Leistungsfähigkeit aufweisen.

88 Das Mindestniveau der technischen Leistungsfähigkeit für die Erbringung der Leistungen ist gegeben, wenn zumindest folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

...

90 Leistungsteil Laboranalyse/Screeningmaßnahmen

a)

Facharzt:

Der Bieter verfügt über 1 Facharzt für medizinisch-chemische Labordiagnostik - oder einen Facharzt (wie z.B. Facharzt für Klinische Pathologie und Molekularpathologie oder Facharzt für Mikrobiologie und Hygiene), der zur Ausführung der ausschreibungsgegenständlichen Leistung befugt ist oder ...

b)

Biomedizinische Analytiker:

Der Bieter verfügt über 2 Biomedizinische Analytiker (BMA, gemäß MTD-Gesetz, BGBl. 460/1992 i.d.g.F.) bzw. Labormitarbeiter mit abgeschlossenem naturwissenschaftlichen oder veterinärmedizinischen Studium gemäß Ärztegesetz 1998 bzw. MTD-Gesetz. Der Bieter verfügt über 2 Biomedizinische Analytiker (BMA, gemäß MTD-Gesetz, Bundesgesetzblatt 460 aus 1992, i.d.g.F.) bzw. Labormitarbeiter mit abgeschlossenem naturwissenschaftlichen oder veterinärmedizinischen Studium gemäß Ärztegesetz 1998 bzw. MTD-Gesetz.

c)

Ringversuch:

Der Bieter hat an einem Ringversuch (ÖQUASTA, Instand, etc.) für SARS-CoV-2 Virusgenom-Nachweis erfolgreich teilgenommen.

d)

Referenzen:

Der Bieter hat zumindest für 10.000 Proben RT-PCR oder RT-LAMP Analysen auf SARS-CoV-2 durchgeführt.

...

e)

Qualitätsmanagementsystem:

Der Unternehmer muss über ein Qualitätsmanagementsystem verfügen, das alle Anforderungen gemäß ÖNORM-EN ISO 9001 erfüllt oder über einen gleichwertigen Nachweis verfügen.

91 Im Falle der Legung eines Angebotes für beide Leistungsteile (Laboranalyse/Screeningmaßnahmen) müssen die definierten Anforderungen nur einmal erfüllt werden.

...

5.3.2 Nachweise

96 Zum Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit des Unternehmers zur Erbringung der Leistungen hat dieser mit dem Angebot die folgenden Nachweise beizubringen:

...

99 Für den Leistungsteil Laboranalyse/Screeningmaßnahmen:

a)

Facharzt:

die vollständige Angabe über das Personal im Formblatt 04_Leistungsfähigkeit und

Nachweis über die entsprechende Eintragung in der Ärzteliste der österreichischen Ärztekammer oder die entsprechende Registrierung oder Berechtigungsprüfung des Herkunftslandes gemäß § 81 BVergG 2018. Nachweis über die entsprechende Eintragung in der Ärzteliste der österreichischen Ärztekammer oder die entsprechende Registrierung oder Berechtigungsprüfung des Herkunftslandes gemäß Paragraph 81, BVergG 2018.

b)

Biomedizinische Analytiker:

die vollständige Angabe über das Personal im Formblatt 04_Leistungsfähigkeit

c)

Ringversuch:

Die Bestätigung einer erfolgreichen Teilnahme der Ringversuchsorganisation (ÖQUASTA, Instand, etc.) ist vorzulegen.

d)

Referenzen:

Der Bieter hat im Formblatt 04_Leistungsfähigkeit die Erfüllung der Referenzanforderung zu bestätigen.

e)

Qualitätsmanagementsystem:

Gültiges Zertifikat einer akkreditierten Prüfstelle über ein Qualitätsmanagement gemäß EN ISO 9001 oder ein gleichwertiger Nachweis inklusive einer Erklärung bzw. Begründung - im Umfang von in etwa 300 Wörtern - warum der gleichwertige Nachweis dem geforderten Qualitätsmanagementsystem entspricht.

...“

3

Die der Ausschreibung zugrundeliegenden „Kommerziellen Ausschreibungsbedingungen Rahmenvereinbarung“ (kurz: KAB-RV)“ lauten auszugsweise:

„...“

5.2.3 Erneuter Aufruf zum Wettbewerb (EAW)

40 Ein erneuter Aufruf zum Wettbewerb ist zulässig für alle nicht im Leistungsverzeichnis definierten Leistungen, oder wenn die Leistungs- und Vertragsbedingungen geändert werden.

41 Die jeweiligen konkreten Zuschläge hinsichtlich der auf dieser Rahmenvereinbarung beruhenden Aufträge werden in folgender Weise erteilt:

42 Nach Vervollständigung der Bedingungen der Rahmenvereinbarung für die Vergabe der Aufträge durch den Auftraggeber wird dieser schriftlich jene Parteien der Rahmenvereinbarung, die die nunmehr konkret nachgefragte Leistung des jeweiligen Leistungsteils erbringen können, konsultieren und eine angemessene Frist zur Abgabe eines neuerlichen Angebotes für den konkretisierten Einzelauftrag festsetzen.

43 Der Zuschlag wird dem billigsten Angebot erteilt.

...“

4

Auf Basis dieser Rahmenvereinbarung führte die Auftraggeberin einen erneuten Aufruf zum Wettbewerb zum Abschluss eines Rahmenvertrages mit einem Unternehmen im Oberschwellenbereich betreffend „PCR-Testungen an den Schulen Österreichs - Ost“ für die Region Ost (Burgenland, Niederösterreich, Wien) und betreffend „PCR-Testungen an den Schulen Österreichs - West“ für die Region West (Kärnten, Oberösterreich, Salzburg, Steiermark, Tirol und Vorarlberg) durch.

5

Die „Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen Erneuter Aufruf zum Wettbewerb (EAW) auf Basis der Rahmenvereinbarung GZ ... betreffend den Rahmenvertrag PCR-Testungen an den Schulen Österreichs ...

1. Berichtigung am 02.09.2021“ lauten auszugsweise:

„1 Vorbemerkung

1.1 Allgemeines zur Form des Textes

...

2 Soweit auf die „ursprüngliche Ausschreibung“ oder „Rahmenvereinbarung“ verwiesen wird, ist darunter die Ausschreibung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung „SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen“ oder die Rahmenvereinbarung BBG-GZ: ... zu verstehen.

...

2 Ziel und Grundlagen des Vergabeverfahrens

2.1 Gegenstand des Verfahrens

...

6 Das adaptierte Angebot ist auf Grundlage der ursprünglichen, nunmehr vervollständigten Bedingungen der Rahmenvereinbarung zu legen.

7 Die entsprechend angepassten kommerziellen Ausschreibungsbedingungen für den Rahmenvertrag sind Teil der Ausschreibungsunterlagen.

...

4 Das Vergabeverfahren

4.1 Rechtliche Grundlagen und Art des Vergabeverfahrens

12 Der Abschluss des Rahmenvertrages erfolgt nach Durchführung eines Aufrufs zum erneuten Wettbewerb auf Basis der Rahmenvereinbarung ‚SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen‘, BBG-GZ: ..., mit einem der Vertragspartner der Rahmenvereinbarung nach den Bestimmungen der Rahmenvereinbarung, des BVergG 2018 in der jeweils geltenden Fassung und den dazu ergangenen Verordnungen.

...

5 Der Bieter

5.1 Der Bieter und Bietergemeinschaft

44 Angebote können nur von Unternehmen bzw. Arbeitsgemeinschaften gelegt werden, die Partner der zugrundeliegenden Rahmenvereinbarung sind und zur Konkretisierung ihres Angebotes ausdrücklich aufgefordert wurden.

45 Die nachträgliche Bildung von Bietergemeinschaften ist unzulässig.

...

6 Eignungskriterien

51 Der Bieter muss, die in den Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen der ursprünglichen Ausschreibung geforderten Eignungskriterien erfüllen. Gleiches gilt für Subunternehmer, die der Bieter zur Auftragserfüllung heranziehen will.

5.2 Mit Abgabe seines Angebotes bestätigt der Bieter, dass er seine Eignung nicht verloren hat, die in der ursprünglichen Ausschreibung festgelegten Anforderungen betreffend die Eignung weiterhin erfüllt und die Eignung bis zum Abschluss des gegenständlichen Vergabeverfahrens fortbestehen wird. Die neuerliche Vorlage der in der ursprünglichen Ausschreibung vorgelegten Nachweise mit dem Angebot ist daher nicht erforderlich. Der Auftraggeber behält sich jedoch vor, zum Nachweis des Fortbestandes der Eignung die Vorlage entsprechender Nachweise zu fordern.

...

7 Angebote

...

7.6 Form und Inhalt des Angebotes

71 Das Angebot hat zu bestehen aus

?

dem Angebotsschreiben

?

dem vollständig ausgefüllten Preisblatt

?

gegebenenfalls den Nachweisen für die rechtsgültige Unterfertigung (siehe Punkt 4.8)

?

gegebenenfalls der Subunternehmerliste und den Verpflichtungserklärungen der Subunternehmer (siehe Punkt 5.2)

?

gegebenenfalls den Nachweisen für die Eignung der wesentlichen Subunternehmer (siehe Punkte 5.2 und 6)

?

gegebenenfalls den geforderten Nachweisen für die rechtsgültige Unterfertigung (siehe Punkt 4.8)

?

gegebenenfalls dem ausgefüllten Formblatt Statistische Information

72 Das Angebot ist gemäß diesen Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen zu erstellen. Das Angebot muss alle in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Angaben und Bestandteile enthalten.

...“

6

Unter anderem die revisionswerbende Partei und die BIEGE legten jeweils für beide Regionen ein Angebot.

7

Die Zuschlagsentscheidung für beide Regionen jeweils zugunsten der BIEGE wurde den Bietern am

21. September 2021 über die Vergabeplattform zur Verfügung gestellt.

8

Jeweils mit Schreiben vom 1. Oktober 2021 beantragte die revisionswerbende Partei die Nichtigerklärung der beiden Zuschlagsentscheidungen und brachte dazu - soweit im Revisionsverfahren noch relevant - zusammengefasst vor, die zwei Mitglieder der BIEGE, und zwar die PB GmbH und die C D&A GmbH, die im Rahmen der BIEGE humanmedizinische Laboranalysen samt Befundungen durchführen sollten, verfügten lediglich über eine gewerberechtliche Befugnis als chemisches Laboratorium. Sie dürften daher keine humanmedizinischen Analysen und darauf aufbauende Befundungen durchführen. Selbst wenn es sich bei diesen beiden Mitgliedern jeweils um eine naturwissenschaftliche Einrichtung gemäß § 28c Abs. 1 Epidemiegesetz 1950 (EpiG) bzw. § 2 Abs. 2 Z 1 Ärztegesetz 1998 (ÄrzteG 1998) handle und sie zur Erbringung der gegenständlichen Laboranalyseleistungen befugt seien, könnten sie dies nur durch Eintragung in die Laborliste des Gesundheitsministeriums darlegen. Eine solche Eintragung sei aber gemäß der abschließenden Festlegung des Punktes 5.2.2 der bestandfest gewordenen „Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen“ kein zulässiger Befugnisnachweis. Unabhängig davon komme eine solche Eintragung in die Laborliste auf Basis einer bloßen Selbstmeldung nicht als tauglicher Eignungsnachweis in Frage. Beide Mitglieder der BIEGE verfügten daher nicht über die für die ausgeschriebenen Dienstleistungen erforderliche Befugnis sowie über einen zulässigen Befugnisnachweis. Das Angebot der BIEGE wäre daher auszuschneiden gewesen. Jeweils mit Schreiben vom 1. Oktober 2021 beantragte die revisionswerbende Partei die Nichtigerklärung der beiden Zuschlagsentscheidungen und brachte dazu - soweit im Revisionsverfahren noch relevant - zusammengefasst vor, die zwei Mitglieder der BIEGE, und zwar die PB GmbH und die C D&A GmbH, die im Rahmen der BIEGE humanmedizinische Laboranalysen samt Befundungen durchführen sollten, verfügten lediglich über eine gewerberechtliche Befugnis als chemisches Laboratorium. Sie dürften daher keine humanmedizinischen Analysen und darauf aufbauende Befundungen durchführen. Selbst wenn es sich bei diesen beiden Mitgliedern jeweils um eine naturwissenschaftliche Einrichtung gemäß Paragraph 28 c, Absatz eins, Epidemiegesetz 1950 (EpiG) bzw. Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer eins, Ärztegesetz 1998 (ÄrzteG 1998) handle und sie zur Erbringung der gegenständlichen Laboranalyseleistungen befugt seien, könnten sie dies nur durch Eintragung in die Laborliste des Gesundheitsministeriums darlegen. Eine solche Eintragung sei aber gemäß der abschließenden Festlegung des Punktes 5.2.2 der bestandfest gewordenen „Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen“ kein zulässiger Befugnisnachweis. Unabhängig davon komme eine solche Eintragung in die Laborliste auf Basis einer bloßen Selbstmeldung nicht als tauglicher Eignungsnachweis in Frage. Beide Mitglieder der BIEGE verfügten daher nicht über die für die ausgeschriebenen Dienstleistungen erforderliche Befugnis sowie über einen zulässigen Befugnisnachweis. Das Angebot der BIEGE wäre daher auszuschneiden gewesen.

9

Mit dem angefochtenen, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung ergangenen Erkenntnis wies das Verwaltungsgericht die beiden Nachprüfungsanträge der revisionswerbenden Parteien jeweils gemäß § 342 BVergG 2018 ab (Spruchpunkte I.1.A und I.2.A) und erklärte die Revision jeweils für nicht zulässig (Spruchpunkte I.1.B und I.2.B). Gleichzeitig fasste das Verwaltungsgericht jeweils den Beschluss, die Anträge der revisionswerbenden Partei auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin abzuweisen (Spruchpunkte I.3.A und I.4.A) und erklärte die Revision ebenfalls jeweils für nicht zulässig (Spruchpunkte I.3.B und I.4.B). Mit dem angefochtenen, nach

Durchführung einer mündlichen Verhandlung ergangen Erkenntnis wies das Verwaltungsgericht die beiden Nachprüfungsanträge der revisionswerbenden Parteien jeweils gemäß Paragraph 342, BVergG 2018 ab (Spruchpunkte römisch eins.1.A und römisch eins.2.A) und erklärte die Revision jeweils für nicht zulässig (Spruchpunkte römisch eins.1.B und römisch eins.2.B). Gleichzeitig fasste das Verwaltungsgericht jeweils den Beschluss, die Anträge der revisionswerbenden Partei auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin abzuweisen (Spruchpunkte römisch eins.3.A und römisch eins.4.A) und erklärte die Revision ebenfalls jeweils für nicht zulässig (Spruchpunkte römisch eins.3.B und römisch eins.4.B).

10

Ergänzend zum oben wiedergegebenen Inhalt des gegenständlichen Vergabeverfahrens und der diesem Verfahren zugrundeliegenden Ausschreibungsunterlagen stellte das Verwaltungsgericht nachstehenden Sachverhalt fest: Die P B GmbH verfüge über eine aufrechte Gewerbebefugnis als chemisches Laboratorium. Die H GmbH verfüge „neben der gewerberechtlichen Befugnis als chemisches Laboratorium gemäß § 127 Z 10 GewO 1994 idGF für Lebensmitteluntersuchung“ über eine „Zulassung als selbständiges Ambulatorium (= Krankenanstalt im Sinne des § 2 Abs 1 Z 5 KAKuG)“. Die C D&A GmbH sei im Genanalyse-Register gemäß § 79 Abs. 1 Z 1 Gentechnikgesetz gelistet und verfüge über eine aufrechte Gewerbebefugnis als chemisches Laboratorium. Die T GmbH sei schließlich eine gemeinnützige Krankenanstalt iSd KAKuG. Die P B GmbH verfüge über eine aufrechte Gewerbebefugnis als chemisches Laboratorium. Die H GmbH verfüge „neben der gewerberechtlichen Befugnis als chemisches Laboratorium gemäß Paragraph 127, Ziffer 10, GewO 1994 idGF für Lebensmitteluntersuchung“ über eine „Zulassung als selbständiges Ambulatorium (= Krankenanstalt im Sinne des Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer 5, KAKuG)“. Die C D&A GmbH sei im Genanalyse-Register gemäß Paragraph 79, Absatz eins, Ziffer eins, Gentechnikgesetz gelistet und verfüge über eine aufrechte Gewerbebefugnis als chemisches Laboratorium. Die T GmbH sei schließlich eine gemeinnützige Krankenanstalt iSd KAKuG.

Überdies traf das Verwaltungsgericht disloziert im Rahmen der rechtlichen Beurteilung nachstehende weitere Sachverhaltsfeststellungen:

Entsprechend der „Besondere[n] Erklärung für Bieter- und Arbeitsgemeinschaften“ im Angebot der BIEGE sollten alle vier Mitglieder Laboranalysen durchführen.

Die B P GmbH und die C D&A GmbH hätten jeweils eine Meldung gemäß § 28c Abs. 1 EpiG durchgeführt. Sie seien in der vom Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz geführten Laborliste - Liste der „naturwissenschaftlichen Labore, die gemäß § 28c EpiG SARS-CoV-2 Testungen durchführen“, gelistet. Die B P GmbH und die C D&A GmbH hätten jeweils eine Meldung gemäß Paragraph 28 c, Absatz eins, EpiG durchgeführt. Sie seien in der vom Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz geführten Laborliste - Liste der „naturwissenschaftlichen Labore, die gemäß Paragraph 28 c, EpiG SARS-CoV-2 Testungen durchführen“, gelistet.

Die BIEGE habe für drei ihrer vier Mitglieder Ringversuchsbestätigungen vorgelegt. Die „Auftraggeberin“ (wohl gemeint: die BIEGE) habe ein gültiges Zertifikat der P B GmbH hinsichtlich des Qualitätsmanagements vorgelegt.

11

Rechtlich beurteilte das Verwaltungsgericht den festgestellten Sachverhalt zusammengefasst dahin, dass aufgrund ihrer Meldung nach § 28c EpiG und ihrer Aufnahme in die beim Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz geführte Liste über die „naturwissenschaftlichen Labore, die gemäß § 28c EpiG SARS-CoV-2 Testungen durchführen“, die P B GmbH und die C D&A GmbH zur Durchführung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen befugt seien. Da es sich bei den beiden übrigen Mitgliedern der BIEGE um Krankenanstalten handle und dies nach den Ausschreibungsunterlagen als Befugnisnachweis ausreiche, sei die BIEGE zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen befugt. Rechtlich beurteilte das Verwaltungsgericht den festgestellten Sachverhalt zusammengefasst dahin, dass aufgrund ihrer Meldung nach Paragraph 28 c, EpiG und ihrer Aufnahme in die beim Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz geführte Liste über die „naturwissenschaftlichen Labore, die gemäß Paragraph 28 c, EpiG SARS-CoV-2 Testungen durchführen“, die P B GmbH und die C D&A GmbH zur Durchführung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen befugt seien. Da es sich bei den beiden übrigen Mitgliedern der BIEGE um Krankenanstalten handle und dies nach den Ausschreibungsunterlagen als Befugnisnachweis ausreiche, sei die BIEGE zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen befugt. Gemäß Rz. 58 der AAB-RV sei im Falle der Bildung einer Bietergemeinschaft nur diese gemeinsam Partei des Verfahrens. Alle weiteren Verfahrensschritte richteten sich in der Folge an die Bietergemeinschaft und nicht an die

einzelnen Unternehmer. Gemäß Rz. 96 iVm Rz. 99 der AAB-RV habe der Unternehmer zum Nachweis seiner technischen Leistungsfähigkeit unter anderem die Bestätigung einer erfolgreichen Teilnahme der Ringversuchsorganisation (ÖQUASTA, Instand, etc.) sowie ein gültiges Zertifikat über ein Qualitätsmanagement vorzulegen. Dies bedeute aufgrund des objektiven Erklärungswerts für die BIEGE, dass sie mindestens eine Bestätigung für eine erfolgreiche Teilnahme an einem Ringversuch sowie mindestens ein gültiges Zertifikat über ein Qualitätsmanagement gemäß EN ISO 9001 vorzulegen habe. Da die BIEGE drei Ringversuchsbestätigungen sowie ein gültiges Zertifikat über ein Qualitätsmanagement gemäß EN ISO 9001 vorgelegt habe, habe sie den gemäß den Ausschreibungsunterlagen geforderten Nachweis erbracht. Gemäß Rz. 58 der AAB-RV sei im Falle der Bildung einer Bietergemeinschaft nur diese gemeinsam Partei des Verfahrens. Alle weiteren Verfahrensschritte richteten sich in der Folge an die Bietergemeinschaft und nicht an die einzelnen Unternehmer. Gemäß Rz. 96 in Verbindung mit , Rz. 99 der AAB-RV habe der Unternehmer zum Nachweis seiner technischen Leistungsfähigkeit unter anderem die Bestätigung einer erfolgreichen Teilnahme der Ringversuchsorganisation (ÖQUASTA, Instand, etc.) sowie ein gültiges Zertifikat über ein Qualitätsmanagement vorzulegen. Dies bedeute aufgrund des objektiven Erklärungswerts für die BIEGE, dass sie mindestens eine Bestätigung für eine erfolgreiche Teilnahme an einem Ringversuch sowie mindestens ein gültiges Zertifikat über ein Qualitätsmanagement gemäß EN ISO 9001 vorzulegen habe. Da die BIEGE drei Ringversuchsbestätigungen sowie ein gültiges Zertifikat über ein Qualitätsmanagement gemäß EN ISO 9001 vorgelegt habe, habe sie den gemäß den Ausschreibungsunterlagen geforderten Nachweis erbracht.

Zusammengefasst seien im vorliegenden Vergabeverfahren keine Rechtswidrigkeiten iSd § 347 Abs. 1 BVergG 2018 hervorgekommen. Zusammengefasst seien im vorliegenden Vergabeverfahren keine Rechtswidrigkeiten iSd Paragraph 347, Absatz eins, BVergG 2018 hervorgekommen.

Den Ausspruch über den Ersatz der Pauschalgebühren stützte das Verwaltungsgericht auf § 341 BVergG 2018. Den Ausspruch über den Ersatz der Pauschalgebühren stützte das Verwaltungsgericht auf Paragraph 341, BVergG 2018.

Den Ausspruch über die Unzulässigkeit der Revision begründete das Verwaltungsgericht mit dem Nichtvorliegen einer Rechtsfrage iSd Art. 133 Abs. 4 B-VG, insbesondere im Hinblick auf die eindeutige Rechtslage. Den Ausspruch über die Unzulässigkeit der Revision begründete das Verwaltungsgericht mit dem Nichtvorliegen einer Rechtsfrage iSd Artikel 133, Absatz 4, B-VG, insbesondere im Hinblick auf die eindeutige Rechtslage.

12

Gegen diese Entscheidungen erhob die revisionswerbende Partei zunächst Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof (VfGH), der deren Behandlung mit Beschluss vom 1. März 2022, E 35/2022-6, ablehnte und die Beschwerde dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung abtrat. Begründend führte der VfGH darin unter anderem aus:

„...“

Soweit die Beschwerde aber insofern verfassungsrechtliche Fragen berührt, als die mangelnde Bestimmtheit näher bezeichneter Wortfolgen in § 2 Abs. 2 Z 1 ÄrzteG sowie in (der Überschrift zu) § 28c EpiG behauptet wird, lässt ihr Vorbringen vor dem Hintergrund der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu unbestimmten Gesetzesbegriffen (siehe statt vieler zB VfSlg. 20.128/2016 und 20.263/2018) die behauptete Rechtsverletzung, die Verletzung in einem anderen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht oder die Verletzung in einem sonstigen Recht wegen Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes als so wenig wahrscheinlich erkennen, dass sie keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat. Soweit die Beschwerde aber insofern verfassungsrechtliche Fragen berührt, als die mangelnde Bestimmtheit näher bezeichneter Wortfolgen in Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer eins, ÄrzteG sowie in (der Überschrift zu) Paragraph 28 c, EpiG behauptet wird, lässt ihr Vorbringen vor dem Hintergrund der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu unbestimmten Gesetzesbegriffen (siehe statt vieler zB VfSlg. 20.128 aus 2016, und 20.263 aus 2018,) die behauptete Rechtsverletzung, die Verletzung in einem anderen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht oder die Verletzung in einem sonstigen Recht wegen Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes als so wenig wahrscheinlich erkennen, dass sie keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat.

...“

13

In der Folge erhob die revisionswerbende Partei die vorliegende außerordentliche Revision. Die mitbeteiligten Parteien beantragten in ihren nach Einleitung des Vorverfahrens durch den Verwaltungsgerichtshof eingebrachten

Revisionsbeantwortungen jeweils die Zurück-, in eventu Abweisung der Revision gegen Aufwandersatz.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Zulässigkeit

14

Die Revision ist zu der im Zulässigkeitsvorbringen dargelegten Rechtsfrage fehlender Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Auslegung des Begriffs „naturwissenschaftliche Einrichtung“ iSd § 2 Abs. 2 Z 1 ÄrzteG 1998 und § 28c EpiG, die für die von der revisionswerbenden Partei bestrittene berufsrechtliche Befugnis der erstmitbeteiligten Partei zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen maßgeblich ist, zulässig; sie ist jedoch nicht berechtigt. Die Revision ist zu der im Zulässigkeitsvorbringen dargelegten Rechtsfrage fehlender Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Auslegung des Begriffs „naturwissenschaftliche Einrichtung“ iSd Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer eins, ÄrzteG 1998 und Paragraph 28 c, EpiG, die für die von der revisionswerbenden Partei bestrittene berufsrechtliche Befugnis der erstmitbeteiligten Partei zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen maßgeblich ist, zulässig; sie ist jedoch nicht berechtigt.

Rechtslage

15

Die vorliegend maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2018 (BVerG 2018) in der Stammfassung BGBl. I Nr. 65 bzw. § 81 BVerG 2018 idF BGBl. I Nr. 100/2018 lauten auszugsweise: Die vorliegend maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2018 (BVerG 2018) in der Stammfassung BGBl. I Nr. 65 bzw. Paragraph 81, BVerG 2018 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 100 aus 2018, lauten auszugsweise:

„...“

Eigenerklärung, Verlangen der Nachweise durch den öffentlichen Auftraggeber

§ 80. (1) Der öffentliche Auftraggeber hat festzulegen, mit welchen Nachweisen gemäß §§ 81 bis 87 ein Unternehmer, der an einem Vergabeverfahren teilnimmt, seine Paragraph 80, (1) Der öffentliche Auftraggeber hat festzulegen, mit welchen Nachweisen gemäß Paragraphen 81, bis 87 ein Unternehmer, der an einem Vergabeverfahren teilnimmt, seine

1.

berufliche Befugnis,

2.

berufliche Zuverlässigkeit,

3.

finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie

4.

technische Leistungsfähigkeit

zu belegen hat. Nachweise dürfen nur so weit festgelegt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages sachlich gerechtfertigt ist. Falls erforderlich und sofern dies sachlich gerechtfertigt ist, kann der öffentliche Auftraggeber besondere Festlegungen treffen, wie Arbeits- und Bietergemeinschaften die Anforderungen an die Eignung zu erfüllen haben.

...

(3) Der öffentliche Auftraggeber kann die Vorlage, Vervollständigung bzw. Erläuterung bestimmter Nachweise binnen einer angemessenen Frist von bestimmten Bewerbern oder Bietern bzw. Parteien der Rahmenvereinbarung verlangen, sofern dies zur angemessenen Durchführung des Verfahrens erforderlich ist. Bei der Vergabe von Aufträgen und beim Abschluss von Rahmenvereinbarungen im Oberschwellenbereich hat der öffentliche Auftraggeber vor Zuschlagserteilung bzw. vor Abschluss der Rahmenvereinbarung die Vorlage der festgelegten Nachweise vom Zuschlagsempfänger bzw. von der bzw. den Parteien der Rahmenvereinbarung jedenfalls zu verlangen; bei einer Vergabe in Losen gilt dies nur, wenn der geschätzte Wert des einzelnen Loses den in § 12 Abs. 1 genannten jeweiligen Schwellenwert erreicht. (3) Der öffentliche Auftraggeber kann die Vorlage, Vervollständigung bzw. Erläuterung bestimmter Nachweise binnen einer angemessenen Frist von bestimmten Bewerbern oder Bietern bzw. Parteien der Rahmenvereinbarung verlangen, sofern dies zur angemessenen Durchführung des Verfahrens erforderlich ist. Bei der Vergabe von Aufträgen und beim Abschluss von Rahmenvereinbarungen im Oberschwellenbereich hat der öffentliche

Auftraggeber vor Zuschlagserteilung bzw. vor Abschluss der Rahmenvereinbarung die Vorlage der festgelegten Nachweise vom Zuschlagsempfänger bzw. von der bzw. den Parteien der Rahmenvereinbarung jedenfalls zu verlangen; bei einer Vergabe in Losen gilt dies nur, wenn der geschätzte Wert des einzelnen Loses den in Paragraph 12, Absatz eins, genannten jeweiligen Schwellenwert erreicht.

(4) Im Falle der Angebotslegung durch eine Arbeitsgemeinschaft oder eine Bietergemeinschaft hat jedes Mitglied die Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil nachzuweisen.

...

Nachweis der Befugnis

§ 81. (1) Der öffentliche Auftraggeber hat als Nachweis für das Vorliegen der einschlägigen Befugnis gemäß § 80 Abs. 1 Z 1 die Vorlage einer Urkunde über die Eintragung des Unternehmers im betreffenden in Anhang IX angeführten Berufs- oder Handelsregister des Sitzstaates oder die Vorlage der betreffenden in Anhang IX genannten Bescheinigung festzulegen. Paragraph 81, (1) Der öffentliche Auftraggeber hat als Nachweis für das Vorliegen der einschlägigen Befugnis gemäß Paragraph 80, Absatz eins, Ziffer eins, die Vorlage einer Urkunde über die Eintragung des Unternehmers im betreffenden in Anhang römisch neun angeführten Berufs- oder Handelsregister des Sitzstaates oder die Vorlage der betreffenden in Anhang römisch neun genannten Bescheinigung festzulegen.

...

Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen und Dienstleistungsaufträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste auf der Schiene oder per Untergrundbahn

Verfahren

§ 151. (1) Für die Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen gemäß Anhang XVI gelten ausschließlich die Bestimmungen dieses Abschnittes, der 1. Teil, die §§ 4 Abs. 1, 7 bis 11, 12 Abs. 1 Z 2 und Abs. 3, 13, 16 bis 18, 19 Abs. 1, 20 Abs. 1 bis 4 und 9, 21 bis 23, 30, 48 bis 68, 78, 79, 80 Abs. 1 bis 5, 81 bis 90, 91 Abs. 1 bis 8, 93, 98, 100, 106, 111, 142, 146 Abs. 1, 150 Abs. 9, der 4. Teil, der 5. Teil mit Ausnahme des § 367 sowie der 6. Teil dieses Bundesgesetzes. Paragraph 151, (1) Für die Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen gemäß Anhang römisch sechzehn gelten ausschließlich die Bestimmungen dieses Abschnittes, der 1. Teil, die Paragraphen 4, Absatz eins, 7 bis 11, 12 Absatz eins, Ziffer 2, und Absatz 3, 13, 16 bis 18, 19 Absatz eins, 20, Absatz eins, bis 4 und 9, 21 bis 23, 30, 48 bis 68, 78, 79, 80 Absatz eins, bis 5, 81 bis 90, 91 Absatz eins, bis 8, 93, 98, 100, 106, 111, 142, 146 Absatz eins, 150, Absatz 9,, der 4. Teil, der 5. Teil mit Ausnahme des Paragraph 367, sowie der 6. Teil dieses Bundesgesetzes.

...

4. Teil

Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht

...

Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers

§ 347. (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn Paragraph 347, (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn

1.

sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte rechtswidrig ist und

2.

die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

...

Anhang IX Anhang römisch neun

Liste der einschlägigen Berufs- oder Handelsregister, Bescheinigungen oder Erklärungen*

Die einschlägigen Berufs- oder Handelsregister, Bescheinigungen oder Erklärungen sind:

...

-

für Österreich das ‚Firmenbuch‘, das ‚Gewerbeinformationssystem Austria - GISA‘, die ‚Mitgliederverzeichnisse der Landeskammern‘;

...

*) Für die Zwecke der §§ 81 Abs. 1 und 252 Abs. 1 gelten als ‚Berufs- oder Handelsregister‘ die in diesem Anhang aufgeführten Register sowie für den Fall, dass auf innerstaatlicher Ebene Änderungen vorgenommen werden, die an ihre Stelle tretenden Register. *) Für die Zwecke der Paragraphen 81, Absatz eins, und 252 Absatz eins, gelten als ‚Berufs- oder Handelsregister‘ die in diesem Anhang aufgeführten Register sowie für den Fall, dass auf innerstaatlicher Ebene Änderungen vorgenommen werden, die an ihre Stelle tretenden Register.

...“

16

§ 2 Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994), BGBl. Nr. 194 idF BGBl. I Nr. 107/2017, § 94 GewO 1994

idF BGBl. I Nr. 94/2017, sowie § 103 GewO 1994 idF BGBl. I Nr. 42/2008, lauten auszugsweise wie folgt: Paragraph 2, Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994), BGBl. Nr. 194 in der Fassung, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 107 aus 2017,, Paragraph 94, GewO 1994 in der Fassung, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 94 aus 2017,, sowie Paragraph 103, GewO 1994 in der Fassung, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 42 aus 2008,, lauten auszugsweise wie folgt:

„§ 2. (1) Dieses Bundesgesetz ist - unbeschadet weiterer ausdrücklich angeordneter Ausnahmen durch besondere bundesgesetzliche Vorschriften - auf die in den nachfolgenden Bestimmungen angeführten Tätigkeiten nicht anzuwenden:

...

11.

die Ausübung der Heilkunde, der Psychotherapie und des psychologischen Berufes im Bereich des Gesundheitswesens, die zur Berufsausübung zählenden und in deren Rahmen vorgenommenen Tätigkeiten der Dentisten, Hebammen, der Tierärzte sowie der Apotheker, die Krankenpflegefachdienste, die medizinisch-technischen Dienste sowie die Sanitätshilfsdienste, den Betrieb von Kranken- und Kuranstalten, die in Anstalten zur Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit oder im Rahmen von Rehabilitationsprogrammen öffentlich-rechtlicher Körperschaften zu leistenden gewerblichen Arbeiten;

...

1. Reglementierte Gewerbe

§ 94. Folgende Gewerbe sind reglementierte Gewerbe: Paragraph 94, Folgende Gewerbe sind reglementierte Gewerbe:

...

10.

Chemische Laboratorien

...

Chemische Laboratorien

§ 103. Einer Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Chemischen Laboratorien (§ 94 Z 10) bedarf es für Paragraph 103, Einer Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Chemischen Laboratorien (Paragraph 94, Ziffer 10,) bedarf es für

1.

die Herstellung von Chemikalien und Reagenzien, insoweit diese Tätigkeit nicht unter § 116 fällt die Herstellung von Chemikalien und Reagenzien, insoweit diese Tätigkeit nicht unter Paragraph 116, fällt,

2.

die Durchführung chemischer Analysen, chemischer Untersuchungen, die Überwachung und Messung sowie die Interpretation der Ergebnisse auf einschlägigen Fachgebieten gemäß der nachgewiesenen Ausbildung

...“

§ 2 Ärztegesetz 1998 (ÄrzteG 1998), BGBl. I Nr. 169 in der vorliegend maßgeblichen Fassung des 2. COVID-19-Gesetzes, BGBl. I Nr. 16/2020, lautete auszugsweise wie folgt: Paragraph 2, Ärztegesetz 1998 (ÄrzteG 1998), BGBl. I Nr. 169 in der vorliegend maßgeblichen Fassung des 2. COVID-19-Gesetzes, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 16 aus 2020,, lautete auszugsweise wie folgt:

„Der Beruf des Arztes

§ 2. (1) Der Arzt ist zur Ausübung der Medizin berufen Paragraph 2, (1) Der Arzt ist zur Ausübung der Medizin berufen.

(2) Die Ausübung des ärztlichen Berufes umfaßt jede auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen begründete Tätigkeit, die unmittelbar am Menschen oder mittelbar für den Menschen ausgeführt wird, insbesondere

1.

die Untersuchung auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen von körperlichen und psychischen Krankheiten oder Störungen, von Behinderungen oder Mißbildungen und Anomalien, die krankhafter Natur sind, ausgenommen Untersuchungen, die im Rahmen einer Pandemie durch naturwissenschaftliche, insbesondere veterinärmedizinische Einrichtungen, durchgeführt werden;

2.

die Beurteilung von in Z 1 angeführten Zuständen bei Verwendung medizinisch-diagnostischer Hilfsmittel die Beurteilung von in Ziffer eins, angeführten Zuständen bei Verwendung medizinisch-diagnostischer Hilfsmittel;

...“

18

§ 28c Epidemiegesetz 1950, BGBl. Nr. 186 idF BGBl. I Nr. 33/2021, lautete auszugsweise: Paragraph 28 c, Epidemiegesetz 1950, BGBl. Nr. 186 in der Fassung, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 33 aus 2021,, lautete auszugsweise:

„Naturwissenschaftliche, insbesondere veterinärmedizinische Einrichtungen nach § 2 Abs. 2 Z 1 Ärztegesetz 1998,“ Naturwissenschaftliche, insbesondere veterinärmedizinische Einrichtungen nach Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer eins, Ärztegesetz 1998

§ 28c. (1) Die Einrichtungen sind verpflichtet, vor Aufnahme ihrer Tätigkeit für den Menschen dies dem Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz unter Nachweis ihrer fachlichen Eignung zu melden. Diese Meldungen sind den Bezirksverwaltungsbehörden zur Kenntnis zu bringen. Paragraph 28 c, (1) Die Einrichtungen sind verpflichtet, vor Aufnahme ihrer Tätigkeit für den Menschen dies dem Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz unter Nachweis ihrer fachlichen Eignung zu melden. Diese Meldungen sind den Bezirksverwaltungsbehörden zur Kenntnis zu bringen.

...

(4) Die Einrichtungen sind verpflichtet, bei ihrer Tätigkeit für den Menschen den Stand der Wissenschaft sowie die Vorgaben des Medizinproduktegesetzes und der darauf basierenden Verordnungen einzuhalten. Sie gelten als Einrichtungen des Gesundheitswesens gemäß § 2 Abs. 23 des Medizinproduktegesetzes (MPG), BGBl. Nr. 657/1996, und sind verpflichtet, regelmäßig an Ringversuchen der nationalen Referenzzentrale oder an Ringversuchen von unionsweit anerkannten Referenzzentren teilzunehmen. ... (4) Die Einrichtungen sind verpflichtet, bei ihrer Tätigkeit für den Menschen den Stand der Wissenschaft sowie die Vorgaben des Medizinproduktegesetzes und der darauf basierenden Verordnungen einzuhalten. Sie gelten als Einrichtungen des Gesundheitswesens gemäß Paragraph 2, Absatz 23, des Medizinproduktegesetzes (MPG), Bundesgesetzblatt Nr. 657 aus 1996,, und sind verpflichtet, regelmäßig an Ringversuchen der nationalen Referenzzentrale oder an Ringversuchen von unionsweit anerkannten Referenzzentren teilzunehmen. ...

(5) Besteht der begründete Verdacht, dass durch eine Einrichtung gegen Abs. 4 verstoßen wird, hat der für das Gesundheitswesen zuständige Bundesminister einer Einrichtung die Tätigkeit für den Menschen zu untersagen, wenn gegen Abs. 4 verstoßen wird und dadurch eine Gefährdung von Menschen zu besorgen ist.“ (5) Besteht der begründete Verdacht, dass durch eine Einrichtung gegen Absatz 4, verstoßen wird, hat der für das Gesundheitswesen zuständige Bundesminister einer Einrichtung die Tätigkeit für den Menschen zu untersagen, wenn gegen Absatz 4, verstoßen wird und dadurch eine Gefährdung von Menschen zu besorgen ist.“

§ 1 des Bundesgesetzes über die Regelung der gehobenen medizinisch-technischen Dienste (MTD-Gesetz) in der Stammfassung BGBl. Nr. 460/1992, § 1b MTD-Gesetz idF BGBl. I Nr. 8/2016, § 2 Abs. 2 MTD-Gesetz idF BGBl. I Nr. 89/2012, § 4 MTD-Gesetz idF BGBl. I Nr. 16/2020, § 10 MTD-Gesetz idF BGBl. I Nr. 70/2005, § 36 Abs. 25 MTD-Gesetz idF BGBl. I Nr. 48/2021, lauteten auszugsweise: Paragraph eins, des Bundesgesetzes über die Regelung der gehobenen medizinisch-technischen Dienste (MTD-Gesetz) in der Stammfassung Bundesgesetzblatt Nr. 460 aus 1992,, Paragraph eins b, MTD-Gesetz in der Fassung , Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 8 aus 2016,, Paragraph 2, Absatz 2, MTD-Gesetz in der Fassung , Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 89 aus 2012,, Paragraph 4, MTD-Gesetz in der Fassung , Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 16 aus 2020,, Paragraph 10, MTD-Gesetz in der Fassung , Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 70 aus 2005,, Paragraph 36, Absatz 25, MTD-Gesetz in der Fassung , Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 48 aus 2021,, lauteten auszugsweise:

„Allgemeines

§ 1. Die gehobenen medizinisch-technischen Dienste sind: Paragraph eins, Die gehobenen medizinisch-technischen Dienste sind:

...

1.
der medizinisch-technische Laboratoriumsdienst;

...

Verweisungen

§ 1b. (1) Soweit in diesem Bundesgesetz auf Bestimmungen anderer Bundesgesetze Bezug genommen wird, sind diese, sofern nicht anderes bestimmt ist, in ihrer jeweils geltenden Fassung anzuwenden. Paragraph eins b, (1) Soweit in diesem Bundesgesetz auf Bestimmungen anderer Bundesgesetze Bezug genommen wird, sind diese, sofern nicht anderes bestimmt ist, in ihrer jeweils geltenden Fassung anzuwenden.

(2) Durch dieses Bundesgesetz werden das

...

2.
Ärztegesetz 1998 (ÄrzteG 1998), BGBl. I Nr. 169, Ärztegesetz 1998 (ÄrzteG 1998), Bundesgesetzblatt , I Nr. 169,

...

nicht berührt.

...

Berufsbild

§ 2. ...Paragraph 2, ...

(2) Der medizinisch-technische Laboratoriumsdienst umfaßt die eigenverantwortliche Ausführung aller Laboratoriumsmethoden nach ärztlicher Anordnung, die im Rahmen des medizinischen Untersuchungs-, Behandlungs- und Forschungsbetriebes erforderlich sind. Hierzu gehören insbesondere klinisch-chemische, hämatologische, immunhämatologische, histologische, zytologische, mikrobiologische, parasitologische, mykologische, serologische, nuklearmedizinische Untersuchungen sowie die Mitwirkung bei Untersuchungen auf dem Gebiet der Elektro-Neuro-Funktionsdiagnostik und der Kardio-Pulmonalen-Funktionsdiagnostik.

...

§ 4. (1) Eine Tätigkeit in den gehobenen medizinisch-technischen Diensten darf für den Bereich der Humanmedizin berufsmäßig nur von Personen ausgeübt werden, die nach den Bestimmungen dieses Gesetzes hierzu berechtigt sind. Die Gewerbeordnung 1994, BGBl. Nr. 194, findet auf die berufsmäßige Ausübung der gehobenen medizinisch-technischen Dienste keine Anwendung. Paragraph 4, (1) Eine Tätigkeit in den gehobenen medizinisch-technischen Diensten darf für den Bereich der Humanmedizin berufsmäßig nur von Personen ausgeübt werden, die nach den Bestimmungen dieses Gesetzes hierzu berechtigt sind. Die Gewerbeordnung 1994, Bundesgesetzblatt , Nr. 194, findet auf die berufsmäßige Ausübung der gehobenen medizinisch-technischen Dienste keine Anwendung.

...

(3) Personen, die zur Ausübung des medizinisch-technischen Laboratoriumsdienstes berechtigt sind, sind befugt, nach Maßgabe der ärztlichen Anordnung die angeordneten Tätigkeiten an Angehörige der Laborassistenten oder in Ausbildung zur Laborassistenten stehende Personen gemäß Medizinische Assistenzberufe-Gesetz weiterdelegieren und die Aufsicht über deren Durchführung wahrnehmen.

...

(5) Für die Dauer einer Pandemie dürfen Personen, die zur Ausübung des medizinisch-technischen Laboratoriumsdienstes berechtigt sind, die im Zusammenhang mit der Pandemie anfallenden Laboratoriumsmethoden auch ohne ärztliche Anordnung durchführen. Weiters dürfen für die Dauer einer Pandemie Personen, die ein naturwissenschaftliches oder ein veterinärmedizinisches Studium erfolgreich abgeschlossen haben, für diese Tätigkeiten herangezogen werden.

...

Berufsbezeichnung

§ 10. (1) Wer zur berufsmäßigen Ausübung der jeweiligen Fachrichtung des gehobenen medizinisch-technischen Dienstes berechtigt ist, hat in Ausübung seines Berufes die Berufsbezeichnung Paragraph 10, (1) Wer zur berufsmäßigen Ausübung der jeweiligen Fachrichtung des gehobenen medizinisch-technischen Dienstes berechtigt ist, hat in Ausübung seines Berufes die Berufsbezeichnung

...

2.

„Biomedizinische Analytikerin“ - „Biomedizinischer Analytiker“ (§ 1 Z 2), „Biomedizinische Analytikerin“ - „Biomedizinischer Analytiker“ (Paragraph eins, Ziffer 2,)

...

zu führen.

...

Inkrafttreten

§ 36. ...Paragraph 36, ...

(25) § 3 Abs. 7 und § 4 Abs. 5 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 16/2020 gelten nur im Rahmen der Bekämpfung der Ausbreitung des Erregers SARS-CoV-2 (COVID-19); Berechtigungen auf Grund dieser Bestimmungen bestehen noch weiter, längstens bis zum Ablauf des 31. Dezember 2021.“ (25) Paragraph 3, Absatz 7, und Paragraph 4, Absatz 5, in der Fassung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 16 aus 2020, gelten nur im Rahmen der Bekämpfung der Ausbreitung des Erregers SARS-CoV-2 (COVID-19); Berechtigungen auf Grund dieser Bestimmungen bestehen noch weiter, längstens bis zum Ablauf des 31. Dezember 2021.“

Einwand der mangelnden Befugnis zur Leistungserbringung

20

Nach der rechtlichen Beurteilung des Verwaltungsgerichts seien die BIEGE-Mitglieder P B GmbH und C D&A GmbH als chemische Laboratorien gemäß § 94 Z 10 GewO 1994, die eine Meldung gemäß § 28c EpiG beim Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz vorgenommen hätten und in die vom Bundesministerium geführte Laborliste aufgenommen worden seien, „naturwissenschaftliche Einrichtungen“ iSd § 2 Abs. 2 Z 1 ÄrzteG 1998 und als solche zur Durchführung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen befugt. Nach der rechtlichen Beurteilung des Verwaltungsgerichts seien die BIEGE-Mitglieder P B GmbH und C D&A GmbH als chemische Laboratorien gemäß Paragraph 94, Ziffer 10, GewO 1994, die eine Meldung gemäß Paragraph 28 c, EpiG beim Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz vorgenommen hätten und in die vom Bundesministerium geführte Laborliste aufgenommen worden seien, „naturwissenschaftliche Einrichtungen“ iSd Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer eins, ÄrzteG 1998 und als solche zur Durchführung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen befugt.

21

Dagegen wendet die revisionswerbende Partei ein, die Durchführung von medizinischen Laboranalysen aufgrund einer Gewerbeberechtigung nach der GewO 1994 sei denkunmöglich, weil die Erbringung dieser Leistungen nicht in der GewO 1994 geregelt sei.

Bei medizinischen bzw. medizinisch-technischen Laboranalysen handle es sich um Tätigkeiten, die gemäß § 2 Abs. 2 ÄrzteG 1998 den (Fach-)Ärzten, gemäß § 1 Z 1 KAKuG und den jeweiligen Landesausführungsgesetzen den Krankenanstalten und selbständigen Ambulatorien und gemäß § 2 Abs. 2 MTD-Gesetz dem medizinisch-technischen Laboratoriumsdienst vorbehalten seien. Dass diese Tätigkeiten nicht aufgrund einer Gewerbeberechtigung für chemische Laboratorien erbracht werden könnten, ergebe sich unter anderem aus § 2 Abs. 1 Z 11 GewO 1994, demgemäß die Ausübung der Heilkunde vom Anwendungsbereich der GewO 1994 ausgenommen sei. Ebenso umfasse der in § 103 GewO 1994 umschriebene Tätigkeitsumfang der chemischen Laboratorien nicht die Durchführung von medizinischen und medizinisch-technischen Analysen. Bei medizinischen bzw. medizinisch-technischen Laboranalysen handle es sich um Tätigkeiten, die gemäß Paragraph 2, Absatz 2, ÄrzteG 1998 den (Fach-)Ärzten, gemäß Paragraph eins, Ziffer eins, KAKuG und den jeweiligen Landesausführungsgesetzen den Krankenanstalten und selbständigen Ambulatorien und gemäß Paragraph 2, Absatz 2, MTD-Gesetz dem medizinisch-technischen Laboratoriumsdienst vorbehalten seien. Dass diese Tätigkeiten nicht aufgrund einer Gewerbeberechtigung für chemische Laboratorien erbracht werden könnten, ergebe sich unter anderem aus Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer 11, GewO 1994, demgemäß die Ausübung der Heilkunde vom Anwendungsbereich der GewO 1994 ausgenommen sei. Ebenso umfasse der in Paragraph 103, GewO 1994 umschriebene Tätigkeitsumfang der chemischen Laboratorien nicht die Durchführung von medizinischen und medizinisch-technischen Analysen.

Überdies dürfe die Tätigkeit in den gehobenen medizinisch-technischen Diensten für den Bereich der Humanmedizin nur von nach dem MTD-Gesetz hierzu berechtigten Personen ausgeübt werden. In Bezug auf den medizinisch-technischen Laboratoriumsdienst seien dies gemäß § 10 Abs. 1 Z 2 MTD-Gesetz biomedizinische Analytiker. Die Durchführung von medizinischen und medizinisch-technischen Laboranalysen durch die beiden BIEGE-Mitglieder verstoße daher gegen die Strafbestimmung des § 33 Z 1 MTD-Gesetz. Überdies dürfe die Tätigkeit in den gehobenen medizinisch-technischen Diensten für den Bereich der Humanmedizin nur von nach dem MTD-Gesetz hierzu berechtigten Personen ausgeübt werden. In Bezug auf den medizinisch-technischen Laboratoriumsdienst seien dies gemäß Paragraph 10, Absatz eins, Ziffer 2, MTD-Gesetz biomedizinische Analytiker. Die Durchführung von medizinischen und medizinisch-technischen Laboranalysen durch die beiden BIEGE-Mitglieder verstoße daher gegen die Strafbestimmung des Paragraph 33, Ziffer eins, MTD-Gesetz.

Chemische Laboratorien seien auch keine naturwissenschaftlichen Einrichtungen gemäß § 2 Abs. 2 Z 1 ÄrzteG 1998. Gemäß den Erläuterungen zu dieser Bestimmung (IA BlgNR 397/A 27. GP, 43) seien unter naturwissenschaftlichen Einrichtungen nur „entsprechend geeignete Labors oder Institute“ zu verstehen. Daraus ergebe sich, dass der Gesetzgeber nur jene Labore und Institute nutzbar machen wollte, die schon vor der Pandemie aufgrund der auf sie anwendbaren Berufsrechte zur Durchführung von medizinischen bzw. medizinisch-technischen Laboranalysen berechtigt gewesen seien, deren Einsatz zur Bekämpfung der Pandemie jedoch dadurch eingeschränkt gewesen sei, dass sie ihre Laboranalysen nicht für den Humanbereich, sondern nur für ihre Forschungstätigkeiten und/oder nur aufgrund einer Anordnung oder Weisung eines Arztes (zB medizinisch-technische Laboratorien gemäß dem MTD-Gesetz) erbringen durften. Dies werde auch durch die Erweiterung der Berufsbefugnis des medizinisch-technischen Laboratoriumsdienstes gemäß dem mit dem 2. COVID-19-Gesetz eingefügten § 4 Abs. 5 MTD-Gesetz bestätigt. Demgegenüber seien andere Ausnahmestimmungen für die übrigen Gesundheitsberufe oder für die anderen Berufsrechte, insbesondere nach der GewO 1994, nicht geschaffen worden. Chemische Laboratorien seien auch keine naturwissenschaftlichen Einrichtungen gemäß Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer eins, ÄrzteG 1998. Gemäß den Erläuterungen zu dieser Bestimmung (IA BlgNR 397/A 27. GP, 43) seien unter naturwissenschaftlichen Einrichtungen nur „entsprechend geeignete Labors oder Institute“ zu verstehen. Daraus ergebe sich, dass der Gesetzgeber nur jene Labore und Institute nutzbar machen wollte, die schon vor der Pandemie aufgrund der auf sie anwendbaren Berufsrechte zur Durchführung von medizinischen bzw. medizinisch-technischen Laboranalysen berechtigt gewesen seien, deren Einsatz zur Bekämpfung der Pandemie jedoch dadurch eingeschränkt gewesen sei, dass sie ihre Laboranalysen nicht für den Humanbereich, sondern nur für ihre Forschungstätigkeiten und/oder nur aufgrund einer Anordnung oder Weisung eines Arztes (zB medizinisch-technische Laboratorien gemäß dem MTD-Gesetz) erbringen durften. Dies werde auch durch die Erweiterung der Berufsbefugnis des medizinisch-technischen Laboratoriumsdienstes gemäß dem mit dem 2. COVID-19-Gesetz eingefügten Paragraph 4, Absatz 5, MTD-Gesetz

bestätigt. Demgegenüber seien andere Ausnahmebestimmungen für die übrigen Gesundheitsberufe oder für die anderen Berufsrechte, insbesondere nach der GewO 1994, nicht geschaffen worden.

Schließlich spreche auch die Fachinformation des Bundesministeriums für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz „Aktualisierte Information über die Berufsrechte der Gesundheitsberufe im Zusammenhang mit COVID-19-Testungen“ vom 1. März 2021 (Berufsrechtsinformation) für die von der revisionswerbenden Partei dargelegte Auslegung.

Letztlich stelle auch eine Meldung gemäß § 28c EpiG keinen Nachweis für eine Berechtigung zur Durchführung von medizinischen und medizinisch-technischen Laboranalysen dar. Gemäß § 28c Abs. 1 EpiG müssten naturwissenschaftliche Einrichtungen vor Aufnahme ihrer Tätigkeit den Nachweis ihrer fachlichen Eignung erbringen. Eine Gewerbeberechtigung gemäß § 94 Z 10 GewO 1994 reiche dafür nicht. Die Meldung gemäß § 28c Abs. 1 EpiG selbst sei kein eigenständiger Eignungsnachweis. Letztlich stelle auch eine Meldung gemäß Paragraph 28 c, EpiG keinen Nachweis für eine Berechtigung zur Durchführung von medizinischen und medizinisch-technischen Laboranalysen dar. Gemäß Paragraph 28 c, Absatz eins, EpiG müssten naturwissenschaftliche Einrichtungen vor Aufnahme ihrer Tätigkeit den Nachweis ihrer fachlichen Eignung erbringen. Eine Gewerbeberechtigung gemäß Paragraph 94, Ziffer 10, GewO 1994 reiche dafür nicht. Die Meldung gemäß Paragraph 28 c, Absatz eins, EpiG selbst sei kein eigenständiger Eignungsnachweis.

22

Die mitbeteiligten Parteien bringen dagegen in ihren Revisionsbeantwortungen unter Hinweis auf die Novelle des § 2 Abs. 2 Z 1 ÄrzteG 1998 und § 28c Abs. 1 EpiG durch das 2. COVID-19-Gesetz und die Erläuternden Bemerkungen dazu (IA BlgNR 397/A 27. GP 43) zusammengefasst vor, dass seit dieser Novelle auch Personen mit einem erfolgreich absolvierten naturwissenschaftlichen Studium, wozu auch jenes der Chemie zu zählen sei, gemäß ÄrzteG 1998 bzw. MTD-Gesetz befugt seien, Laboruntersuchungen und Auswertungen von COVID-19-PCR-Testungen durchzuführen. Da die P B GmbH und die C D&A GmbH chemische Laboratorien iSd § 94 Z 10 GewO 1994 seien, seien sie jeweils als naturwissenschaftliche Einrichtung iSd § 2 Abs. 2 Z 1 ÄrzteG 1998 zu qualifizieren. Die mitbeteiligten Parteien bringen dagegen in ihren Revisionsbeantwortungen unter Hinweis auf die Novelle des Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer eins, ÄrzteG 1998 und Paragraph 28 c, Absatz eins, EpiG durch das 2. COVID-19-Gesetz und die Erläuternden Bemerkungen dazu (IA BlgNR 397/A 27. Gesetzgebungsperiode 43) zusammengefasst vor, dass seit dieser Novelle auch Personen mit einem erfolgreich absolvierten naturwissenschaftlichen Studium, wozu auch jenes der Chemie zu zählen sei, gemäß ÄrzteG 1998 bzw. MTD-Gesetz befugt seien, Laboruntersuchungen und Auswertungen von COVID-19-PCR-Testungen durchzuführen. Da die P B GmbH und die C D&A GmbH chemische Laboratorien iSd Paragraph 94, Ziffer 10, GewO 1994 seien, seien sie jeweils als naturwissenschaftliche Einrichtung iSd Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer eins, ÄrzteG 1998 zu qualifizieren.

Dazu ist Folgendes auszuführen:

23

Gemäß § 2 Abs. 1 Z 11 GewO 1994 ist dieses Gesetz - unbeschadet weiterer ausdrücklich angeordneter Ausnahmen durch besondere bundesgesetzliche Vorschriften - unter anderem auf die „Ausübung der Heilkunde“ nicht anzuwenden. Der Begriff „Ausübung der Heilkunde“ umfasst unter anderem die Untersuchung auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen von körperlichen Krankheiten unabhängig davon, ob sie der Anwendende auf der Grundlage von medizinisch-wissenschaftlichen Erfahrungen ausübt (vgl. VwGH 10.11.1999, 98/04/0026, mwN). Die ausschreibungsgegenständliche Durchführung von PCR-Testungen ist somit eine unter den Begriff der „Ausübung der Heilkunde“ iSd § 2 Abs. 1 Z 11 GewO 1994 fallende Tätigkeit und daher nicht vom Anwendungsbereich der GewO 1994 umfasst. Allein aus der gewerberechtlichen Befugnis als chemisches Laboratorium nach § 94 Z 10 GewO 1994 ergibt sich daher nicht die Befugnis zur Durchführung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen. Gemäß Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer 11, GewO 1994 ist dieses Gesetz - unbeschadet weiterer ausdrücklich angeordneter Ausnahmen durch besondere bundesgesetzliche Vorschriften - unter anderem auf die „Ausübung der Heilkunde“ nicht anzuwenden. Der Begriff „Ausübung der Heilkunde“ umfasst unter anderem die Untersuchung auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen von körperlichen Krankheiten unabhängig davon, ob sie der Anwendende auf der Grundlage von medizinisch-wissenschaftlichen Erfahrungen ausübt vergleiche , VwGH 10.11.1999, 98/04/0026, mwN). Die ausschreibungsgegenständliche Durchführung von PCR-Testungen ist somit eine unter den Begriff der „Ausübung der Heilkunde“ iSd Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer 11, GewO 1994 fallende Tätigkeit und daher nicht vom

Anwendungsbereich der GewO 1994 umfasst. Allein aus der gewerberechtlichen Befugnis als chemisches Laboratorium nach Paragraph 94, Ziffer 10, GewO 1994 ergibt sich daher nicht die Befugnis zur Durchführung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen.

24

Wesentlich ist hingegen, ob es sich bei den beiden Mitgliedern der BIEGE, die über eine Gewerbebefugnis als chemische Laboratorien nach § 94 Z 10 GewO 1994 verfügen, jeweils um eine „naturwissenschaftliche Einrichtung“ iSd § 2 Abs. 2 Z 1 ÄrzteG 1998, BGBl. I Nr. 169/1998 idF BGBl. I Nr. 16/2020, handelt. Wesentlich ist hingegen, ob es sich bei den beiden Mitgliedern der BIEGE, die über eine Gewerbebefugnis als chemische Laboratorien nach Paragraph 94, Ziffer 10, GewO 1994 verfügen, jeweils um eine „naturwissenschaftliche Einrichtung“ iSd Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer eins, ÄrzteG 1998, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 169 aus 1998, in der Fassung, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 16 aus 2020,, handelt.

25

Die mit dem 2. COVID-19-Gesetz, BGBl. I Nr. 16/2020, in § 2 Abs. 2 Z 1 ÄrzteG 1998 eingefügte (und mit dem COVID-19-Überführungsgesetz, BGBl. I Nr. 69/2023 mit 1. Juli 2023 wieder entfallene) Wortfolge „ausgenommen Untersuchungen, die im Rahmen einer Pandemie durch naturwissenschaftliche, insbesondere veterinärmedizinische Einrichtungen durchgeführt werden“, stellt eine Ausnahme vom ärztlichen Tätigkeitsvorbehalt für Untersuchungen auf das Vorliegen von Krankheiten dar. Diese Ausnahmeregelung bezieht sich somit nur auf Untersuchungen wie etwa pandemiebedingte PCR-Untersuchungen, nicht jedoch auf § 2 Abs. 2 Z 2 ÄrzteG 1998, also auf die Beurteilung der bei der Untersuchung festgestellten Zustände, wie etwa die Befundung von PCR-Untersuchungen (vgl. Wallner, Berufsrechtliche Vorgaben und Haftungsprobleme bei COVID-19-Testungen und -Impfungen, RdM 2022, 239 [243 ff]). Die mit dem 2. COVID-19-Gesetz, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 16 aus 2020,, in Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer eins, ÄrzteG 1998 eingefügte (und mit dem COVID-19-Überführungsgesetz, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 69 aus 2023, mit 1. Juli 2023 wieder entfallene) Wortfolge „ausgenommen Untersuchungen, die im Rahmen einer Pandemie durch naturwissenschaftliche, insbesondere veterinärmedizinische Einrichtungen durchgeführt werden“, stellt eine Ausnahme vom ärztlichen Tätigkeitsvorbehalt für Untersuchungen auf das Vorliegen von Krankheiten dar. Diese Ausnahmeregelung bezieht sich somit nur auf Untersuchungen wie etwa pandemiebedingte PCR-Untersuchungen, nicht jedoch auf Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer 2, ÄrzteG 1998, also auf die Beurteilung der bei der Untersuchung festgestellten Zustände, wie etwa die Befundung von PCR-Untersuchungen vergleiche, Wallner, Berufsrechtliche Vorgaben und Haftungsprobleme bei COVID-19-Testungen und -Impfungen, RdM 2022, 239 [243 ff]).

26

Der Begriff „naturwissenschaftliche Einrichtungen“ ist gesetzlich nicht näher definiert. Den Materialien zu dem vor dem Hintergrund der von der Weltgesundheitsorganisation als „gesundheitliche Notlage“ eingestuften COVID-19-Pandemie erlassenen 2.-COVID-19-Gesetz (IA 397/A 27. GP 43) ist dazu lediglich zu entnehmen, diese Ausnahme solle „im Rahmen einer Pandemie zusätzliche Untersuchungen durch entsprechend geeignete Labors oder Institute, insbesondere veterinärmedizinische Einrichtungen, ermöglichen, um den erhöhten Bedarf abzudecken“. Der Begriff „naturwissenschaftliche Einrichtungen“ ist gesetzlich nicht näher definiert. Den Materialien zu dem vor dem Hintergrund der von der Weltgesundheitsorganisation als „gesundheitliche Notlage“ eingestuften COVID-19-Pandemie erlassenen 2.-COVID-19-Gesetz (IA 397/A 27. Gesetzgebungsperiode 43,) ist dazu lediglich zu entnehmen, diese Ausnahme solle „im Rahmen einer Pandemie zusätzliche Untersuchungen durch entsprechend geeignete Labors oder Institute, insbesondere veterinärmedizinische Einrichtungen, ermöglichen, um den erhöhten Bedarf abzudecken“.

27

Ausgehend von dem sich aus den Materialien ergebenden Gesetzeszweck der Eindämmung der Verbreitung von COVID-19 (vgl. IA 397/A 27. GP 35, 37 f, 45) und dem sich daraus für den Gesetzgeber ergebenden Erfordernis, den „erhöhten Bedarf“ an „zusätzlichen Untersuchungen“ abzudecken, ist dieser Begriff so zu verstehen, dass während der Dauer der COVID-19-Pandemie Einrichtungen, die Zwecken dienen, für die einschlägiges naturwissenschaftliches Wissen vorausgesetzt wird und die deshalb über Personen mit einem absolvierten einschlägigen naturwissenschaftlichen Studium verfügen, in Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie anfallende Untersuchungen (Laboratoriumsmethoden) durchführen dürfen (vgl. Wallner, aaO, 242 f). Ausgehend von dem sich aus den Materialien ergebenden Gesetzeszweck der Eindämmung der Verbreitung von COVID-19 vergleiche, IA 397/A 27. Gesetzgebungsperiode 35, , 37 f, 45) und dem sich daraus für den Gesetzgeber ergebenden Erfordernis, den „erhöhten Bedarf“ an „zusätzlichen Untersuchungen“ abzudecken, ist dieser Begriff so zu verstehen, dass während der

Dauer der COVID-19-Pandemie Einrichtungen, die Zwecken dienen, für die einschlägiges naturwissenschaftliches Wissen vorausgesetzt wird und die deshalb über Personen mit einem absolvierten einschlägigen naturwissenschaftlichen Studium verfügen, in Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie anfallende Untersuchungen (Laboratoriumsmethoden) durchführen dürfen vergleiche , Wallner, aaO, 242 f).

28

Dem entspricht auch die mit dem 2. COVID-19-Gesetz eingeführte Bestimmung des § 4 Abs. 5 MTD-Gesetz. Damit entfällt für die Durchführung von im Zusammenhang mit einer Pandemie anfallende Laboruntersuchungen durch biomedizinische AnalytikerInnen einerseits die verpflichtende ärztliche Anordnung dafür (§ 4 Abs. 5 erster Satz MTD-Gesetz idF BGBl. I Nr. 16/2020). Andererseits wurde eine Ausnahme vom Tätigkeitsvorbehalt der biomedizinischen Analytiker geschaffen, indem für die Dauer der Pandemie Personen, die ein naturwissenschaftliches oder veterinärmedizinisches Studium erfolgreich abgeschlossen haben, für die mit einer Pandemie anfallenden Laboruntersuchungen herangezogen werden können (§ 4 Abs. 5 zweiter Satz MTD-Gesetz idF BGBl. I Nr. 16/2020; vgl. IA 397/A 27. GP 44). Dem entspricht auch die mit dem 2. COVID-19-Gesetz eingeführte Bestimmung des Paragraph 4, Absatz 5, MTD-Gesetz. Damit entfällt für die Durchführung von im Zusammenhang mit einer Pandemie anfallende Laboruntersuchungen durch biomedizinische AnalytikerInnen einerseits die verpflichtende ärztliche Anordnung dafür (Paragraph 4, Absatz 5, erster Satz MTD-Gesetz in der Fassung , Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 16 aus 2020,). Andererseits wurde eine Ausnahme vom Tätigkeitsvorbehalt der biomedizinischen Analytiker geschaffen, indem für die Dauer der Pandemie Personen, die ein naturwissenschaftliches oder veterinärmedizinisches Studium erfolgreich abgeschlossen haben, für die mit einer Pandemie anfallenden Laboruntersuchungen herangezogen werden können (Paragraph 4, Absatz 5, zweiter Satz MTD-Gesetz in der Fassung , Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 16 aus 2020,; vergleiche , IA 397/A 27. Gesetzgebungsperiode 44,).

29

Im Zusammenhang mit der in § 2 Abs. 2 Z 1 ÄrzteG 1998 geschaffenen Ausnahme vom ärztlichen Tätigkeitsvorbehalt für Untersuchungen im Rahmen der Pandemie, die es ermöglicht, zusätzliche labordiagnostische Untersuchungen in entsprechend geeigneten Labors oder Instituten durchzuführen, um den erhöhten Bedarf zu decken, wurde zusätzlich zu der mit dem 2. COVID-19-Gesetz geschaffenen Bestimmung des § 28c EpiG eine weitere Betriebsformzulassung zu COVID-19-Testungen, und zwar die Zulassung von naturwissenschaftlichen, insbesondere veterinärmedizinischen Einrichtungen nach § 2 Abs. 2 Z 1 ÄrzteG 1998 geschaffen. Vor Aufnahme der Tätigkeit dieser Einrichtungen im Humanbereich reichte eine Meldung an das Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz unter Nachweis der fachlichen Eignung (§ 28c Abs. 1 EpiG idF BGBl. I Nr. 43/2020). Ebenso wie der Begriff „naturwissenschaftliche, insbesondere veterinärmedizinische Einrichtung“ nach § 2 Abs. 2 Z 1 ÄrzteG 1998 gesetzlich nicht näher definiert wird, ist auch der im Zuge der Meldung gemäß § 28c Abs. 1 EpiG zu erbringende Nachweis der fachlichen Eignung durch eine Einrichtung iSd § 2 Abs. 2 Z 1 ÄrzteG 1998 gesetzlich nicht näher geregelt. Im Zusammenhang mit der in Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer eins, ÄrzteG 1998 geschaffenen Ausnahme vom ärztlichen Tätigkeitsvorbehalt für Untersuchungen im Rahmen der Pandemie, die es ermöglicht, zusätzliche labordiagnostische Untersuchungen in entsprechend geeigneten Labors oder Instituten durchzuführen, um den erhöhten Bedarf zu decken, wurde zusätzlich zu der mit dem 2. COVID-19-Gesetz geschaffenen Bestimmung des Paragraph 28 c, EpiG eine weitere Betriebsformzulassung zu COVID-19-Testungen, und zwar die Zulassung von naturwissenschaftlichen, insbesondere veterinärmedizinischen Einrichtungen nach Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer eins, ÄrzteG 1998 geschaffen. Vor Aufnahme der Tätigkeit dieser Einrichtungen im Humanbereich reichte eine Meldung an das Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz unter Nachweis der fachlichen Eignung (Paragraph 28 c, Absatz eins, EpiG in der Fassung , Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 43 aus 2020,). Ebenso wie der Begriff „naturwissenschaftliche, insbesondere veterinärmedizinische Einrichtung“ nach Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer eins, ÄrzteG 1998 gesetzlich nicht näher definiert wird, ist auch der im Zuge der Meldung gemäß Paragraph 28 c, Absatz eins, EpiG zu erbringende Nachweis der fachlichen Eignung durch eine Einrichtung iSd Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer eins, ÄrzteG 1998 gesetzlich nicht näher geregelt.

30

In § 4 Abs. 5 MTD-Gesetz wird allein auf den erfolgreichen Abschluss eines naturwissenschaftlichen oder veterinärmedizinischen Studiums abgestellt. Vor dem Hintergrund des Zwecks der mit dem 2. COVID-19-Gesetz eingeführten Sonderbestimmung, und zwar der Bewältigung der COVID-19-Pandemie, bezieht sich dieser Begriff auf einschlägige naturwissenschaftliche Studien, im Rahmen derer auch Laborwissen und Labormethoden vermittelt

werden, wie beispielsweise Biologie, Pharmazie, aber auch Chemie (vgl. Aktualisierte Information über die Berufsrechte der Gesundheitsberufe im Zusammenhang mit COVID-19-Testungen des Bundesministeriums für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz vom 1. März 2021, Seite 5). Demnach sind Laboratorien, die in diesen einschlägigen Bereichen tätig sind und daher über Mitarbeiter mit solchen erfolgreich absolvierten naturwissenschaftlichen Studien verfügen, als naturwissenschaftliche Einrichtungen iSd § 2 Abs. 2 Z 1 ÄrzteG 1998 zu verstehen. In Paragraph 4, Absatz 5, MTD-Gesetz wird allein auf den erfolgreichen Abschluss eines naturwissenschaftlichen oder veterinärmedizinischen Studiums abgestellt. Vor dem Hintergrund des Zwecks der mit dem 2. COVID-19-Gesetz eingeführten Sonderbestimmung, und zwar der Bewältigung der COVID-19-Pandemie, bezieht sich dieser Begriff auf einschlägige naturwissenschaftliche Studien, im Rahmen derer auch Laborwissen und Labormethoden vermittelt werden, wie beispielsweise Biologie, Pharmazie, aber auch Chemie (vgl. Aktualisierte Information über die Berufsrechte der Gesundheitsberufe im Zusammenhang mit COVID-19-Testungen des Bundesministeriums für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz vom 1. März 2021, Seite 5). Demnach sind Laboratorien, die in diesen einschlägigen Bereichen tätig sind und daher über Mitarbeiter mit solchen erfolgreich absolvierten naturwissenschaftlichen Studien verfügen, als naturwissenschaftliche Einrichtungen iSd Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer eins, ÄrzteG 1998 zu verstehen.

31

Ausgehend davon besteht kein Zweifel daran, dass die beiden Mitglieder der BIEGE, die gemäß § 94 Z 10 GewO 1994 über eine Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Chemischen Laboratorien verfügen, als naturwissenschaftliche Einrichtungen iSd § 2 Abs. 2 Z 1 ÄrzteG 1998 zu qualifizieren sind. Sie wurden auch dementsprechend jeweils als solche Einrichtung gemäß § 28c Abs. 1 EpiG gemeldet und vom Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz gelistet. Ausgehend davon besteht kein Zweifel daran, dass die beiden Mitglieder der BIEGE, die gemäß Paragraph 94, Ziffer 10, GewO 1994 über eine Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Chemischen Laboratorien verfügen, als naturwissenschaftliche Einrichtungen iSd Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer eins, ÄrzteG 1998 zu qualifizieren sind. Sie wurden auch dementsprechend jeweils als solche Einrichtung gemäß Paragraph 28 c, Absatz eins, EpiG gemeldet und vom Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz gelistet.

32

Vorliegend umfassen die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen die Durchführung von molekularbiologischen Tests auf SARS-Cov-2 inkl. Präanalytik sowie den Aufbau und Betrieb von Teststraßen, somit die Durchführung von Untersuchungen iSd § 2 Abs. 2 Z 1 ÄrzteG 1998. Vorliegend umfassen die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen die Durchführung von molekularbiologischen Tests auf SARS-Cov-2 inkl. Präanalytik sowie den Aufbau und Betrieb von Teststraßen, somit die Durchführung von Untersuchungen iSd Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer eins, ÄrzteG 1998.

33

Die P B GmbH und die C D&A GmbH verfügen daher als naturwissenschaftliche Einrichtungen iSd § 2 Abs. 2 Z 1 ÄrzteG 1998 angesichts ihrer Meldung nach § 28c Abs. 1 EpiG, wie auch die beiden übrigen Mitglieder der BIEGE, über die Befugnis zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen. Die P B GmbH und die C D&A GmbH verfügen daher als naturwissenschaftliche Einrichtungen iSd Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer eins, ÄrzteG 1998 angesichts ihrer Meldung nach Paragraph 28 c, Absatz eins, EpiG, wie auch die beiden übrigen Mitglieder der BIEGE, über die Befugnis zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen.

Nachweis der Befugnis iSd Ausschreibungsbestimmungen

34

Die revisionswerbende Partei moniert, die mitbeteiligte BIEGE habe nicht den Nachweis ihrer Befugnis zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen gemäß Punkt 5.2.2 AAB-RV erbracht. Die Ausschreibungsbedingungen seien nach dem objektiven Erklärungswert so auszulegen, dass die Befugnis ausschließlich auf Basis der in Punkt 5.2.2 AAB-RV aufgezählten Nachweise zu prüfen sei. Darüber hinausgehende Nachweise dürften für die Eignungsprüfung nicht herangezogen werden.

Vorliegend werde daher durch die bloße Vorlage eines GISA-Auszugs für die beiden Mitglieder der BIEGE, der P B GmbH und der C D&A GmbH, keine ausreichende Befugnis zur Erbringung humanmedizinischer Laboranalysen dargelegt. Ebenso sei entgegen der Rechtsansicht des Verwaltungsgerichts gemäß der bestandfesten, taxativen Aufzählung in Punkt 5.2.2 AAB-RV kein zulässiger Befugnisnachweis gegeben. Das Verwaltungsgericht hätte die

Befugnis der P B GmbH und der C D&A GmbH nicht auf Basis der Eintragung dieser Unternehmen in die Laborliste des Bundesministeriums für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz prüfen dürfen, weil es sich dabei nicht um einen zulässigen Befugnisnachweis gemäß Punkt 5.2.2 AAB-RV handle.

Da die P B GmbH und die C D&A GmbH über keinen Befugnisnachweis gemäß Punkt 5.2.2 AAB-RV verfügten, hätte das Verwaltungsgericht die Zuschlagsentscheidung in beiden Losen mangels ausreichender Befugnis für nichtig erklären müssen.

35

Die erstmitbeteiligte Partei wendet dagegen ein, die Ausschreibungsunterlagen seien nach näher dargelegter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes im Zweifel gesetzeskonform auszulegen. Demnach seien auch nicht ausdrücklich in den Ausschreibungsunterlagen genannte Berechtigungen für den Nachweis der Befugnis zulässig. Im Übrigen brachten die erstmitbeteiligte Bietergemeinschaft wie auch die zweit- und die drittmittelbeteiligten Parteien in ihren Revisionsbeantwortungen vor, nach der im eignungsrelevanten Zeitpunkt geltenden Rechtslage seien die P B GmbH und die C D&A GmbH zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistung befugt gewesen. Die erstmitbeteiligte Partei habe somit über die für die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen erforderliche Befugnis verfügt.

36

Wie oben dargelegt, verfügten alle Mitglieder der mitbeteiligten BIEGE zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung jeweils über die berufliche Befugnis zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen.

37

Nach dem im angefochtenen Erkenntnis festgestellten Sachverhalt sollten alle vier Mitglieder der BIEGE Laboranalysen durchführen. Gemäß § 151 Abs. 1 iVm § 80 Abs. 4 BVergG 2018 hatte daher jedes Mitglied der BIEGE seine berufliche Befugnis zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen nachzuweisen. Nach dem im angefochtenen Erkenntnis festgestellten Sachverhalt sollten alle vier Mitglieder der BIEGE Laboranalysen durchführen. Gemäß Paragraph 151, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 80, Absatz 4, BVergG 2018 hatte daher jedes Mitglied der BIEGE seine berufliche Befugnis zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen nachzuweisen.

38

Die bestandfeste Festlegung der von den Bietern zu erbringenden Nachweise ihrer beruflichen Befugnis in Punkt 5.2.2 AAB-RV gründet sich auf § 151 Abs. 1 iVm § 80 Abs. 1 Z 1 und Abs. 3, § 81 Abs. 1 BVergG 2018 sowie Anhang IX zum BVergG 2018. Die bestandfeste Festlegung der von den Bietern zu erbringenden Nachweise ihrer beruflichen Befugnis in Punkt 5.2.2 AAB-RV gründet sich auf Paragraph 151, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 80, Absatz eins, Ziffer eins, und Absatz 3,, Paragraph 81, Absatz eins, BVergG 2018 sowie Anhang römisch neun zum BVergG 2018.

39

Diese Festlegung beschränkt die zu erbringenden Nachweise auf vier Möglichkeiten. Deren Wortlaut „Der Unternehmer hat seine Befugnis zur Erbringung der Leistungen durch ... nachzuweisen.“ spricht an sich für eine abschließende Aufzählung der Nachweismöglichkeiten.

40

Bei den ausschreibungsgegenständlichen Leistungen handelt es sich um medizinische Tätigkeiten, für deren Erbringung ein Tätigkeitsvorbehalt besteht (vgl. Wallner, aaO, 241). Zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen waren daher etwa Ärzte (gemäß § 2 Abs. 2 Z 1 ÄrzteG 1998 idF BGBl. I Nr. 16/2020), Biomedizinische AnalytikerInnen (gemäß § 2 Abs. 2 iVm § 1 Z 2 und § 10 Abs. 1 Z 2 MTD-Gesetz) sowie Personen mit einem erfolgreich abgeschlossenen naturwissenschaftlichen oder veterinärmedizinischen Studium (§ 4 Abs. 5 zweiter Satz MTD-Gesetz) und - wie oben dargelegt - naturwissenschaftliche, insbesondere veterinärmedizinische Einrichtungen nach § 2 Abs. 2 Z 1 ÄrzteG 1998 nach Meldung beim Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz unter Nachweis ihrer fachlichen Eignung gemäß § 28c Abs. 1 EpiG idF BGBl. I Nr. 43/2020 befugt. Bei den ausschreibungsgegenständlichen Leistungen handelt es sich um medizinische Tätigkeiten, für deren Erbringung ein Tätigkeitsvorbehalt besteht (vergleiche, Wallner, aaO, 241). Zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen waren daher etwa Ärzte (gemäß Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer eins, ÄrzteG 1998 in der Fassung, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 16 aus 2020,,), Biomedizinische AnalytikerInnen (gemäß Paragraph 2, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph eins, Ziffer 2 und Paragraph 10, Absatz eins, Ziffer 2, MTD-Gesetz) sowie Personen mit

einem erfolgreich abgeschlossenen naturwissenschaftlichen oder veterinärmedizinischen Studium (Paragraph 4, Absatz 5, zweiter Satz MTD-Gesetz) und - wie oben dargelegt - naturwissenschaftliche, insbesondere veterinärmedizinische Einrichtungen nach Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer eins, ÄrzteG 1998 nach Meldung beim Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz unter Nachweis ihrer fachlichen Eignung gemäß Paragraph 28 c, Absatz eins, EpiG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 43 aus 2020, befugt.

41

Von den vier in Punkt 5.2.2 AAB-RV angeführten Möglichkeiten eignen sich daher nur die beiden ersten als Nachweis für die berufliche Befugnis zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen, nämlich eine aufrechte Bewilligung über die Errichtung und den Betrieb einer Krankenanstalt nach dem KAKuG und die Eintragung in die Ärzteliste der österreichischen Ärztekammer. Die beiden übrigen Möglichkeiten, und zwar Vorlage eines Auszugs aus dem GISA oder dem Mitgliederverzeichnis der Wirtschaftskammer eignen sich hingegen nicht für den Nachweis der beruflichen Befugnis. Eine dem Wortlaut folgende Auslegung des Punktes 5.2.2 AAB-RV würde somit zu einer Einschränkung des Bieterkreises auf Ärzte und Krankenanstalten nach dem KAKuG führen.

42

Dies stünde im Widerspruch zu § 80 Abs. 1 zweiter Satz BVergG 2018, nach dem Nachweise nur so weit festgelegt werden dürfen, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Diese Regelung stellt eine Ausprägung des allgemeinen Sachlichkeitsgrundsatzes bzw. des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar. Unter anderem vor den Hintergrund, dass auch die Festlegung der Nachweise der beruflichen Befugnis eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken kann, ist eine solche Festlegung am Sachlichkeitsgebot zu messen (vgl. C. Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmam, Bundesvergabegesetz 2018 - Kommentar [2020], Rz. 20 und 21 zu § 80 mit Hinweis auf die Gesetzesmaterialien RV 69 BlgNR 26. GP 101 sowie auf die noch zur wortidenten Bestimmung des § 70 Abs. 1 zweiter Satz BVergG 2006 ergangene Rechtsprechung, VwGH 20.4.2016, Ra 2015/04/0018; 22.4.2010, 2008/04/0077). Dies stünde im Widerspruch zu Paragraph 80, Absatz eins, zweiter Satz BVergG 2018, nach dem Nachweise nur so weit festgelegt werden dürfen, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Diese Regelung stellt eine Ausprägung des allgemeinen Sachlichkeitsgrundsatzes bzw. des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar. Unter anderem vor den Hintergrund, dass auch die Festlegung der Nachweise der beruflichen Befugnis eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken kann, ist eine solche Festlegung am Sachlichkeitsgebot zu messen vergleiche , C. Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmam, Bundesvergabegesetz 2018 - Kommentar [2020], Rz. 20 und 21 zu Paragraph 80, mit Hinweis auf die Gesetzesmaterialien Regierungsvorlage 69, BlgNR 26. Gesetzgebungsperiode 101, sowie auf die noch zur wortidenten Bestimmung des Paragraph 70, Absatz eins, zweiter Satz BVergG 2006 ergangene Rechtsprechung, VwGH 20.4.2016, Ra 2015/04/0018; 22.4.2010, 2008/04/0077).

43

Insofern ist die Festlegung in Punkt 5.2.2 AAB-RV im Zweifel gesetzeskonform auszulegen (vgl. zur gesetzeskonformen Auslegung von bestandfesten Festlegungen in der Ausschreibung VwGH 1.7.2010, 2007/04/0136, Pkt. 3.2.) und dahin zu lesen, dass sie naturwissenschaftliche Einrichtungen nach § 2 Abs. 2 Z 1 ÄrzteG 1998 als Bieter nicht ausschließt und solchen Einrichtungen den Nachweis ihrer beruflichen Befugnis zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen etwa durch den Nachweis einer Meldung gemäß § 28c Abs. 1 EpiG beim Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz ermöglicht. Insofern ist die Festlegung in Punkt 5.2.2 AAB-RV im Zweifel gesetzeskonform auszulegen vergleiche , zur gesetzeskonformen Auslegung von bestandfesten Festlegungen in der Ausschreibung VwGH 1.7.2010, 2007/04/0136, Pkt. 3.2.) und dahin zu lesen, dass sie naturwissenschaftliche Einrichtungen nach Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer eins, ÄrzteG 1998 als Bieter nicht ausschließt und solchen Einrichtungen den Nachweis ihrer beruflichen Befugnis zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen etwa durch den Nachweis einer Meldung gemäß Paragraph 28 c, Absatz eins, EpiG beim Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz ermöglicht.

44

Dem Einwand der revisionswerbenden Partei eines mangelnden Befugnisnachweises betreffend zweier BIEGE-Mitglieder ist daher nicht zu folgen.

Einwand der mangelnden technischen Leistungsfähigkeit

45

Die revisionswerbende Partei bringt überdies vor, ein durchschnittlicher Bieter müsse bei Anwendung der üblichen Sorgfalt die Anforderungen betreffend die technische Leistungsfähigkeit unter Punkt 5.3.1 AAB-RV derart verstehen,

dass jene „Aufzählungspunkte“, die sich an die „Bieter“ richteten, Bietergemeinschaften in ihrer Gesamtheit betreffen während jene, die sich an „Unternehmer“ richteten, die einzelnen Mitglieder einer Bietergemeinschaft betreffen. Punkt 5.3.1 AAB-RV über das Erfordernis eines Qualitätsmanagements, das alle Anforderungen der ÖNORM-EN ISO 9001 erfülle, beziehe sich daher entgegen der Auslegung des Verwaltungsgerichts nicht auf die Bietergemeinschaft als Ganzes, sodass es ausreiche, wenn nur ein Mitglied über ein entsprechendes Qualitätsmanagement verfüge, sondern auf jedes einzelne Mitglied einer Bietergemeinschaft. Das Erfordernis müsse daher von jedem einzelnen Mitglied erfüllt sein.

46

Demgegenüber wenden die mitbeteiligten Parteien zusammengefasst ein, den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen sei nicht zu entnehmen, dass sich die Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit gemäß Punkt 5.3.1 AAB-RV an jedes Mitglied einer Bietergemeinschaft richten sollten. Jedenfalls sei nach dem Vorbringen der zweit- und drittmittelbeteiligten Parteien die Auslegung der Ausschreibungsunterlagen durch das Verwaltungsgericht nicht grob fehlerhaft und bedürfe daher im Interesse der Rechtssicherheit keiner Korrektur.

47

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Die Auslegung von Erklärungen, wie etwa Ausschreibungsbestimmungen oder Angebotsunterlagen, kann nur dann erfolgreich mit Revision bekämpft werden, wenn dem Verwaltungsgericht eine krasse Fehlbeurteilung unterlaufen wäre (vgl. zu alldem VwGH 28.3.2022, Ro 2019/04/0226, Rn. 31, 32, mwN). Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Die Auslegung von Erklärungen, wie etwa Ausschreibungsbestimmungen oder Angebotsunterlagen, kann nur dann erfolgreich mit Revision bekämpft werden, wenn dem Verwaltungsgericht eine krasse Fehlbeurteilung unterlaufen wäre vergleiche , zu alldem VwGH 28.3.2022, Ro 2019/04/0226, Rn. 31, 32, mwN).

48

Eine derartige Unvertretbarkeit der fallbezogen vorgenommenen Auslegung der bestandfesten Ausschreibungsbestimmung zum Qualitätsmanagementsystem in Rz. 90 der AAB-RV zeigt das Vorbringen der revisionswerbenden Partei nicht auf.

49

Die Bestimmungen zur technischen Leistungsfähigkeit in den AAB-RV enthalten im Gegensatz etwa zur Rz. 106 betreffend die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, wonach bei Bietergemeinschaften für den nachzuweisenden durchschnittlichen Gesamtjahresumsatz der kumulierte Umsatz gilt, keine speziellen Regelungen für Bietergemeinschaften. Demnach ist auch in Bezug auf das Qualitätsmanagementsystem nicht ausdrücklich geregelt, ob jedes Mitglied oder bloß ein Mitglied einer Bietergemeinschaft über das geforderte Qualitätsmanagementsystem zu verfügen und dieses nachzuweisen hat.

50

Allein aus dem Hinweis der revisionswerbenden Partei, dass in der Aufzählung der insgesamt fünf technischen Leistungsmerkmale für den Leistungsteil Laboranalyse/Screeningmaßnahmen ausschließlich für das Merkmal Qualitätsmanagementsystem der Begriff „Unternehmer“ verwendet wird, ansonsten hingegen immer der Begriff „Bieter“, ist für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter noch nicht unbedingt darauf zu schließen, dass das Merkmal Qualitätsmanagementsystem von jedem Mitglied einer Bietergemeinschaft zu erfüllen ist, betreffend die übrigen Merkmale es hingegen ausreicht, wenn diese zumindest von einem einzigen Mitglied nachgewiesen werden können. Die beiden Begriffe „Unternehmer“ und „Bieter“ werden in den AAB-RV nicht näher definiert. Vielmehr wird die Funktion „Bieter“ in den unterschiedlichen Bestimmungen der AAB-RV nicht nur mit dem Begriff „Bieter“, sondern auch mit dem Begriff „Unternehmer“ bezeichnet. Dies ist nicht zuletzt auch in den Bestimmungen zur technischen Leistungsfähigkeit der Fall. So bezieht sich die dieses Kapitel einleitende Rz. 87 auf den einzelnen Bieter, worunter auch eine Bietergemeinschaft zu verstehen ist, verwendet jedoch, wie auch die Bestimmung zum Qualitätsmanagementsystem, den Begriff „Unternehmer“.

51

Die Auslegung der Bestimmung über das technische Merkmal Qualitätsmanagementsystem durch das Verwaltungsgericht, dass mit dem Begriff „Unternehmer“ der Bieter an sich und somit die Bietergemeinschaft und

nicht jedes einzelne Mitglied einer Bietergemeinschaft gemeint ist, weshalb es ausreicht, wenn nur ein Mitglied über dieses Merkmal verfügt und dies nachweist, ist daher nicht krass fehlerhaft und damit nicht korrekturbedürftig.

Unterlassene Angebotsprüfung

52

Die revisionswerbende Partei bringt überdies vor, die Auftraggeberin habe die technische Leistungsfähigkeit der erstmitbeteiligten Partei, insbesondere in Bezug auf den zu erbringenden Nachweis über die Teilnahme an einem Ringversuch gemäß Punkt 5.3.1 AAB-RV, nicht geprüft. Vielmehr habe das Verwaltungsgericht erstmals die von der Auftraggeberin gänzlich unterlassene Angebotsprüfung betreffend die technische Leistungsfähigkeit der erstmitbeteiligten Partei durch Vorlage von Ringversuchsnachweisen dreier Mitglieder der BIEGE vorgenommen. Vor Abschluss der Rahmenvereinbarung mit der erstmitbeteiligten Partei habe kein einziges Mitglied der BIEGE einen Nachweis über die Teilnahme an einem Ringversuch vorgelegt. Vor dem Hintergrund des insofern rechtswidrigen Abschlusses der Rahmenvereinbarung mit der erstmitbeteiligten Partei seien auch sämtliche nachfolgenden Zuschlagsentscheidungen zu ihren Gunsten auf Basis dieser Rahmenvereinbarung vergaberechtswidrig.

53

Die mitbeteiligten Parteien wenden dagegen zusammengefasst ein, die Auftraggeberin habe sehr wohl in beiden erneuten Aufrufen zum Wettbewerb eine Angebotsprüfung sowie eine Angemessenheitsprüfung vorgenommen. Das Verwaltungsgericht habe daher die Angebotsprüfung nicht nachgeholt. Im Übrigen habe das allfällige Fehlen der Vorlage eines im eignungsrelevanten Zeitpunkt bereits vorliegenden Nachweises zur Teilnahme an einem Ringversuch vor Abschluss der Rahmenvereinbarung jedenfalls keinen wesentlichen Einfluss auf das Vergabeverfahren gehabt. In den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen finde sich keine Festlegung, dass die Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit bei sonstigem Vorliegen eines unbehebbar Angebotsmangels bereits mit dem Angebot vorzulegen gewesen wären. Da sich der Bieter in einem solchen Fall zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit im Angebot auf die Eigenerklärung berufen und bei der Abgabe eines Angebots auf die Vorlage von Eignungsnachweisen verzichten könne, liege kein Angebotsmangel vor. Dieser bestünde erst dann, wenn die Auftraggeberin den Bieter zur Vorlage der Nachreichung der fehlenden Eignungsnachweise aufgefordert hätte und der Bieter dieser Aufforderung nicht nachgekommen wäre. Vorliegend seien die erforderlichen Nachweise jedenfalls unverzüglich im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens vorgelegt worden. Aus den Nachweisen ergebe sich, dass die erstmitbeteiligte Partei darüber bereits im eignungsrelevanten Zeitpunkt verfügt habe.

Dazu ist Folgendes auszuführen:

54

Eine rechtswidrige Zuschlagsentscheidung ist gemäß § 347 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 dann für nichtig zu erklären, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Eine rechtswidrige Zuschlagsentscheidung ist gemäß Paragraph 347, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2018 dann für nichtig zu erklären, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

55

Durch die nach § 151 Abs. 1 BVergG 2018 vorliegend anwendbare Regelung des § 347 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 soll sichergestellt werden, dass nur Rechtsverstöße, die ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens bewirken können, eine Nichtigerklärung einer Auftraggeberentscheidung rechtfertigen. Im Zusammenhang mit der Eignung eines Bieters hat der Verwaltungsgerichtshof festgehalten, dass eine unterlassene oder mangelhaft durchgeführte Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit dann keinen wesentlichen Einfluss auf das Vergabeverfahren hat, wenn der präsumtive Zuschlagsempfänger ohnehin technisch leistungsfähig ist (vgl. VwGH 30.1.2019, Ra 2018/04/0001, 0002, Rn. 12; 21.4.2004, 2004/04/0016). Durch die nach Paragraph 151, Absatz eins, BVergG 2018 vorliegend anwendbare Regelung des Paragraph 347, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2018 soll sichergestellt werden, dass nur Rechtsverstöße, die ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens bewirken können, eine Nichtigerklärung einer Auftraggeberentscheidung rechtfertigen. Im Zusammenhang mit der Eignung eines Bieters hat der Verwaltungsgerichtshof festgehalten, dass eine unterlassene oder mangelhaft durchgeführte Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit dann keinen wesentlichen Einfluss auf das Vergabeverfahren hat, wenn der präsumtive Zuschlagsempfänger ohnehin technisch leistungsfähig ist (vergleiche, VwGH 30.1.2019, Ra 2018/04/0001, 0002, Rn. 12; 21.4.2004, 2004/04/0016).

56

Die von der revisionswerbenden Partei behauptete unterlassene Angebotsprüfung begründet somit nicht bereits von sich aus die Nichtigerklärung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung.

57

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind Angebotsmängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaeren Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessert würde. Im Hinblick auf vorzulegende Nachweise ist zu unterscheiden, ob im maßgeblichen Zeitpunkt der nachzuweisende Umstand (etwa die Leistungsfähigkeit als solche) fehlt (in diesem Fall liegt ein unbehebbarer Mangel vor), oder ob es bloß am Nachweis des im maßgeblichen Zeitpunkt an sich bereits bestehenden Umstandes mangelt (im letztgenannten Fall handelt es sich um einen behebbaren Mangel) (vgl. VwGH 12.5.2011, 2008/04/0087, Pkt. II. 2., mwN). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind Angebotsmängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaeren Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessert würde. Im Hinblick auf vorzulegende Nachweise ist zu unterscheiden, ob im maßgeblichen Zeitpunkt der nachzuweisende Umstand (etwa die Leistungsfähigkeit als solche) fehlt (in diesem Fall liegt ein unbehebbarer Mangel vor), oder ob es bloß am Nachweis des im maßgeblichen Zeitpunkt an sich bereits bestehenden Umstandes mangelt (im letztgenannten Fall handelt es sich um einen behebbaren Mangel) vergleiche , VwGH 12.5.2011, 2008/04/0087, Pkt. römisch zwei. 2., mwN).

58

Nach den von der revisionswerbenden Partei unbekämpft gebliebenen bestandfesten Ausschreibungsbedingungen (Punkt 5.3 AAB-RV Technische Leistungsfähigkeit Rz. 90) hatte die erstmitbeteiligte Bietergemeinschaft mit ihrem Angebot mindestens eine Bestätigung für eine erfolgreiche Teilnahme an einem Ringversuch vorzulegen. Sie legte im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens insgesamt drei Ringversuchsbestätigungen vor, denen zufolge zumindest ein Mitglied der BIEGE zum vorliegend maßgeblichen Zeitpunkt des Endes der Angebotsfrist an einem Ringversuch erfolgreich teilgenommen hatte. Die BIEGE hatte damit dieses Erfordernis der technischen Leistungsfähigkeit zum maßgeblichen Zeitpunkt entsprechend der bestandfesten Ausschreibungsbedingungen erfüllt und bloß nicht nachgewiesen. Insofern lag lediglich ein behebbarer Mangel vor. Mit der Vorlage des Nachweises im Nachprüfungsverfahren hat die BIEGE daher ihr Angebot inhaltlich nicht nachträglich geändert und ihre Wettbewerbsstellung gegenüber den anderen Mitbieterinnen nicht materiell verbessert.

59

Zwar kann ein Mangel, auch wenn er für sich gesehen verbesserbar wäre, nicht (etwa durch nachträgliche Vorlage des Nachweises) verbessert werden, wenn das Fehlen der Bescheinigung in der bestandfest gewordenen Ausschreibung als unbehebbarer Mangel festgelegt worden ist (vgl. etwa VwGH 1.8.2022, Ra 2021/04/0102, Rn. 13, mwN). Zwar kann ein Mangel, auch wenn er für sich gesehen verbesserbar wäre, nicht (etwa durch nachträgliche Vorlage des Nachweises) verbessert werden, wenn das Fehlen der Bescheinigung in der bestandfest gewordenen Ausschreibung als unbehebbarer Mangel festgelegt worden ist vergleiche , etwa VwGH 1.8.2022, Ra 2021/04/0102, Rn. 13, mwN).

60

Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall. Gemäß Punkt 5.3.2 AAB-RV hat der Bieter zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit mit dem Angebot unter anderem die Bestätigung einer erfolgreichen Teilnahme der Ringversuchsorganisation vorzulegen. In den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen war jedoch nicht festgelegt, dass das Fehlen eines solchen Nachweises im Angebot zum Ausschluss des Bieters führt.

61

Der Einwand der revisionswerbenden Partei erweist sich daher als unbegründet.

Sonstiges

62

Schließlich moniert die revisionswerbende Partei, das angefochtene Erkenntnis weiche von näher genannter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Begründungspflicht gemäß § 17 VwGVG iVm §§ 58 und 60 AVG ab, der zufolge in der Begründung die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, die für die Beweiswürdigung maßgeblichen Erwägungen sowie die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage klar und übersichtlich zusammenzufassen sind. Damit zeigt die revisionswerbende Partei jedoch keinen wesentlichen Begründungsmangel auf. Es ist nämlich nicht ersichtlich, dass das angefochtene Erkenntnis eine Trennung in Tatsachenfeststellungen, Beweiswürdigung und rechtliche Beurteilung in einer solchen Art und Weise vermissen lässt, dass die Rechtsverfolgung durch die Partei über

die nachprüfende Kontrolle durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts dadurch maßgeblich beeinträchtigt wäre. Schließlich moniert die revisionswerbende Partei, das angefochtene Erkenntnis weiche von näher genannter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Begründungspflicht gemäß Paragraph 17, VwGGV in Verbindung mit Paragraphen 58, und 60 AVG ab, der zufolge in der Begründung die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, die für die Beweiswürdigung maßgeblichen Erwägungen sowie die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage klar und übersichtlich zusammenzufassen sind. Damit zeigt die revisionswerbende Partei jedoch keinen wesentlichen Begründungsmangel auf. Es ist nämlich nicht ersichtlich, dass das angefochtene Erkenntnis eine Trennung in Tatsachenfeststellungen, Beweiswürdigung und rechtliche Beurteilung in einer solchen Art und Weise vermissen lässt, dass die Rechtsverfolgung durch die Partei über die nachprüfende Kontrolle durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts dadurch maßgeblich beeinträchtigt wäre.

Ergebnis

63

Ausgehend davon war die Revision gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen. Ausgehend davon war die Revision gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG als unbegründet abzuweisen.

64

Von der Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 6 VwGG abgesehen werden, zumal der für die gegenständliche Frage relevante Sachverhalt geklärt ist und ausschließlich Rechtsfragen zu lösen waren sowie das Verwaltungsgericht - ein Tribunal im Sinn des Art. 6 EMRK - bereits eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt hat. Von der Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß Paragraph 39, Absatz 2, Ziffer 6, VwGG abgesehen werden, zumal der für die gegenständliche Frage relevante Sachverhalt geklärt ist und ausschließlich Rechtsfragen zu lösen waren sowie das Verwaltungsgericht - ein Tribunal im Sinn des Artikel 6, EMRK - bereits eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt hat.

65

Die Entscheidung über den Aufwandsersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsersatzverordnung 2014. Neben dem Pauschalbetrag für Schriftsatzaufwand sind Kosten aus dem Titel der Umsatzsteuer nicht zuzusprechen (vgl. etwa VwGH 8.9.2021, Ra 2018/04/0191, 0192, Rn. 20, mwN). Insofern war das Mehrbegehren der erstmitbeteiligten Partei für den Schriftsatzaufwand der Revisionsbeantwortung abzuweisen. Die Entscheidung über den Aufwandsersatz beruht auf den Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsersatzverordnung 2014. Neben dem Pauschalbetrag für Schriftsatzaufwand sind Kosten aus dem Titel der Umsatzsteuer nicht zuzusprechen (vergleiche, etwa VwGH 8.9.2021, Ra 2018/04/0191, 0192, Rn. 20, mwN). Insofern war das Mehrbegehren der erstmitbeteiligten Partei für den Schriftsatzaufwand der Revisionsbeantwortung abzuweisen.

Wien, am 20. August 2025

Schlagworte

Auslegung Anwendung der Auslegungsmethoden Verhältnis der wörtlichen Auslegung zur teleologischen und historischen Auslegung Bedeutung der Gesetzesmaterialien VwRallg3/2/2 Auslegung unbestimmter Begriffe VwRallg3/4

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2025:RA2022040050.L00

Im RIS seit

16.09.2025

Zuletzt aktualisiert am

30.06.2026

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at