jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Bvwg Erkenntnis 2021/11/24 W134 2246902-2

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 24.11.2021

Entscheidungsdatum

24.11.2021

Norm

ÄrzteG 1998 §2
BVergG 2018 §141 Abs1
BVergG 2018 §151
BVergG 2018 §20 Abs1
BVergG 2018 §327
BVergG 2018 §328 Abs1
BVergG 2018 §342
BVergG 2018 §347 Abs1
B-VG Art133 Abs4
VwGVG §24 Abs1
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2

Spruch

W134 2246891-2/36E

W134 2246902-2/36E

W134 2246914-2/32E

W134 2246918-2/32E

W134 2246952-2/34E

W134 2246959-2/34E

W134 2246891-3/2E

W134 2246902-3/2E

W134 2246914-3/2E

W134 2246918-3/2E

W134 2246952-3/2E
W134 2246959-3/2E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

I. (Erstantragstellerin XXXX)

1.

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Dr. LL.M. Adriane Kaufmann als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Barbara Seelos als fachkundige Laienrichterin der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren „EAW SARS-Cov-2 (Covid-19) PCR-Testungen BMBWF – West, GZ 5391.03974“ der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Bildung, Wissenschaft und Forschung, vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, alle vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund des Antrages der Erstantragstellerin XXXX , vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schubertring 6, 1010 Wien, vom 01.10.2021 in den gemäß § 342 Abs 4 BVergG 2018 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbundenen Rechtssachen nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 04.11.2021 zu Recht erkannt:

A)

Der Antrag „die gegenständlich angefochtene Zuschlagssentscheidung vom 21.9.2021 für nichtig zu erklären“ wird gemäß § 342 BVergG 2018 abgewiesen.

B)

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

2.

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Dr. LL.M. Adriane Kaufmann als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Barbara Seelos als fachkundige Laienrichterin der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren „EAW SARS-Cov-2 (Covid-19) PCR-Testungen BMBWF – Ost, GZ 5391.03973“ der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Bildung, Wissenschaft und Forschung, vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, alle vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund des Antrages der Erstantragstellerin XXXX , vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schubertring 6, 1010 Wien, vom 01.10.2021 in den gemäß § 342 Abs 4 BVergG 2018 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbundenen Rechtssachen nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 04.11.2021 zu Recht erkannt:

A)

Der Antrag „die gegenständlich angefochtene Zuschlagssentscheidung vom 21.9.2021 für nichtig zu erklären“ wird gemäß § 342 BVergG 2018 abgewiesen.

B)

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

3.

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber betreffend das Vergabeverfahren „EAW SARS-Cov-2 (Covid-19) PCR-Testungen BMBWF – West, GZ 5391.03974“ der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Bildung, Wissenschaft und Forschung, vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, alle vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund des Antrages der Erstantragstellerin XXXX , vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schubertring 6, 1010 Wien, vom 01.10.2021 gerichtet auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren folgenden Beschluss:

A)

Der Antrag gerichtet auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin wird abgewiesen.

B)

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

4.

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber betreffend das Vergabeverfahren „EAW SARS-Cov-2 (Covid-19) PCR-Testungen BMBWF – Ost, GZ 5391.03973“ der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Bildung, Wissenschaft und Forschung, vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, alle vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund des Antrages der Erstantragstellerin XXXX , vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schubertring 6, 1010 Wien, vom 01.10.2021 gerichtet auf Ersatz der Pauschalgebühren folgenden Beschluss:

A)

Der Antrag gerichtet auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin wird abgewiesen.

B)

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

II. (Zweitantragstellerin XXXX)

1.

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Dr. LL.M. Adriane Kaufmann als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Barbara Seelos als fachkundige Laienrichterin der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren „EAW SARS-Cov-2 (Covid-19) PCR-Testungen BMBWF – Ost, GZ 5391.03973“ der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Bildung, Wissenschaft und Forschung, vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, alle vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund des Antrages der Zweitantragstellerin XXXX , vertreten durch Haslinger/ Nagele Rechtsanwälte GmbH, Mölker Bastei 5, 1010 Wien, vom 01.10.2021 in den gemäß § 342 Abs 4 BVergG 2018 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbundenen Rechtssachen nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 04.11.2021 zu Recht erkannt:

A)

Der Antrag, das BVwG möge „die Entscheidung des Auftraggebers, im gegenständlichen Vergabeverfahren der Bietergemeinschaft bestehend aus der XXXX , den Zuschlag erteilen zu wollen, für nichtig erklären“ wird gemäß § 342 BVergG 2018 abgewiesen.

B)

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

2.

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Dr. LL.M. Adriane Kaufmann als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Barbara Seelos als fachkundige Laienrichterin der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren „EAW SARS-Cov-2 (Covid-19) PCR-Testungen BMBWF – West, GZ 5391.03974“ der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Bildung, Wissenschaft und Forschung, vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, alle vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund des Antrages der Zweitantragstellerin XXXX , vertreten durch Haslinger/ Nagele Rechtsanwälte GmbH, Mölker Bastei 5, 1010 Wien, vom 01.10.2021 in den gemäß § 342 Abs 4 BVergG 2018 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbundenen Rechtssachen nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 04.11.2021 zu Recht erkannt:

A)

Der Antrag, das BVwG möge „die Entscheidung des Auftraggebers, im gegenständlichen Vergabeverfahren der Bietergemeinschaft bestehend aus der XXXX , den Zuschlag erteilen zu wollen, für nichtig erklären“ wird gemäß § 342 BVergG 2018 abgewiesen.

B)

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

3.

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber betreffend das Vergabeverfahren „EAW SARS-Cov-2 (Covid-19) PCR-Testungen BMBWF – Ost, GZ 5391.03973“ der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Bildung, Wissenschaft und Forschung, vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, alle vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund des Antrages der Zweitantragstellerin XXXX , vertreten durch Haslinger/ Nagele Rechtsanwälte GmbH, Mölker Bastei 5, 1010 Wien, vom 01.10.2021 gerichtet auf Ersatz der Pauschalgebühren folgenden Beschluss:

A)

Der Antrag gerichtet auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin wird abgewiesen.

B)

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

4.

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber betreffend das Vergabeverfahren „EAW SARS-Cov-2 (Covid-19) PCR-Testungen BMBWF – West, GZ 5391.03974“ der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Bildung, Wissenschaft und Forschung, vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, alle vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund des Antrages der Zweitantragstellerin XXXX , vertreten durch Haslinger/ Nagele Rechtsanwälte GmbH, Mölker Bastei 5, 1010 Wien, vom 01.10.2021 gerichtet auf Ersatz der Pauschalgebühren folgenden Beschluss:

A)

Der Antrag gerichtet auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin wird abgewiesen.

B)

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

III. (Drittantragstellerin XXXX)

1.

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Dr. LL.M. Adriane Kaufmann als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Barbara Seelos als fachkundige Laienrichterin der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren „EAW SARS-Cov-2 (Covid-19) PCR-Testungen BMBWF – Ost, GZ 5391.03973“ der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Bildung, Wissenschaft und Forschung, vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, alle vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund des Antrages der Drittantragstellerin Bietergemeinschaft bestehend aus 1. XXXX , vertreten durch Breitenfeld Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Marc-Aurel-Straße 6, 1010 Wien, ohne Datum, in den gemäß § 342 Abs 4 BVergG 2018 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbundenen Rechtssachen nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 04.11.2021 zu Recht erkannt:

A)

Der Antrag, das BVwG möge die Zuschlagsentscheidung „für PCR Testungen an den Schulen Österreichs-Ost BBG-GZ. 5391.03973 [...] vom 21.09.2021 für nichtig erklären“ wird gemäß § 342 BVergG 2018 abgewiesen.

B)

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

2.

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Dr. LL.M. Adriane Kaufmann als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Barbara Seelos als fachkundige Laienrichterin der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren „EAW SARS-Cov-2 (Covid-19) PCR-Testungen BMBWF – West, GZ 5391.03974“ der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Bildung,

Wissenschaft und Forschung, vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, alle vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund des Antrages der Drittantragstellerin Bietergemeinschaft bestehend aus 1. XXXX , vertreten durch Breitenfeld Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Marc-Aurel-Straße 6, 1010 Wien, ohne Datum, in den gemäß § 342 Abs 4 BVergG 2018 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbundenen Rechtssachen nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 04.11.2021 zu Recht erkannt:

A)

Der Antrag, das BVwG möge die Zuschlagsentscheidung „für PCR Testungen an den Schulen Österreichs-West BBG-GZ. 5391.03974 vom 21.09.2021 für nichtig erklären" wird gemäß § 342 BVergG 2018 abgewiesen.

B)

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

3.

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber betreffend das Vergabeverfahren „EAW SARS-Cov-2 (Covid-19) PCR-Testungen BMBWF – Ost, GZ 5391.03973" der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Bildung, Wissenschaft und Forschung, vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, alle vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund des Antrages der Drittantragstellerin Bietergemeinschaft bestehend aus 1. XXXX , vertreten durch Breitenfeld Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Marc-Aurel-Straße 6, 1010 Wien, ohne Datum, gerichtet auf Ersatz der Pauschalgebühren folgenden Beschluss:

A)

Der Antrag gerichtet auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin wird abgewiesen.

B)

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

4.

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber betreffend das Vergabeverfahren „EAW SARS-Cov-2 (Covid-19) PCR-Testungen BMBWF – West, GZ 5391.03974" der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Bildung, Wissenschaft und Forschung, vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, alle vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund des Antrages der Drittantragstellerin Bietergemeinschaft bestehend aus 1. XXXX , vertreten durch Breitenfeld Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Marc-Aurel-Straße 6, 1010 Wien, ohne Datum, gerichtet auf Ersatz der Pauschalgebühren folgenden Beschluss:

A)

Der Antrag gerichtet auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin wird abgewiesen.

B)

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

Text

Entscheidungsgründe:

I. Vorbringen der Parteien:

1. Erstantragstellerin XXXX

Mit den beiden Schreiben vom 01.10.2021, beim BVwG eingebracht am gleichen Tag, begehrte die Erstantragstellerin jeweils ein Nachprüfungsverfahren im Verfahren EAW SARS-Cov-2 (Covid-19) PCR-Testungen BMBWF – Ost, GZ 5391.03973 und im Verfahren EAW SARS-Cov-2 (Covid-19) PCR-Testungen BMBWF – West, GZ 5391.03974 einzuleiten, die jeweils angefochtene Zuschlagsentscheidungen vom 21.09.2021 für nichtig zu erklären, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht, den Ersatz der jeweils entrichteten Pauschalgebühren und die Erlassung von einstweiligen Verfügungen.

Begründend wurde von der Erstantragstellerin zu den jeweiligen Verfahren im wesentlichen gleichlautend Folgendes ausgeführt:

Die Auftraggeberin habe ein Verfahren gemäß § 151 BVergG (in Anlehnung an ein offenes Verfahren) zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung im Oberschwellenbereich betreffend "SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen" zur GZ 5301.03891 durchgeführt. Mit Schreiben vom 07.08.2021 habe die Auftraggeberin die Rahmenvereinbarung mit der Erstantragstellerin abgeschlossen. Auf Basis der Rahmenvereinbarung habe die Auftraggeberin am 24.08.2021 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 und Wien) und "PCR-Testungen an den Schulen Österreichs – West“ für die Region West (Kärnten, Oberösterreich, Salzburg, Steiermark, Tirol und Vorarlberg) eingeleitet. Mit Schreiben vom 21.09.2021 sei der Erstantragstellerin in beiden Verfahren jeweils die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin zu Gunsten der XXXX über die Vergabeplattform bereitgestellt worden.

Zur Rechtswidrigkeit der beiden Entscheidungen gab die Erstantragstellerin gleichlautend zusammengefasst Folgendes an:

1. Mangelnde Befugnis XXXX : Die XXXX verfüge lediglich über eine gewerberechtliche Befugnis als chemisches Laboratorium und dürfe folglich keine humanmedizinischen Analysen und darauf aufbauende Befundungen durchführen.

2. Mangelnde Befugnis XXXX : Die XXXX verfüge ebenfalls nur über eine Gewerbeberechtigung als chemisches Laboratorium und sei bereits aus diesem Grund nicht zur Erbringung von PCR-Analysen und deren Befundung zum Nachweis von SARS CoV-2-Erregern befugt. Im Sinne der bestandfesten Festlegungen zu den zulässigen Befugnisnachweisen sei die XXXX als Einrichtung zur Durchführung von genetischen Analysen, die über keinen derartigen Nachweis verfüge, nicht geeignet, die gegenständlichen Leistungen zu erbringen.

3. Zweck der Bietergemeinschaft dürfe nicht rechtswidrig sein: Nach der stRsp der Vergabekontrollbehörden dürfe der Zweck einer Bietergemeinschaft nicht rechtswidrig sein, also weder gegen gesetzliche Verbote noch gegen die guten Sitten verstoßen.

Gemäß dem Unternehmensgegenstand des XXXX -Mitglieds XXXX , wie sich dieser aus deren Gesellschaftsvertrag ergebe, sei diese ausdrücklich auf Gemeinnützigkeit und "keinesfalls auf Gewinnerzielung" ausgerichtet. Gegen diese Festlegung verstoße das Unternehmen gegenständlich jedoch offensichtlich, da nicht anzunehmen sei, dass die XXXX Preise ohne Gewinnaufschlag angeboten habe. Dies schon deshalb, da die übrigen Mitglieder der Bietergemeinschaft sehr wohl auf die Erzielung von Gewinnen ausgerichtet seien. Darüber hinaus sei das gegenständliche Leistungsbild auch nicht von den im Gesellschaftsvertrag der XXXX ausdrücklich und taxativ aufgezählten Tätigkeiten gedeckt. Der Zweck der XXXX sei dementsprechend aufgrund einer Gesellschaftsrechtsverletzung vertrags- und damit rechtswidrig, weshalb auch aus diesem Grund die Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten rechtswidrig sei.

Die Erstantragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, es drohe ihr ein Schaden und ihre Rechte würden verletzt.

2. (Zweitantragstellerin XXXX)

Mit den beiden Schreiben vom 01.10.2021, beim BVwG eingebracht am gleichen Tag, begehrte die Zweitantragstellerin jeweils ein Nachprüfungsverfahren im Verfahren EAW SARS-Cov-2 (Covid-19) PCR-Testungen BMBWF – Ost, GZ 5391.03973 und im Verfahren EAW SARS-Cov-2 (Covid-19) PCR-Testungen BMBWF – West, GZ 5391.03974 einzuleiten, die jeweils angefochtene Zuschlagsentscheidungen vom 21.09.2021 für nichtig zu erklären, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, den Ersatz der jeweils entrichteten Pauschalgebühren und die Erlassung von einstweiligen Verfügungen.

Begründend wurde von der Zweitantragstellerin zu den jeweiligen Verfahren im wesentlichen gleichlautend Folgendes ausgeführt:

Die Auftraggeberin habe ein Verfahren gemäß § 151 BVergG (in Anlehnung an ein offenes Verfahren) zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung im Oberschwellenbereich betreffend "SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen" zur GZ 5301.03891 durchgeführt. Mit Schreiben vom 07.08.2021 habe die Auftraggeberin die Rahmenvereinbarung mit der Zweitantragstellerin abgeschlossen. Auf Basis der Rahmenvereinbarung habe 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 und Wien) und "PCR-Testungen an den Schulen Österreichs – West“ für die Region West (Kärnten, Oberösterreich, Salzburg, Steiermark, Tirol und Vorarlberg) eingeleitet. Mit Schreiben vom 21.09.2021 sei der Zweitantragstellerin in den jeweiligen Verfahren die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin zu Gunsten der XXXX über die Vergabeplattform bereitgestellt worden.

Zur Rechtswidrigkeit der beiden Entscheidungen gab die Zweitantragstellerin gleichlautend zusammengefasst Folgendes an:

1. Fehlende Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin: Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei nicht geeignet, die ausgeschriebene Leistung zu erbringen, da sie nicht über die technische Leistungsfähigkeit iSd notwendigen Infrastruktur und Ressourcen zur Erbringung des Auftrags verfüge. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge weder über die erforderlichen Mitarbeiter noch über ausreichend Roboter.

2. Ausschreibungswidrigkeit des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin: Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge nicht über die notwendigen Ressourcen, um die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen erbringen zu können. Das bereitgestellte Material müsse für Kinder ab 6 Jahren zur selbstständigen Probenabnahme geeignet sein. Das sei beim von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Testkit nicht der Fall, weil es im Probenröhrchen giftige Salze enthalte, die das Virus inaktivieren sollen. Bei einer falschen Verwendung komme die Testperson mit diesen giftigen Salzen in Kontakt. Die Eignung zur selbständigen Probenahme für Kinder ab 6 Jahren sei damit nicht gegeben. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin widerspreche somit auch den Ausschreibungskriterien und sei daher auszuscheiden.

3. Fehlende Eignung der zweitgereihten Bieterin: Auch die zweitgereihte Bieterin sei nicht in der Lage, das durch die Ausschreibung vorgegebene Mengengerüst zu erfüllen, da sie nicht über das erforderliche Personal oder die notwendigen Laborgeräte verfüge. Die zweitgereihte Bieterin sei zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen sohin nicht geeignet.

4. Ausschreibungswidrigkeit des Angebots der zweitgereihten Bieterin: Die in der Ausschreibung geforderte eindeutige Feststellung des Probanden sei durch das System der zweitgereihten Bieterin nicht erzielbar.

Die Zweitantragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, es drohe ihr ein Schaden und ihre Rechte würden verletzt.

3. (Drittantragstellerin XXXX)

Mit Schreiben ohne Datum, beim BVwG eingebracht 01.10.2021, begehrte die Drittantragstellerin jeweils ein Nachprüfungsverfahren im Verfahren EAW SARS-Cov-2 (Covid-19) PCR-Testungen BMBWF – Ost, GZ 5391.03973 und im Verfahren EAW SARS-Cov-2 (Covid-19) PCR-Testungen BMBWF – West, GZ 5391.03974 einzuleiten, die jeweils angefochtene Zuschlagsentscheidungen vom 21.09.2021 für nichtig zu erklären, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht, den Ersatz der jeweils entrichteten Pauschalgebühren und die Erlassung von einstweiligen Verfügungen.

Begründend wurde von der Drittantragstellerin zu den jeweiligen Verfahren gleichlautend Folgendes ausgeführt:

Die Auftraggeberin habe ein Verfahren gemäß § 151 BVergG (in Anlehnung an ein offenes Verfahren) zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung im Oberschwellenbereich betreffend "SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen" zur GZ 5301.03891 durchgeführt. Mit Schreiben vom 07.08.2021 habe die Auftraggeberin die Rahmenvereinbarung mit der Drittantragstellerin abgeschlossen. Auf Basis der Rahmenvereinbarung habe die Auftraggeberin am 24.08.2021 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 und Wien) und – West für die Region West (Kärnten, Oberösterreich, Salzburg, Steiermark, Tirol und Vorarlberg) eingeleitet. Mit Schreiben vom 21.09.2021 sei der Drittantragstellerin in den jeweiligen Verfahren die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin zu Gunsten der XXXX über die Vergabeplattform bereitgestellt worden.

Zur Rechtswidrigkeit der beiden Entscheidungen gab die Drittantragstellerin gleichlautend zusammengefasst Folgendes an:

1. Mangelhafte Zuschlagsentscheidung: Der Drittantragstellerin sei das Angebotsöffnungsprotokolls nicht übermittelt worden, weshalb unklar sei, ob das Angebot der Drittantragstellerin an zweiter, dritter oder vierter Stelle gereiht sei. Die Zuschlagsentscheidungen seien daher schon deshalb mangelhaft, weil die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidungen nicht ausreichend begründe.

2. Keine vertiefte Angebotsprüfung (inkl Preisprüfung): Die Auftraggeberin habe es unterlassen eine vertiefte Angebotsprüfung für die Regionen Ost und West durchzuführen. Wäre eine solche durchgeführt worden, hätte die Auftraggeberin erkennen müssen, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für die Regionen Ost und West eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweise und die Angebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für beide Regionen wegen einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises gemäß § 141 Abs 1 Z 3 BVergG 2018 zwingend ausscheiden müssen.

3. Zum Ausscheiden der der ASt vorgereihten Angebote: Sämtliche Angebote der der Drittantragstellerin vorgereihten Bieter seien auszuscheiden. XXXX verfüge nicht über genügend erfahrenes Personal oder die erforderliche Anzahl an Geräten, um den in den Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen festgelegten Leistungsumfang zu erfüllen. Im Übrigen stelle der Prozess von XXXX nicht sicher, dass die Identität der getesteten Personen nachgewiesen und eindeutig bestimmten Proben zugeordnet werden würden.

4. Zum Ausscheiden des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin: Die präsumitve Zuschlagsempfängerin verfüge weder über die erforderliche Anzahl an Mitarbeitern noch über die erforderliche technische Ausstattung. Darüber hinaus bestünden bei den von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin verwendeten Plastikröhrchen Lieferengpässe. Des Weiteren könne die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihre zurzeit verwendeten Gurgelsets für die gegenständlichen Ausschreibungen für Ost und West nicht einsetzen, da diese Gurgeltests in keine Roboter passen würden und nicht verfügbar seien. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe Probensets in Verwendung, die giftige Komponenten aufweisen würden. Die Verwendung solcher Probesets widerspreche den bestandsfesten Ausschreibungsfestlegungen, wonach die Probesets auch für Kinder unter sechs Jahre zu selbständigen Probennahme geeignet sein müssten. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei nicht befugt, die in Pkt 7 der Rahmenvereinbarung festgelegten Leistungsteile zu erbringen, da sie über keine entsprechende Gewerbeberechtigung verfüge.

Die Drittantragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, es drohe ihr ein Schaden und ihre Rechte würden verletzt.

Alle weiteren Ausführungen gelten grundsätzlich, außer es wird ausdrücklich anderes erwähnt, für alle gegenständlichen sechs Nachprüfungsverfahren bzw. gegenständlichen sechs Vergabeverfahren.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 06.10.2021 und 07.10.2021 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die Republik Österreich (Bund), vertreten durch das Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Forschung sei. Bei den gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich jeweils um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich. Es handle sich jeweils um einen erneuter Aufruf zum Wettbewerb auf Basis der Rahmenvereinbarung „SARS-CoV-2 (Covid- 19) Testungen", BBG-GZ: 5301.03891 (transparentes Verfahren gem. § 151 BVergG 2018 in Anlehnung an ein offenes Verfahren gem. BVergG 2018). Die beiden Vergabeverfahren befänden sich im Stadium nach der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung (Versand am 21.09.2021). Da es sich gegenständlich um einen erneuten Aufruf zum Wettbewerb handle, sei keine Bekanntmachung erfolgt.

Mit einstweiligen Verfügungen des BVwG vom 11.10.2021, W134 2246891-1/2E, W134 2246902-1/2E, und 12.10.2021, W134 2246914-1/2E, W134 2246918-1/2E, W134 2246952-1/2E, W134 2246959-1/2E, wurde der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag in den beiden gegenständlichen Vergabeverfahren „EAW SARS-Cov-2 (Covid-19) PCR-Testungen BMBWF – West, GZ 5391.03974“ und „EAW SARS-Cov-2 (Covid-19) PCR-Testungen BMBWF – Ost, GZ 5391.03973“ zu erteilen.

Mit Schreiben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in beiden gegenständlichen Vergabeverfahren, der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. XXXX , erhob diese begründete Einwendungen in den gegenständlichen Nachprüfungsverfahren.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 18.10.2021 brachte diese vor, dass die Anforderungen an die Befugnis in den Ausschreibungsunterlagen bestandsfest festgelegt worden seien. Die Auftraggeberin habe sämtliche aufgrund der bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen zu erbringenden Nachweise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin

umfassend geprüft und sei zu dem Ergebnis gekommen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin die notwendige Befugnis für die Erbringung der gegenständlichen Leistung aufweise. Wenn die Erstantragstellerin behaupte, dass der Zweck der Bietergemeinschaft rechtswidrig sei, weil die XXXX nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet sein dürfe, sei ihr entgegenzuhalten, dass für Bietergemeinschaften grundsätzlich die Möglichkeit bestehe, intern eine entsprechende Regelung zur Gewinnaufteilung zwischen den einzelnen Mitgliedern der XXXX zu vereinbaren, um eine Gewinnerzielung durch das auf Gemeinnützigkeit ausgerichtete Mitglied der XXXX hintanzuhalten. Die Teilnahme von gemeinnützigen Gesellschaften an Vergabeverfahren sei nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs jedenfalls zulässig.

Wenn die Zweitantragstellerin vorbringe, die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge nicht über die nötige technische Leistungsfähigkeit zur Durchführung der gegenständlichen Aufträge, so sei entgegenzuhalten, dass die bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen an keiner Stelle Vorgaben zum benötigten Ressourceneinsatz treffen würden und die spätere Auftragnehmerin in ihrem dahingehenden Handeln frei sei, solange, wie in Punkt 7.4 KAR EAW geregelt, das technische Procedere und die Geräteausstattung des Analyselabors dem aktuellen wissenschaftlichen und technischen Stand der Labormedizin und deren Verfahren entspreche. Weiters sei auf die jüngere Judikatur des EuGH zu verweisen, wonach ein Unternehmer den Nachweis, dass er die Bedingungen für die Auftragsausführung erfüllt, nicht vor dem Zuschlag beibringen müsse. Wenn die Zweitantragstellerin vorbringe, die präsumtive Zuschlagsempfängerin hätte ausschreibungswidriges weil giftiges Probenabnahmematerial angeboten, so sei dazu zu sagen, dass keine Anhaltspunkte dafür vorlägen, dass das Produkt der präsumtiven Zuschlagsempfängerin „giftige Salze“ enthalte.

Wenn die Drittantragstellerin vorbringe, dass die gegenständlichen erneuten Aufrufe zum Wettbewerb nicht zulässig seien, da diese Vergaben lediglich Leistungen beinhalten würden, die mittels Direktabruf beauftragt hätten werden können, so sei ihr entgegenzuhalten, dass die Festlegungen zu den erneuten Aufrufen zum Wettbewerb der Präklusion unterliegen würden und mangels Anfechtung bestandsfest geworden seinen. Die verfahrensgegenständlichen erneuten Aufrufe zum Wettbewerb seien aufgrund geänderter Leistungs- und Vertragsbedingungen entsprechend den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen erfolgt. Wenn die Drittantragstellerin vorbringe, dass die beiden bekämpften Zuschlagsentscheidungen vom 21.09.2021 lediglich die Gesamtpreise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mitteilen würden, jedoch nicht die Gründe, warum die Angebote der Drittantragstellerin unterlegen sei und insbesondere an welche Stelle sie gereiht worden sei, so sei jetzt zu erwidern, dass gemäß Rz 86 AAB EAW ausdrücklich festgelegt worden sei, welche Informationen in der Zuschlagsentscheidung bekanntzugeben seien, was die Auftraggeberin auch vollinhaltlich getan hätte. Wenn die Drittantragstellerin vorbringe, die Angebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerin würden eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen, weshalb eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen gewesen wäre, sei ihr zu entgegnen, dass es sich gegenständlich um einen besonderen Dienstleistungsauftrag gemäß Anhang XVI BVergG 2018 handeln würde, weshalb die Bestimmungen der vertieften Preisprüfung nicht zur Anwendung gelangen würden. Unabhängig davon habe die Auftraggeberin eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt, welche ergeben habe, dass es sich bei den Angebotspreisen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht um unterpreisige Angebote handeln würde. Sämtliche Positionen, welche die präsumtive Zuschlagsempfängerin angeboten habe, erschienen kostendeckend und deren zugrunde liegende Kalkulation schlüssig. Die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit der angebotenen angemessenen Preise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei daher jedenfalls gegeben. Die Befugnis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei gegeben und es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass ein von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenes Produkt giftige Salze enthalte.

Am 04.11.2021 fand über die gegenständlichen Rechtssachen, welche zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden wurden, im Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung statt.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Bildung, Wissenschaft und Forschung, vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, hat eine Ausschreibung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung „SARS-CoV-2 (Covid- 19) Testungen", BBG-GZ: 5301.03891 (transparentes Verfahren gem. § 151

BVergG 2018 in Anlehnung an ein offenes Verfahren gem. BVergG 2018) durchgeführt. Es handelt sich um die Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen gemäß Anhang XVI BVergG 2018 (CPV Codes: 85145000-7, 85141000-9, 85142000-6, 64100000-7). Mit den drei Antragstellerinnen wurde am 07.08.2021 eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen. Auf Basis der Rahmenvereinbarung hat die Republik Österreich (Bund) vertreten durch das Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Forschung 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 und Wien) und betreffend "PCR-Testungen an den Schulen Österreichs – West" für die Region West (Kärnten, Oberösterreich, Salzburg, Steiermark, Tirol und Vorarlberg) eingeleitet. (Schreiben der Auftraggeberin vom 01.10.2021)

Die Zuschlagsentscheidung, im Verfahren zum 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 und Wien), dass mit der Bietergemeinschaft bestehend aus: 1. XXXX (kurz: XXXX oder präsumtive Zuschlagsempfängerin) der Rahmenvertrag abgeschlossen werden soll, wurde am 21.09.2021 den Bietern über die Vergabeplattform zur Verfügung gestellt. (Schreiben der Auftraggeberin vom 01.10.2021)

Die Zuschlagsentscheidung, im Verfahren zum erneuten Aufruf zum Wettbewerb zum Abschluss eines Rahmenvertrages mit einem Unternehmen im Oberschwellenbereich betreffend "PCR-Testungen an den Schulen Österreichs – West" für die Region West (Kärnten, Oberösterreich, Salzburg, Steiermark, Tirol und Vorarlberg), dass mit der XXXX der Rahmenvertrag abgeschlossen werden soll, wurde am 21.09.2021 den Bietern über die Vergabeplattform zur Verfügung gestellt. (Schreiben der Auftraggeberin vom 01.10.2021)

Die XXXX verfügt über eine aufrechte Gewerbebefugnis als chemisches Laboratorium. (Verhandlungsschrift vom 04.11.2021, unstrittig)

Die XXXX verfügt - 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). (Verhandlungsschrift vom 04.11.2021, unstrittig)

Die XXXX ist im Genanalyse-Register gemäß § 79 Abs 1 Z 1 Gentechnikgesetz, BGBl Nr 510/1994 gelistet und verfügt auch über eine aufrechte Gewerbebefugnis als chemisches Laboratorium. (Verhandlungsschrift vom 04.11.2021, unstrittig)

Die XXXX ist eine gemeinnützige Krankenanstalt im Sinne des KAKuG. (Verhandlungsschrift vom 04.11.2021, unstrittig)

Die Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen Rahmenvereinbarung BBG: GZ 5301.03891 (kurz: AAB-RV) lauten auszugsweise:

„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.

[...]

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

83 nachzuweisen. Die Nachweise dürfen nicht älter als zwölf Monate sein.

[...]

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.

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." (AAB-RV)

Die Kommerziellen Ausschreibungsbedingungen Rahmenvereinbarung BBG: GZ 5301.03891 (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." (KAB-RV)

Die Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen Erneuter Aufruf zum Wettbewerb (EAW) auf Basis der Rahmenvereinbarung GZ 5301.03891, Stand 1. Berichtigung 02.09.2021, (kurz: AAB-EAW) lauten auszugsweise:

„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.

[...]

9.3 Bekanntgabe der Bewertungsergebnisse

86 Im Zuge der Bekanntgabe der Entscheidung, mit welchem Unternehmer der Rahmenvertrag abgeschlossen werden soll, werden insbesondere folgende Informationen bekannt gegeben:

• Der Name des erfolgreichen Bieters

• Der bewertungsrelevante Gesamtpreis des erfolgreichen Angebotes

• Der bewertungsrelevante Gesamtpreis des eigenen Angebotes" (AAB-EAW)

2. Beweiswürdigung:

Diese Feststellungen ergeben sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren Echtheit und Richtigkeit außer Zweifel steht. Weiters sind die Feststellungen unstrittig.

3. Rechtliche Beurteilung:

Alle weiteren Ausführungen gelten grundsätzlich, außer es wird ausdrücklich anderes erwähnt, für alle gegenständlichen sechs Nachprüfungsverfahren bzw. gegenständlichen sechs Vergabeverfahren.

Die Ausschreibungsunterlagen, welche mangels rechtzeitiger Anfechtung bestandsfest wurden und an welche daher alle am Vergabeverfahren Beteiligten gebunden sind, sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029; VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065; VwGH 15. 03. 2017, Ra 2014/04/0052). Im Zweifel sind Festlegungen der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen (VwGH 18.03.2015, Ra 2015/04/00 17).

Wurden Daten im Nachprüfungsverfahren vertraulich behandelt, hat die Abwägung des Zugangsrechtes der Antragstellerinnen zu allen beim Bundesverwaltungsgericht eingereichten dieses Vergabeverfahren betreffenden Informationen und somit dem Recht auf ein faires Verfahren gegen das Recht der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auf Schutz ihrer vertraulichen Angaben und ihrer Geschäftsgeheimnisse ein Überwiegen des Rechts der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auf Schutz ihrer vertraulichen Angaben und ihrer Geschäftsgeheimnisse ergeben, da ansonsten die Stellung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Wettbewerb unverhältnismäßig beeinträchtigt würde.

3.a) Zu den Spruchpunkten I.1.A), I.2.A), II.1.A), II.2.A), III.1.A), III.2.A) (Befugnis der XXXX):

Die Antragstellerinnen haben zusammengefasst vorgebracht, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin zur Ausführung der gegenständlichen Leistungen nicht befugt sei, da Mitglieder der Bietergemeinschaft der präsumtiven Zuschlagsempfängerin lediglich über eine Gewerbeberechtigung als chemische Laboratorien verfügen würden. Chemische Laboratorien dürften jedoch die gegenständlichen humanmedizinischen Laboranalysen nicht durchführen, da aufgrund eines OGH Urteils vom 10.02.2004, 4 Ob 17/04k, klargestellt sei, dass die Durchführung humanmedizinischer Laboranalysen ausschließlich den Ärzten, Krankenanstalten und den medizinisch-technischen Berufen nach dem MTD-G, d. h. den biomedizinische Analytikern, vorbehalten sei. Die Erstantragstellerin legte dazu das Gutachten von XXXX vom 02.11.2021 „Der Berechtigungsumfang chemische Laboratorien (§ 94 Z. 10 GewO) insb. im Lichte des Gentechnikgesetzes“ (kurz: Gutachten XXXX) vor.

Entsprechend der „Besondere Erklärung für Bieter-und Arbeitsgemeinschaften“ im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sollen alle vier Mitglieder ihrer Bietergemeinschaft Laboranalysen durchführen, wobei zwei ihrer Mitglieder Krankenanstalten sind, deren Befugnis unstrittig ist und zwei ihrer Mitglieder (die XXXX und die XXXX) „nur“ über eine Gewerbeberechtigung als chemisches Laboratorium verfügen. Es ist daher zu prüfen, ob Einrichtungen, welche über eine Gewerbeberechtigung als chemisches Laboratorium verfügen berechtigt sind, die verfahrensgegenständlichen humanmedizinische Laboranalysen durchzuführen.

§ 2 Abs 2 Z 1 ÄrzteG 1998 idF. BGBl. I Nr.172/2021 lautet (Hervorhebungen nur hier):

„(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;“

Im Initiativantrag zum 2. Covid-19-Gesetz (397/A vom 19.03.2020, XXVII. GP, 42) werden die Gründe für die Aufhebung des Tätigkeitsvorbehalts in Zeiten einer Pandemie wie folgt angeführt (Hervorhebungen nur hier):

„Zu Artikel 34 (Änderung des Ärztegesetzes 1998)

Zu Z 1 (§ 2 Abs. 2 Z 1):

Die durch den ergänzten Halbsatz normierte Ausnahme vom ärztlichen Tätigkeitsvorbehalt für Untersuchungen soll im Rahmen einer Pandemie zusätzliche Untersuchungen durch entsprechend geeignete Labors oder Institute, insbesondere veterinärmedizinische Einrichtungen, ermöglichen, um den erhöhten Bedarf abzudecken."

§ 28c EpiG 1950 idF. BGBl. I Nr.183/2021 lautet auszugsweise (Hervorhebungen nur hier):

„Naturwissenschaftliche, insbesondere veterinärmedizinische Einrichtungen nach § 2 Abs. 2 Z 1 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.

[...]

(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. Weiters sind die in diesen Einrichtungen tätigen Personen unbeschadet sonstiger Verschwiegenheitspflichten zur Verschwiegenheit über die im Rahmen ihrer Tätigkeit anvertrauten oder bekannt gewordenen Geheimnisse verpflichtet.

(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."

Im Initiativantrag zum 2. Covid-19-Gesetz (397/A vom 19.03.2020, XXVII. GP, 42) werden die Gründe für die Änderungen des EpiG ua. wie folgt angeführt (Hervorhebungen nur hier):

„Zu Z 1, 2, 3 (Änderungen in § 4 und § 28c):

Im Ärztegesetz 1 99 8 wird eine Ausnahme vom ärztlichen Tätigkeitsvorbehalt für Untersuchungen im Rahmen einer Pandemie geschaffen, die es ermöglicht, zusätzliche labordiagnostische Untersuchungen in entsprechend geeigneten Labors oder Instituten, insbesondere veterinärmedizinischen Einrichtungen, durchzuführen, um einen erhöhten Bedarf abzudecken.

Im Epidemiegesetz muss sichergestellt werden, dass auch diese Einrichtungen der Meldepflicht nach Epidemiegesetz unterliegen. Diese Einrichtungen müssen vor Aufnahme ihrer Labortätigkeit im Humanbereich dies dem Gesundheitsressort melden, das die Information auch an die Bezirksverwaltungsbehörden weiterzugeben hat. [...]"

Auf der Homepage des Bundesministeriums für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz findet sich eine Laborliste, zuletzt aktualisiert am 11.08.2021, welche auszugsweise lautet:

„Veterinärmedizinische und Naturwissenschaftliche Labore, die gemäß §28c Epidemiegesetz SARS-CoV-2 Testungen durchführen:

[...]

XXXX

[...]

XXXX "

Aus einer Zusammenschau von § 2 Abs. 2 Z. 1 ÄrzteG und § 28c EpiG samt den Erläuterungen dazu ergibt sich somit, dass mit dem Ziel im Rahmen der gegenwärtigen Pandemie zusätzliche Untersuchungen durch entsprechend geeignete Labors zu ermöglichen, um den erhöhten Bedarf abzudecken, die geltende Rechtslage insofern abgeändert wurde, dass wenn naturwissenschaftliche Einrichtungen wie etwa chemische Laboratorien gemäß § 94 Z. 10 GewO im Rahmen einer Pandemie Labortätigkeiten im Humanbereich aufnehmen wollen verpflichtet sind, vor Aufnahme ihrer Tätigkeit für den Menschen dies dem Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz unter Nachweis ihrer fachlichen Eignung zu melden und diese Tätigkeit sodann so lange durchführen dürfen, bis der

für das Gesundheitswesen zuständige Bundesminister ihnen dies aus den in § 28c Abs. 5 EpiG genannten Gründen untersagt (vgl. LG Salzburg vom 03.10.2021, 2 Cg 93/21g sowie HG Wien vom 27.09.2021, 43 Cg 12/21v-20, welche beide im Ergebnis zur gleichen Schlussfolgerung kommen).

Die XXXX und die XXXX haben eine solche Meldung durchgeführt und sind in der vom Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz geführten Laborliste, welche die naturwissenschaftlichen Labore, die gemäß § 28c EpiG SARS-CoV-2 Testungen durchführen, gelistet. Die beiden genannten Mitglieder der XXXX sind daher zur Durchführung der verfahrensgegenständlichen Leistungen befugt. Da es sich bei den beiden anderen Mitgliedern d e r XXXX um Krankenanstalten handelt, was entsprechend den Ausschreibungsunterlagen ebenfalls als Befugnisnachweis ausreicht, gehen die von den Antragstellerinnen bezüglich der Befugnis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin geltend gemachten Beschwerdepunkte ins Leere. Es ist kein Grund ersichtlich, warum die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht für die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen befugt sein sollte.

Das von der Erstantragstellerin in Auftrag gegebene Gutachten XXXX berücksichtigt für die Beantwortung obiger Frage eine wesentliche Rechtsgrundlage, nämlich § 28c EpiG, nicht, weshalb es zu kurz greift und daher nicht weiter zu berücksichtigen ist.

3.b) Zu den Spruchpunkten I.1.A), I.2.A), II.1.A), II.2.A), III.1.A), III.2.A) (behaupteter rechtswidriger Zweck der XXXX):

Die Erstantragstellerin brachte zusammengefasst vor, dass der Zweck der XXXX rechtswidrig sei, weil sich aus dem Gesellschaftsvertrag des XXXX mitglieds XXXX ergebe, dass diese ausdrücklich auf Gemeinnützigkeit und keinesfalls auf Gewinnerzielung ausgerichtet sei. Gegen diese Festlegung verstoße das Unternehmen, da nicht anzunehmen sei, dass die XXXX der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ohne Gewinnaufschlag angeboten habe.

Der VfGH hat in seinem Erkenntnis vom 04.03.2010, B1119/09 ua, ausgeführt:

„Zwischen gemeinnützigen und gewinnorientiert agierenden Unternehmen bestehen nun vielfache gemeinsame Interessen und parallele Interessenlagen:

Diese ergeben sich schon daraus, dass sie gemeinsam am Wirtschaftsleben teilnehmen und in gleicher Weise von den gesetzlichen Rahmenbedingungen des Wirtschaftens betroffen sind. [...] Für die Zulässigkeit der Einbeziehung von nicht gewinnorientierten Krankenanstalten in die Wirtschaftskammerorganisation ist entscheidend, dass sie im Großen und Ganzen am Wirtschaftsleben teilnehmen wie gewinnorientierte und die gleichen gesetzlichen Rahmenbedingungen für sie gelten. Wie die Wirtschaftskammer in ihrer Gegenschrift zutreffend ausführt: Sie stehen im Wettbewerb mit ihren in der gleichen Branche tätigen Mitbewerbern am Markt und werben mit und in Konkurrenz zu diesen um Kunden. Auch wenn solche Unternehmen nicht nach Gewinn streben, sind sie doch wie jedes andere Unternehmen auch mit dem Problem knapper Ressourcen konfrontiert, auch sie können längerfristig nicht mehr Geld ausgeben, als sie aus ihren Finanzierungsquellen einnehmen; sie sind daher auch gezwungen, so zu kalkulieren, dass sie mit ihren Einnahmen ihre Aufwendungen bedecken können. [...] Schließlich unterliegen sie für die Entfaltung ihrer eigentlichen unternehmerischen Tätigkeit denselben wettbewerbsrechtlichen Vorschriften und Materiengesetzen wie gewinnorientierte Unternehmen."

Aus dem oben zitierten Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs ergibt sich somit grundsätzlich, dass gemeinnützig agierende Unternehmen zu den gleichen Bedingungen wie gewinnorientiert agierende Unternehmen an Vergabeverfahren teilnehmen können. Auch wenn solche Unternehmen nicht nach Gewinn streben, sind sie doch wie jedes andere Unternehmen auch mit dem Problem knapper Ressourcen konfrontiert, auch sie können längerfristig nicht mehr Geld ausgeben, als sie aus ihren Finanzierungsquellen einnehmen; sie sind daher auch gezwungen, so zu kalkulieren, dass sie mit ihren Einnahmen ihre Aufwendungen bedecken können. Außerdem ist die XXXX gemäß ihrem Gesellschaftsvertrag zur „Beteiligung an anderen Unternehmungen und Gesellschaften aus dem Bereich des Gesundheitswesens" (Punkt 2. lit d) - hier die Beteiligung an der gegenständlichen XXXX - berechtigt. Es kann somit in der Beteiligung der nicht auf Gewinnerzielung ausgerichteten XXXX an der XXXX keine Rechtswidrigkeit erkannt werden.

Die Erstantragstellerin bringt weiters in ihrem Schreiben vom 29.10.2021 vor, die XXXX unterliege als öffentlicher Auftraggeber selbst dem Vergaberechtsregime. Sie beziehe bei der Erbringung der ausführungsgegenständlichen Leistungen die Testkits von der XXXX , wobei eine Ausschreibung dieser Leistung nicht stattgefunden habe. Die von der

XXXX eingesetzten Subunternehmer XXXX dürften nur nach vorangegangener Ausschreibung beigezogen werden.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat dazu in der mündlichen Verhandlung glaubhaft angegeben, dass die XXXX zwar ein öffentlicher Auftraggeber ist, es jedoch zu keiner vergaberechtlich relevanten Einkaufssituation auf Ebene der XXXX im Rahmen der XXXX der präsumtiven Zuschlagsempfängerin kommt. Die XXXX stellt vielmehr ihre eigenen Ressourcen (Personal und Gerätschaft) der XXXX zur Verfügung, sowie dies auch die anderen Mitglieder der XXXX tun. Die Testkits werden vom XXXX -Mitglied XXXX beigestellt. Darin kann keine Rechtswidrigkeit erkannt werden.

Die Auftraggeberin hat zur Frage der Subunternehmer in der mündlichen Verhandlung schlüssig und nachvollziehbar und in richtiger Interpretation der Ausschreibungsunterlagen sowie in Übereinstimmung mit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angeführt, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Angebot zum erneuten Aufruf zum Wettbewerb eine leere Subunternehmerliste abgegeben haben und damit deutlich gemacht haben, dass im gegenständlichen Fall von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin keine Subunternehmer herangezogen werden.

Die Erstantragstellerin brachte weiters vor, dass, da im gegenständlichen Fall auf Basis einer Rahmenvereinbarung immer wieder einzelne Projekte abgerufen würden, Bieter und damit insbesondere Bietergemeinschaften, deren Umsatz bestimmte Schwellenwerte überschreite (z.B. mehr als € 1 Million) gemäß den §§ 8 Abs. 3 iVm 189 UGB in eine offene Gesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft umzuwandeln und in das Firmenbuch einzutragen seien.

Wie die präsumtive Zuschlagsempfängerin in der mündlichen Verhandlung schlüssig und nachvollziehbar dargelegt hat, sind die von der Erstantragstellerin in ihrem Schreiben vom 29.10.2021, Punkt 4.3.2, genannten Umsätze der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erst im laufenden Jahr 2021 angefallen und führen daher frühestens im Jahr 2022 zu einer entsprechenden Eintragungspflicht gemäß den §§ 8 Abs. 3 iVm 189 Abs 2 Z 2 UGB. Da somit derzeit für die präsumtive Zuschlagsempfängerin keine Eintragungspflicht gemäß § 8 Abs. 3 UGB besteht, gehen die diesbezüglichen Argumente der Erstantragstellerin ins Leere.

3.c) Zu den Spruchpunkten I.1.A), I.2.A), II.1.A), II.2.A), III.1.A), III.2.A) (behauptete fehlende Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin):

Wenn die Zweit- und Drittantragstellerin unter Verweis auf die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts ohne konkrete Nennung einer entsprechenden nicht eingehaltenen Ausschreibungsbestimmung behaupten, die präsumtive Zuschlagsempfängerin würde nicht über ausreichende Kapazitäten zur Leistungserbringung verfügen, gehen diese Ausführungen mangels Ausschreibungswidrigkeit ins Leere.

Die Erstantragstellerin hat vorgebracht, ein Unternehmer sei für den Leistungsteil der Screeningsmaßnahmen nur dann leistungsfähig, wenn er, neben anderen, an einem Ringsversuch erfolgreich teilgenommen habe sowie über ein Qualitätsmanagementsystem verfüge. Die Erstantragstellerin ging davon aus, dass nicht sämtliche Mitglieder der XXXX über eine entsprechende Zertifizierung sowie über Teilnahmebestätigungen an entsprechenden Ringversuchen verfügen, wobei jedes Mitglied der XXXX darüber verfügen müsse.

Die XXXX hat für drei ihrer vier XXXX Mitglieder Ringsversuchbestätigungen vorgelegt. Für das XXXX Mitglied XXXX konnte die präsumtive Zuschlagsempfängerin eine Anmeldebestätigung für die Teilnahme am Ringsversuchsprogramm vorlegen und gab an, dass der Ringsversuch im November 2021 durchgeführt werde. Die Auftraggeberin hat ein gültiges Zertifikat der XXXX hinsichtlich des Qualitätsmanagements vorgelegt (Beilage ./3 zur Verhandlungsschrift).

Gemäß Rz. 58 AAB-RV gilt: 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. Gemäß Rz. 96 i.V.m. 99 lit. c) und e) AAB-RV hat 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 bedeutet aufgrund des objektiven Erklärungswertes für die XXXX , dass sie mindestens eine Bestätigung für eine erfolgreiche Teilnahme an einem Ringsversuch sowie mindestens ein gültiges Zertifikat über ein Qualitätsmanagement gem. EN ISO 9001 vorzulegen hat. Da die präsumtive Zuschlagsempfängerin drei Ringsversuchsbestätigungen sowie ein gültiges Zertifikat über ein Qualitätsmanagement gem. EN ISO 9001 vorgelegt hat, hat sie den von den Ausschreibungsunterlagen geforderten Nachweis betreffend Ringversuche und das

erforderliche Qualitätsmanagementsystem erbracht. Zu dem Vorbringen der Zweitantragstellerin, die Nichtteilnahme an Ringversuchen führe zum Entfall der Befugnis der XXXX , wird auf § 28c Abs. 5 EpiG sowie die Ausführungen unter Punkt 3.a) dazu verwiesen und festgehalten, dass dieses Vorbringen unrichtig ist.

Im Übrig

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, https://www.bvwg.gv.at

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at