jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Lvwg Erkenntnis 2022/3/17 LVwG-840245/21/HW

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 17.03.2022

Entscheidungsdatum

17.03.2022

Norm

Oö VergRSG 2006 §12
BVergG 2018 §155

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Wiesinger über die Anträge der X GmbH, X, X, vertreten durch die X Rechtsanwälte GmbH & Co KG, auf Feststellung betreffend Zuschlagserteilung „Laboranalysen SARS-CoV-2 (Covid-19)“ auf Basis der Rahmenvereinbarung „SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen“ durch den Auftraggeber L O (mitbeteiligte Partei: A GmbH, X, X) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 10.03.2022

zu Recht:

I. Dem Antrag festzustellen, dass der Zuschlag zugunsten der A GmbH für „Laboranalysen SARS-CoV-2 (Covid-19)“ aufgrund der Rahmenvereinbarung „SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen“ der B GmbH wegen eines Verstoßes gegen § 155 Abs. 4 bis 9 BVergG 2018 rechtswidrig war, wird nicht stattgegeben.

II. Dem Antrag festzustellen, dass der Zuschlag zugunsten der A GmbH für „Laboranalysen SARS-CoV-2 (Covid-19)“ wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2018 bzw. unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde, wird nicht stattgegeben.

III. Dem Antrag dem Auftraggeber aufzutragen, der Antragstellerin die für den Feststellungsantrag entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen zu Handen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen, wird nicht stattgegeben.

IV. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision zulässig.

Entscheidungsgründe

I.1. Mit Eingabe vom 18.01.2022 stellte die X GmbH (in der Folge auch kurz „X“ oder „Antragstellerin“) die Anträge:

„1. festzustellen, dass der Zuschlag zugunsten der A GmbH für ‚Laboranalysen SARS-Cov-2 (Covid-19)‘ aufgrund der Rahmenvereinbarung ‚SARS-Cov-2 (Covid-19) Testungen‘ der B GmbH wegen eines Verstoßes gegen § 155 Abs 4 bis 9 BVergG 2018 rechtswidrig war;

in eventu

festzustellen, dass der Zuschlag zugunsten der A GmbH für ‚Laboranalysen SARS-Cov-2 (Covid-19)' wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2018 bzw unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde;

2. eine mündliche Verhandlung durchzuführen;

3. Akteneinsicht im größtmöglichen Umfang in den Vergabeakt zu gewähren sowie

4. dem Auftraggeber aufzutragen, der Antragstellerin die für diese Feststellungsantrag entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen zu Handen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen."

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend wurde zusammengefasst ausgeführt, dass die A GmbH (in der Folge auch kurz „A" oder „Zuschlagsempfängerin") über keine ausreichende Befugnis verfüge, um die gegenständlichen Leistungen im angebotenen Ausmaß zu erbringen, weshalb die erfolgte Beauftragung der A auf Basis der gegenständlichen Rahmenvereinbarung jedenfalls vergaberechtswidrig gewesen sei. Vor diesem Hintergrund verletze die gegenständliche Beauftragung der A auch § 155 Abs. 5 BVergG, weil die Bedingungen der Rahmenvereinbarung nicht eingehalten würden (insbesondere zur geforderten Befugnis). Zudem sei durch diese Vergaberechtswidrigkeit beim Abruf der Zuschlag auch nicht dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt worden, weil das Angebot der A zwingend hätte ausgeschieden werden müssen. Bei einer korrekten Angebotsprüfung hätte der gegenständliche Auftrag jedenfalls der Antragstellerin als eigentlicher Billigstbieterin erteilt werden müssen.

Im weiteren Verlauf des Verfahrens, insbesondere in der Eingabe vom 04.02.2022 und in der mündlichen Verhandlung, brachte X ergänzend vor, dass Direktabrufe für alle im Leistungsverzeichnis definierten Leistungen nur unter der Voraussetzung zulässig seien, dass die Leistungs- und Vertragsbedingungen nicht geändert werden. Gegenständlich seien (unzulässige) Änderungen erfolgt, insbesondere wegen der Festlegung von Kündigungsfristen. Zudem werde das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu prüfen haben, ob allfällige Anpassungen von Preisen bzw. Merkmalen durch A die diesbezüglich festgelegten Voraussetzungen der Ausschreibungsunterlagen erfüllen. Die Aktivlegitimation der Antragstellerin ergebe sich im vorliegenden Fall schon aus dem Umstand, dass sie sich bei vergaberechtskonformem Verhalten des Auftraggebers an einem erneuten Aufruf zum Wettbewerb hätte beteiligen können.

I.2. Der Auftraggeber (L O) brachte im Wesentlichen vor, dass der Feststellungsantrag der Antragstellerin verspätet und daher bereits aus diesem Grund zurückzuweisen sei. Darüber hinaus fehle der Antragstellerin die Antragslegitimation. Wie sich aus der zum Abruf des Auftraggebers vorgelegten Abrufkaskade ergebe, wäre die Antragstellerin für einen Zuschlag (Abruf aus der Rahmenvereinbarung) denkmöglich nicht in Betracht gekommen. Folgerichtig könne der Antragstellerin durch den Abruf über die Zuschlagsempfängerin auch kein Schaden entstehen. Die von der Antragstellerin behauptete Rechtswidrigkeit der mangelnden Befugnis liege tatsächlich nicht vor. Die Leistungs- und Vertragsbedingungen seien nicht geändert worden. In der Abrufkaskade seien die Kosten pro Woche ersichtlich, der Auftragswert sei darauf basierend entsprechend der Dauer des Abrufs hochgerechnet worden.

I.3. A brachte im Wesentlichen vor, dass die Befugnis gegeben sei und keine unzulässigen Preisänderungen erfolgt wären.

I.4. Im gegenständlichen Fall führte die B GmbH (in der Folge auch kurz „B") als zentrale Beschaffungsstelle das Verfahren „SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen" zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung durch. Wenn eine zentrale Beschaffungsstelle ein Vergabeverfahren oder Teile eines Vergabeverfahrens als vergebende Stelle durchgeführt hat, bildet sie gemäß § 15 Oö. VergRSG 2006 mit der Auftraggeberin bzw. dem Auftraggeber eine Streitgenossenschaft im Feststellungsverfahren. Aufgrund dieser Regelung ist nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich auch die B am Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu beteiligen. Diese Rechtsfrage wurde auch in der mündlichen Verhandlung mit den Verfahrensparteien erörtert und es wurde der Rechtsansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich nicht entgegengetreten.

I.5. Am 10.03.2022 fand die beantragte mündliche Verhandlung statt, wobei der Vertreter von X im Rahmen der Verhandlung in bestimmte Unterlagen Akteneinsicht genommen hat (vgl. dazu die Niederschrift).

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht von folgendem Sachverhalt aus:

Die B hat als zentrale Beschaffungsstelle das Verfahren „SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen“ zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung durchgeführt. Die Ausschreibungsbedingungen betreffend den Abschluss einer Rahmenvereinbarung weisen unter anderem folgenden Inhalt auf (Allgemeine Ausschreibungsbedingungen):

„2.1 Gegenstand des Verfahrens

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 BVergG 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.

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

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

[...]

2.4 Teilvergabe

Es ist zulässig, Angebote nur für einen Teil der ausgeschriebenen Leistung zu legen (vgl. Punkt 6.2.4).

Der Bieter kann ein Angebot für die unterschiedlichen Leistungsteile:

[...] die Laboranalyse (vgl. Leistungsverzeichnis 2) Laboranalyse) und/oder [...] legen.

Der Bieter kann sein Angebot somit für einen, mehrere oder alle Leistungsteile gemäß dem Leistungsverzeichnis legen.

[...]

Auftraggeber sind die R Ö (Bund), die B GmbH sowie alle weiteren Auftraggeber gemäß der den Ausschreibungsunterlagen beiliegenden Kundenliste, im Vergabeverfahren alle vertreten durch die B GmbH.

[...]

5. Eignungskriterien

5.1 Allgemeines

Der Unternehmer muss für die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistung geeignet sein. [...] Die Eignung ist durch Vorlage der in diesen Ausschreibungsbedingungen beschriebenen Urkunden (Nachweise, Bescheinigungen, etc.) nachzuweisen und zu belegen.

[...]

Der Unternehmer kann den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch Vorlage einer Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung gemäß § 80 Abs. 2 BVergG 2018 gemäß der Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 erbringen.

Der Unternehmer muss jene Nachweise nicht vorlegen, die über eine kostenlos zugängliche Datenbank gemäß § 80 Abs. 5 BVergG 2018 erhältlich sind.

[...]

Ein Unternehmer muss jene Nachweise nicht vorlegen, die der B bereits in einem früheren Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorgelegt wurden.

[...]

5.2 Befugnis

5.2.1 Allgemeines

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

5.2.2 Nachweise

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.

[...]

6.2.4 Angebotspreise

[...]

Laboranalysen

Bei einem Angebot für den Leistungsteil Laboranalysen sind folgende Preise im Leistungsverzeichnis anzubieten und Informationen auszufüllen:

? Preis für Probenabnahmematerial pro Entnahme je nach Art der Probengewinnung (mindestens eine Art ist anzubieten)

? Preis für Laboranalyse PCR-Einzelanalyse pro Analyse und Anzahl der möglichen Analysen pro Woche

[...]

? Preis je Mutationsnachweis

? Preis je Gesamtgenomsequenzierung (optional) und Anzahl der möglichen pro Woche

? Preis für die Probenabholung je Region (optional)

? garantierte Zeit bis zum Ergebnis (Drop Down Auswahl: max. 12h/ 16h/ 20h/ 22h/ 24h)

? Angabe, ob eine Akkreditierung nach EN 15189 vorliegt. [...]“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Die kommerziellen Ausschreibungsbedingungen (Rahmenvereinbarung) weisen unter anderem folgenden Inhalt auf (KOMMERZIELLE AUSSCHREIBUNGSBEDINGUNGEN):

„RAHMENVEREINBARUNG

[...]

5.2 Rechtsgültiger Abruf konkreter Leistungen

5.2.1 Allgemein

Die jeweiligen Aufträge sind über das nachstehend beschriebene elektronische Katalogsystem zuzuschlagen (abzurufen).

Der Auftragnehmer darf grundsätzlich nur auf Grund derartiger Abrufe tätig werden; widrigenfalls steht dem Auftragnehmer kein wie immer geartetes Entgelt oder Aufwandersatz zu.

5.2.2 Direktabrufe (Kaskade)

Direktabrufe sind zulässig für alle im Leistungsverzeichnis definierten Leistungen, sofern die Leistungs- und Vertragsbedingungen nicht geändert werden und erfolgen nach dem ‚Kaskadenprinzip‘ ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb.

5.2.2.1 Laboranalyse

Der Auftraggeber wählt das erforderliche Probenabnahmematerial aus und definiert für den Abruf des Leistungsteils Laboranalyse aus folgenden Merkmalen die für ihn notwendigen Merkmale (Details zu den Leistungsmerkmalen in Kapitel 7):

? Probenabnahmematerial vom Auftragnehmer: Ja; Nein

? Probenabholung: Ja; Nein

? Laboranalyseart: PCR; RT-LAMP

? Pooling: Ja; Nein

? Poolinggrößen: 2-5; 6-10; >10

? Akkreditierung nach EN 15189: Ja; Nein

? Zeit bis Ergebnisrückmeldung ab Probenabholung: maximal 24 Stunden, maximal 22 Stunden, maximal 20 Stunden, maximal 16 Stunden, maximal 12 Stunden

In die Kaskade fallen im folgenden all jene Auftragnehmer deren Angebote den notwendigen Merkmalen entsprechen (im Falle einer Übererfüllung des Merkmals Zeit bis Ergebnisrückmeldung ab Probenabholung ist dieses Angebot ebenfalls zu berücksichtigen). Von diesen erhält im Kaskadenprinzip jener Auftragnehmer eine Anfrage, welcher das Angebot mit dem geringsten Preis für die entsprechende Leistung im e-Shop (im Kaskadenblatt) ausweist.

Der Bestpreis für die Leistung Laboranalysen errechnet sich aus den Summen folgender Leistungen:

? ggf. Probenabnahmematerial (Preis für jeweilig benötigtes Probenabnahmematerial pro Abnahme x benötigte Testkapazität pro Woche)

? ggf. Probenabholung und Anzahl der Abholungen pro Woche (Preis für Probenabholung je Region x Anzahl der Abholstellen x Anzahl der Abholungen pro Woche)

? Preis für Laboranalyse inkl. Befundung bzw. Auswertung des Ergebnisses (Preis pro Analyse x Anzahl der Testungen pro Woche)

[...]

5.2.2.4 Ablauf

In der Anfrage an den im jeweiligen Leistungsteil ermittelten Bestbieter muss Folgendes angegeben werden:

? die GZ der Rahmenvereinbarung

? die vom geplanten Abruf umfassten Leistungen inkl. Menge

? Start und Ort der Leistungserbringung

? Erforderliche Laufzeit der Leistung

[...]

5.2.3 Erneuter Aufruf zum Wettbewerb (EAW)

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

[...]

5.3 Nutzung des elektronischen Katalogsystems (e-Shop)

[...]

Die B stellt ein elektronisches Katalogeinkaufssystem (e-Shop.gv.at) für den Abruf von Produkten und Dienstleistungen aus abgeschlossenen Rahmenverträgen und Rahmenvereinbarungen zur Verfügung.

[...]

Die Abrufe erfolgen mittels ‚Freitextbestellungen'. Bei einer Freitextbestellung werden die jeweils vom Abruf umfassten Leistungen sowie der Wert unter Bezugnahme auf das Angebot des Auftragnehmers manuell eingetragen.

5.3.2 Bestellungen

Konkrete Einzelaufträge auf Grundlage dieser Rahmenvereinbarung sind über den e-Shop der B zu tätigen.

Mit Übermittlung des Abrufes (Bestellung) kommt der Vertrag über die abgerufene Leistung rechtsgültig zustande. Eine Ablehnung der Bestellung ist daher nicht mehr möglich, sofern nicht ausdrücklich eine solche Möglichkeit vereinbart wurde.

[...]

7.1.3 Probenabholung und Transport

[...]

Die Abholzeiten (Abholtermine und Zeitfenster) sind zwischen dem Autraggeber und Auftragnehmer gesondert zu vereinbaren.

[...]

7.1.4 Durchführung der Laboranalysen

[...]

Es sind molekularbiologische SARS-CoV-2 Tests durchzuführen (PCR oder RT-LAMP je nach

Anforderung des Auftraggebers).

[...]

7.1.5 Mutationsanalyse

Jede positive Probe ist gemäß den aktuellen Vorgaben des Bundesministeriums für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz (BMSGPK) (siehe ‚Strategie zur Virusvariantensurveillance' in der jeweils aktuellen Version) auf Mutationen zu analysieren (Mutationsscreening) und wird an den Auftraggeber entsprechend dem angebotenen Entgelt für Mutationsanalysen verrechnet.

[...]

7.1.8 Befunderstellung, Befundübermittlung

[...]

Die Analyseergebnisse haben bei der Testperson für die angegebene zugesicherte Kapazität ehestmöglich, jedoch längstens innerhalb von 24h ab Probenabholung bzw. ab Probeneingang im Labor, wenn Probe vom Auftraggeber selbst zugestellt wird, zumindest als elektronische Befundabfragemöglichkeit, einzutreffen. Im Falle einer angebotenen kürzeren Analysezeit (22 h, 20 h, 16 h oder 12 h), ist diese einzuhalten.

[...]

Das Testergebnis ist der betroffenen Person unverzüglich zur Verfügung zu stellen.

[...]

7.1.9 Einmeldung der Testergebnisse

[...]

Die Labore haben ihrer Meldeverpflichtung gemäß Epidemiegesetz 1950 und Labormeldeverordnung (BGBl. II Nr. 184/2013 i.d.g.F). durch elektronische Eingabe der Meldung in das österreichische Epidemiologisches Meldesystem (EMS) nachzukommen.

[...]

8.1 Entgelt

Als Entgelt gilt der zugeschlagene Preis als vereinbart.

Der Preis ist jeweils ein Pauschalpreis, der insbesondere alle Nebenleistungen (z.B. Einmeldungen der Testergebnisse) sowie sonstigen Leistungen umfasst, auch wenn sie in diesem Vertrag nicht gesondert aufgeführt sind, aber zur Herbeiführung des vertraglichen Leistungserfolges erforderlich sind.

Der zugeschlagene Preis ist jener Preis, der im e-Shop im Kaskadenblatt zum Zeitpunkt der Bestellung angegeben war. Im e-Shop darf der Auftragnehmer maximal jenen Preis hinterlegen, der sich aus dem ursprünglichen Angebot für den Abschluss der Rahmenvereinbarung unter Berücksichtigung der Indexanpassung gem. Punkt 8.2 ergibt.

Bei Abrufen nach neuer Angebotslegung (vgl. Punkt 5.2.3) ist der zugeschlagene Preis jener Preis, der sich aus dem vom Auftraggeber angenommenen Angebot für den Einzelauftrag ergibt.

[...]

Die Preise im e-Shop können vom Auftragnehmer monatlich angepasst werden (vgl. RZ 54 und Punkt 8.3).

[...]

8.3 Anpassung der Preise und Merkmale

Die ursprünglich angebotenen Preise sowie die angebotene Erfüllung der Merkmale können durch den Auftragnehmer monatlich angepasst werden. Preispositionen, welche im ursprünglichen Angebot nicht angeboten wurden, können im Zuge der Anpassung der Preise und Merkmale nicht nachträglich ausgepreist werden. Die Änderung von Merkmalen ist somit nur dann zulässig, sofern entweder für das Merkmal keine weitere Preisposition verfügbar ist (z.B. Akkreditierung nach EN 15189) oder dies zu keiner Erhöhung einer ursprünglich angebotenen Preisposition führt (Z.B. Änderung der Mindestanzahl der Abgabestellen von 10 auf 30 – ohne Überschreitung des ursprünglich angebotenen Preises für 10 Abgabestellen). Der Auftragnehmer darf im Zuge der monatlichen Preisanpassung maximal jenen Preis im E-Shop hinterlegen, der sich aus dem ursprünglichen Angebot für den Abschluss der Rahmenvereinbarung unter Berücksichtigung der Indexanpassung gem. Punkt 8.2 ergibt.

13.1 Schriftform

Nebenabreden und Änderungen zu dieser Rahmenvereinbarung oder Einzelaufträgen bedürfen der Schriftform. Von dieser Schriftformklausel kann nur schriftlich abgegangen werden. Es gilt die unwiderlegliche Vermutung, dass von dem Erfordernis der Schriftform nie durch mündliche Abrede oder konkludente Handlungen abgewichen werden sollte."

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Sowohl X als auch A legten ein Angebot und es erfolgte der Abschluss der Rahmenvereinbarung mit mehreren Auftragnehmern, darunter X und A. Auf der Homepage des Bundesministeriums für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz findet sich eine Laborliste, welche auszugsweise lautet:

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

[...]

C F – A GmbH [...]".

[Hervorhebungen nicht übernommen]

A verfügt und verfügte auch bereits im Juli 2021 (Angebotsöffnung) unter anderem über die Gewerbeberechtigung „Chemische Laboratorien" (übereinstimmendes Vorbringen L O, X und A; GISA-Ausdruck; Ausdruck Laborliste).

Vom L O wurde als Auftraggeber der verfahrensgegenständliche Abruf aus der Rahmenvereinbarung betreffend den Leistungsgegenstand Durchführung von Laboranalysen getätigt. Das L O wählte dabei für den Abruf des Leistungsteils Laboranalyse bestimmte Merkmale aus, wobei in der Abrufkaskade mehrere Auftragnehmer aufgeschienen sind, darunter A an erster Stelle gereiht. In der Abrufkaskade ist X allerdings nicht enthalten, da das Angebot von X nicht allen vom L O vorgegebenen notwendigen Merkmalen entsprochen hat (Ausdruck mit Abrufkaskade aus dem Vergabeakt L O; Angaben X in der mündlichen Verhandlung).

Vom L O wurde am 13.12.2021 eine E-Mail an A gesendet, welche unter anderem folgenden Inhalt aufweist (Ausdruck Schreiben vom 13.12.2021 aus dem Vergabeakt L O):

„Sehr geehrter [...],

im Nachgang zur durchgeführten Videokonferenz dürfen wir mitteilen, dass wir von Ihnen die Leistungen aus dem Leistungsteil ‚Laboranalysen' der oben angeführten Rahmenvereinbarung (kurz ‚RV') im Rahmen der Kaskade abrufen.

Wir dürfen konkret mit einer Anfrage im Sinne des Punktes 5.2.2.4 der Kommerziellen Ausschreibungsbedingungen der RV auf Sie zukommen und um verbindliche Mitteilung innerhalb eines Werktages ersuchen, ob Sie einen Abruf auf Basis der nachstehend dargelegten Parameter annehmen würden.

Abgerufene Leistungen:

Wir dürfen auf die Angaben des angeschlossenen Auszugs der B-Abruf-Excel-Tabelle verweisen und folgende Parameter/Anforderungen des Abrufs hervorheben und festhalten:

geschätzte Anzahl Testpersonen: 35.000 / Woche

Probenabholung durch AN: 2x täglich (die konkreten Abholzeiten sind mit dem AG abzustimmen)

Abholstellen: Konkretisierung erfolgt noch durch Auftraggeber

Starttermin: Leistungsstart sukzessive, beginnend mit 1.1.2022 (gesamte Ausrollung mit 15.1.2022)

garantierte Auswertzeit: ab Probenabholung max 12 h

Dauer des Abrufs: 1.1.2022 bis 31.12.2022 (Laut der Info der B ist die abgerufene Leistung auch über das Ende der RV hinaus bis zur vollständigen Erfüllung möglich. Siehe Beilage)

Entgelt:

Die Gesamtkosten betragen gemäß dem angeschlossenen Auszug der B-Abruf-Excel-Tabelle EUR [...] pro Woche. Das Entgelt wird auf Basis der geleisteten Mengen bzw der tatsächlich durchgeführten Leistungen berechnet.

Im vorgenannten Entgelt sind alle Kosten und Leistungen, die zur erfolgreichen Durchführung der abgerufenen Leistungen, die über alle Leistungsphasen hinweg (Vorbereitung, Ausgabe, Abholung, Analyse und Auswertung/Einmeldung) anfallen, erfasst. Dies einzig mit Ausnahme einer Mutationsanalyse, die mit dem Betrag iHv. [...] zusätzlich abgegolten werden. In der Mutationsanalyse sind dzt. je 3 Mutationen enthalten.

Sonstiges:

Der AN erstellt ein tägliches Reporting der durchgeführten Tests an den AG. Schnittstellen (zur Einmeldung in das EMS-System und in relevante Datenbanken) sind vorhanden.

Der AN sichert eine tagweise Spitzenabdeckung über 5000 Proben zu.

Diese Leistungen (Punkt Sonstiges) sind im Entgelt inkludiert.

weitere Vorgehensweise:

Die Bestellung erfolgt über den e-Shop der B. Mit Zugang der Bestellung wird der Abruf rechtsbeständig, d.h. der Vertrag ist sodann zustande gekommen. Die in dieser Email behandelten Inhalte/Punkte sind sodann Auftragsinhalt.

Bei Fragen stehe ich gerne zur Verfügung."

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Vom L O wurde weiters am 18.12.2021 eine E-Mail an A gesendet, welche unter anderem folgenden Inhalt aufweist (Ausdruck Schreiben vom 18.12.2021 aus dem Vergabeakt L O):

„Sehr geehrter [...],

im Nachgang zur soeben durchgeführten Videokonferenz darf ich zusammengefasst die wesentlichen Bestandteile unseres allfälligen Abrufs aus der Kaskade der obigen Rahmenvereinbarung (kurz ‚RV') anführen. Ergänzungen zu meiner Mail vom 13.12.21 sind hervorgehoben.

Abgerufene Leistungen:

geschätzte Anzahl Testpersonen: 35.000 / Woche

Probenabholung durch AN: 2x täglich (die konkreten Abholzeiten sind mit dem AG abzustimmen)

Abholstellen: Konkretisierung erfolgt noch durch Auftraggeber

Starttermin: Leistungsstart sukzessive, beginnend mit 1.1.2022 (gesamte Ausrollung mit 15.1.2022)

garantierte Auswertzeit: ab Probenabholung max 12 h

Dauer des Abrufs: 1.1.2022 bis 31.12.2022

Entgelt:

Die Gesamtkosten betragen gemäß dem angeschlossenen Auszug der B-Abruf-Excel-Tabelle EUR [...] pro Woche. Das Entgelt wird auf Basis der geleisteten Mengen bzw der tatsächlich durchgeführten Leistungen berechnet.

Im vorgenannten Entgelt sind alle Kosten und Leistungen, die zur erfolgreichen Durchführung der abgerufenen Leistungen, die über alle Leistungsphasen hinweg (Vorbereitung, Ausgabe, Abholung, Analyse und Auswertung/Einmeldung) anfallen, erfasst. Dies einzig mit Ausnahme einer Mutationsanalyse, die mit dem Betrag iHv. € [...] zusätzlich abgegolten werden.

Sonstiges:

Der AN erstellt ein tägliches Reporting der durchgeführten Tests an den AG. Schnittstellen (zur Einmeldung in das EMS-System und in relevante Datenbanken) sind vorhanden.

Der AN sichert eine tagweise Spitzenabdeckung über 5000 Proben zu.

Diese Leistungen (Punkt Sonstiges) sind im Entgelt inkludiert.

Aufgrund der Dauer der Vertragslaufzeit und der dynamischen Entwicklung der COVID-19 Situation sowie den nichtvorhersehbaren Vorgaben des Bundes, wird zwischen den Vertragsparteien unter Einhaltung einer viermonatigen Kündigungsfrist ein wechselseitiges Kündigungsrecht zum Monatsende vereinbart.

weitere Vorgehensweise:

Die Bestellung erfolgt über den e-Shop der B. Mit Zugang der Bestellung wird der Abruf rechtsbeständig, d.h. der Vertrag ist sodann zustande gekommen. Die in dieser Email behandelten Inhalte/Punkte sind sodann Auftragsinhalt.

Wir freuen uns auf die erfolgreiche Zusammenarbeit."

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Es erfolgte vom L O am 18.12.2021 eine Bestellung, wobei der diesbezügliche Ausdruck unter anderem folgenden Inhalt aufweist (Ausdruck Bestellung aus dem Vergabeakt L O):

„Gewünschter Liefertermin

01.01.2022

Frühester Liefertermin

31.12.2021

Spätestester Liefertermin

01.01.2022

Vertragliche Lieferfrist

siehe Abrufinformation

[...]

Lieferantenkommentar(e): [...] Verrechnung nach tatsächlich erbrachter Leistung wie besprochen. Mengenberechnung siehe Tabelle

Lieferantenkommentar(e): [...]

Leistungsfrist (12h) nicht für Mutationsanalysen

[...]

Gemäß Rahmenvereinbarung sind zusätzlich Mutationsanalysen nach Maßgabe der Strategie zur Virusvariantensurveillance des BMSGPK durchzuführen (RZ 114 ff RVB) Je Mutationsanalyse und Variante of Concern werden gem. ausschreibungsgegenständlichen Angebot [...] € vom Auftraggeber an den Auftragnehmer zu vergüten.

[...] Aufgrund der Dauer der Vertragslaufzeit und der dynamischen Entwicklung der COVID-19 Situation sowie den nichtvorhersehbaren Vorgaben des Bundes, wird zwischen den Vertragsparteien unter Einhaltung einer viermonatigen Kündigungsfrist ein wechselseitiges Kündigungsrecht zum Monatsende vereinbart.

Hiermit bestellen wir folgende Positionen

[...]

POS MENGE NAME / ARTIKEL [...]

1 1.820.000 PCR Einzelanalyse [...]

2 7.280 Probenabholung [...]

3 5.824 Probenabholung [...]

4 1.911.000 Präanalytik inkl 5% Reserve

[...]"

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Die Auftragsbestätigung weist unter anderem folgenden Inhalt auf (Ausdruck Auftragsbestätigung aus dem Vergabeakt L O):

„Kommentar: Verrechnung nach tatsächlich erbrachter Leistung wie besprochen. Mengenberechnung siehe Tabelle

Kommentar: Leistungsfrist (12h) nicht für Mutationsanalysen

Kommentar: Gemäß Rahmenvereinbarung sind zusätzlich Mutationsanalysen nach Maßgabe der Strategie zur Virusvariantensurveillance des BMSGPK durchzuführen (RZ 114 ff RVB) Je Mutationsanalyse und Variante of Concern werden gem. ausschreibungsgegenständlichen Angebot [...] € vom Auftraggeber an den Auftragnehmer zu vergüten.

Kommentar: Aufgrund der Dauer der Vertragslaufzeit und der dynamischen Entwicklung der COVID-19 Situation sowie den nicht-vorhersehbaren Vorgaben des Bundes, wird zwischen den Vertragsparteien unter Einhaltung einer viermonatigen Kündigungsfrist ein wechselseitiges Kündigungsrecht zum Monatsende vereinbart."

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Der Preis für eine Mutationsanalyse scheint in dem Ausdruck mit der Abrufkaskade nicht auf. Der in den oben (auszugsweise) wiedergegebenen E-Mails angeführte Preis für eine Mutationsanalyse entspricht jenem Preis, der im Leistungsverzeichnis von A angegeben war (Ausdrucke Leistungsverzeichnis in der Verhandlung vorgelegt; Ausdruck Abrufkaskade aus dem Vergabeakt L O; Ausdruck E-Mails aus dem Vergabeakt L O).

II.2. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich im Wesentlichen aus den vorliegenden Unterlagen, den Angaben der Parteien und den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung, wobei die einzelnen Feststellungen vor allem auf dem jeweils in Klammer Angeführten beruhen. Ergänzend ist anzuführen, dass sich aus einem Vergleich des Leistungsverzeichnisses von X mit dem vom L O vorgelegten Ausdruck mit Abrufkaskade (aus dem Vergabeakt L O) ergibt, dass das Angebot von X nicht allen vorgegebenen bzw. notwendigen Merkmalen entsprochen hat. Es wurde dies auch in der mündlichen Verhandlung erörtert und es wurde vom Vertreter von X zugestanden, dass das Angebot von X (zumindest zum damaligen Zeitpunkt) nicht allen Merkmalen entsprochen hat.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Gemäß § 2 Abs. 4 Oö. VergRSG 2006 ist das Landesverwaltungsgericht nach Zuschlagserteilung zuständig,

1. im Rahmen der vom Antragsteller bzw. von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob wegen eines Verstoßes gegen die bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens oder die dazu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis bzw. dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde;

5. zur Feststellung, ob der Zuschlag bei der Vergabe einer Leistung aufgrund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems wegen eines Verstoßes gegen § 155 Abs. 4 bis 9, § 162 Abs. 1 bis 5, § 316 Abs. 1 bis 3 oder § 323 Abs. 1 bis 5 BVergG 2018 bzw. § 130 Abs. 4 bis 6 BVergGVS 2012 rechtswidrig war.

Gemäß § 12 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 kann ein Unternehmer bzw. eine Unternehmerin, der bzw. die ein Interesse am Abschluss eines den bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens unterliegenden Vertrags hatte, sofern ihm bzw. ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen bundesgesetzliche Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, bzw., dass der Zuschlag bei der Vergabe einer Leistung aufgrund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems wegen eines Verstoßes gegen § 155 Abs. 4 bis 9, § 162 Abs. 1 bis 5, § 316 Abs. 1 bis 3 oder § 323 Abs. 1 bis 5 BVergG 2018 bzw. § 130 Abs. 4 bis 6 BVergGVS 2012 rechtswidrig war.

Gemäß § 16 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 hat das Landesverwaltungsgericht eine Feststellung gemäß § 2 Abs. 4 Z 1 und 5 und Abs. 5 Z 1 und 3 nur dann zu treffen, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war.

III.2. Im vorliegenden Fall bringt das L O vor, dass der Antrag von X verspätet wäre. Gemäß § 13 Oö. VergRSG 2006 sind Anträge auf Feststellung nach § 12 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 innerhalb von sechs Monaten ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller vom Zuschlag Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis erlangen hätte können. Der gegenständliche Antrag auf Feststellung ist daher jedenfalls rechtzeitig.

III.3. Die Antragstellerin bringt zunächst vor, dass A keine Befugnis zur Erbringung der gegenständlichen Leistungen hätte und daher eine Vergabe des Auftrags an A rechtswidrig sei. Dazu ist Folgendes auszuführen:

III.3.1. § 2 Abs. 2 ÄrzteG lautet:

„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 397/A XXVII. GP wird diesbezüglich Folgendes ausgeführt:

„Die durch den ergänzten Halbsatz nominierte 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 Epidemiegesetz lautet auszugsweise:

„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 397/A XXVII. GP wird diesbezüglich Folgendes ausgeführt:

„Im Ärztegesetz 1998 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."

§ 4 Abs. 5 MTD-Gesetz lautet:

„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."

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich schließt sich der Rechtsansicht des Bundesverwaltungsgerichtes (vgl. BVwG 24.11.2021, W134 2246891-2) an, wonach sich aus einer Zusammenschau von § 2 Abs. 2 Z 1 ÄrzteG und § 28c EpiG samt den Erläuterungen dazu ergibt, dass, wenn naturwissenschaftliche Einrichtungen, wie etwa chemische Laboratorien (gemäß § 94 Z 10 GewO), im Rahmen einer Pandemie Labortätigkeiten im Humanbereich aufnehmen wollen, diese zwar verpflichtet sind, vor Aufnahme ihrer Tätigkeit dies dem Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz unter Nachweis ihrer fachlichen Eignung zu melden. Allerdings dürfen diese naturwissenschaftlichen Einrichtungen die Tätigkeit sodann so lange durchführen, bis der für das Gesundheitswesen zuständige Bundesminister ihnen dies aus den in § 28c Abs. 5 EpiG genannten Gründen untersagt (vgl. BVwG 24.11.2021, W134 2246891-2, unter Hinweis auf LG Salzburg 03.10.2021, 2 Cg 93/21g, sowie HG Wien 27.09.2021, 43 Cg 12/21v-20; ebenso im Ergebnis LG St. Pölten 19.10.2021,
4 Cg 100/21p - 7). Der Begriff der „naturwissenschaftlichen Einrichtung" wird zwar im ÄrzteG bzw. in § 28c EpiG nicht konkret definiert, jedoch handelt es sich bei Chemie um eine Naturwissenschaft und es können nach Auffassung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich chemische Laboratorien als naturwissenschaftliche Einrichtungen angesehen werden (so auch BVwG 24.11.2021, W134 2246891-2; LG St. Pölten 19.10.2021, 4 Cg 100/21p - 7).

A verfügt über die Gewerbeberechtigung „Chemische Laboratorien" und A scheint auf der Laborliste des Bundesministeriums für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz auf. Es ist auch unter Berücksichtigung des Vorbringens der Antragstellerin daher nicht ersichtlich, weswegen die Zuschlagsempfängerin (als naturwissenschaftliche Einrichtung gemäß § 28c EpiG) nicht befugt sein sollte, den verfahrensgegenständlichen Leistungsteil Laboranalyse zu erbringen.

III.3.2. Aus den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen ergibt sich, dass der Unternehmer seine Befugnis durch eine aufrechte Bewilligung über Errichtung und Betrieb einer Krankenanstalt 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 hat (vgl. Punkt 5.2.2). Im vorliegenden Fall kommt von den angeführten Nachweisen für A sohin ein GISA-Auszug in Betracht.

Eine tatsächliche Vorlage eines GISA-Auszugs durch A war angesichts der Regelung in Punkt 5.1 der bestandfesten Ausschreibungsunterlagen nicht erforderlich, da der Unternehmer „jene Nachweise nicht vorlegen [muss], die über eine kostenlos zugängliche Datenbank gemäß § 80 Abs. 5 BVergG 2018 erhältlich sind" (vgl. zur kostenlosen GISA-Abfrage Gölles/Makarius/K. Fuchs in Gölles, BVergG 2018 § 80 Rz 29). Es ist daher im Übrigen auch irrelevant, ob bzw. inwieweit A in einem früheren Vergabeverfahren allenfalls einen GISA-Auszug vorgelegt hat.

Zu den Ausführungen der Antragstellerin, wonach das Bestehen einer naturwissenschaftlichen Einrichtung nur durch Vorlage eines Auszugs aus der Laborliste des Gesundheitsministeriums dargelegt werden könne, ist auszuführen, dass

nach den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen die Vorlage eines Auszugs aus der Laborliste nicht gefordert wird und im Übrigen auch die Laborliste des Bundesministeriums für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz im Internet (kostenlos) zugänglich ist. Es besteht daher auch ohne Vorlage eines Auszugs aus der Laborliste die Möglichkeit zu prüfen, ob A auf der Laborliste aufscheint.

III.4. Im vorliegenden Fall bringt die Antragstellerin zudem (zusammengefasst) vor, dass unzulässige Änderungen erfolgt seien, insbesondere wegen der Festlegung von Kündigungsfristen. Der Auftraggeber könne zwar die Dauer des Abrufs definieren (was er auch mache), aber gegenständlich sei auch eine viermonatige Kündigungsfrist vereinbart worden, was eine Abweichung von der Rahmenvereinbarung darstelle. Zudem werde vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu prüfen sein, ob die Anpassungen der Zuschlagsempfängerin gemäß Punkt 8.3 der Rahmenvereinbarung den Voraussetzungen der Rahmenvereinbarung entsprechen. Dazu ist Folgendes auszuführen:

III.4.1. Im vorliegenden Fall ist zunächst zu berücksichtigen, dass sowohl in den „Kommentaren" bei Bestellung und Auftragsbestätigung als auch in der E-Mail vom 18.12.2021 von einer viermonatigen Kündigungsfrist die Rede ist. Da in der E-Mail vom 18.12.2021 ausdrücklich festgehalten wird, dass die darin behandelten Inhalte/Punkte Auftragsinhalt seien, kann insofern dahingestellt bleiben, inwieweit auch allfällige ausschließlich als „Kommentar" auf den Dokumenten Bestellung und Auftragsbestätigung aufscheinende Punkte dadurch Vertragsinhalt wären. Es ergibt sich jedenfalls in Zusammenschau mit der E-Mail vom 18.12.2021, dass die Kündigungsmöglichkeit mit viermonatiger Kündigungsfrist Vertragsinhalt ist.

Der Vollständigkeit halber sei zur Laufzeit der Leistung im Hinblick auf die Ausführungen in der Bestellung (Gewünschter Liefertermin, Frühester Liefertermin, Spätestester Liefertermin, Vertragliche Lieferfrist) darauf verwiesen, dass in der E-Mail die Dauer des Abrufs ausdrücklich mit 01.01.2022 bis 31.12.2022 festgelegt wird und auch diesbezüglich zu berücksichtigen ist, dass in der E-Mail festgehalten wird, dass die darin angeführten Inhalte/Punkte Auftragsinhalt sind. Schon aus der E-Mail ergibt sich daher die Laufzeit der Leistung grundsätzlich mit 01.01.2022 bis 31.12.2022.

III.4.2. Gemäß Punkt 5.2.2 der Rahmenvereinbarung sind Direktabrufe für alle im Leistungsverzeichnis definierten Leistungen zulässig, sofern die Leistungs- und Vertragsbedingungen nicht geändert werden. Da in Punkt 5.2.2 der Rahmenvereinbarung (nur) darauf abgestellt wird, dass keine Änderungen der Leistungs- und Vertragsbedingungen erfolgen und hinsichtlich der Festlegung der Laufzeit keine für den vorliegenden Fall relevanten konkreten Vorgaben ersichtlich sind, kann nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich der Auftraggeber die gewünschte Laufzeit der Leistung festlegen. Die Festlegung einer (beiderseitigen) Kündigungsmöglichkeit ist nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich insofern als Festlegung betreffend die Laufzeit der Leistung anzusehen. Mit der Vereinbarung einer Kündigungsmöglichkeit unter Einhaltung einer viermonatigen Frist erfolgt im Übrigen auch keine Änderung einer konkreten Regelung der Rahmenvereinbarung. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass durch die Vereinbarung der Kündigungsmöglichkeit mit viermonatiger Kündigungsfrist die Leistungs- und Vertragsbedingungen nicht geändert werden und daher ein Direktabruf gemäß Punkt 5.2.2 der Rahmenvereinbarung zulässig bleibt.

Gleiches gilt im Übrigen auch im Hinblick auf die Festlegung der Mengen der abgerufenen Leistungen, also etwa die Anzahl der Analysen bzw. die Anzahl der gewünschten Abholungen. Auch diese Mengen kann der Auftraggeber beim Abruf festlegen.

III.4.3. Im Hinblick auf das Vorbringen der Antragstellerin betreffend die Anpassung der Preise gemäß Punkt 8.3 der Rahmenvereinbarung ist Folgendes auszuführen: Aus dem in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Leistungsverzeichnis und dem Leistungsverzeichnis mit dem Vermerk „Update 24.09.21" sowie der Übersicht über die gemeldeten Änderungen ergibt sich, dass von A betreffend den verfahrensgegenständlichen Leistungsteil Laboranalyse bezogen auf die verfahrensgegenständlich relevanten Leistungen eine Preisanpassung insofern erfolgte, als die Preise für Probenabnahmematerial verändert wurden, wobei die neuen Preise (gemäß Anpassungsmeldung vom 24.09.21) geringer sind (für die genauen Zahlen siehe die vom Auftraggeber vorgelegten Ausdrucke). Es ist daher nicht ersichtlich, dass diese Anpassung der Zuschlagsempfängerin gemäß Punkt 8.3 der Rahmenvereinbarung den Voraussetzungen der Rahmenvereinbarung widersprechen würde. Der in der Abrufkaskade, in der Bestellung und in

der Auftragsbestätigung aufscheinende Einzelpreis netto betreffend Probenabnahmematerial (in der Bestellung erkennbar mit „Präanalytik“ bezeichnet) stimmt im Übrigen auch mit dem angepassten Preis (gemäß dem vorgelegten Ausdruck Leistungsverzeichnis mit dem Vermerk „Update 24.09.21“) überein.

Hinsichtlich der Preise für einzelne Leistungen ist generell auszuführen, dass gemäß Punkt 8.1 der Rahmenvereinbarung als Entgelt ohnedies der zugeschlagene Preis als vereinbart gilt, wobei nach der ausdrücklichen Regelung in der Rahmenvereinbarung der zugeschlagene Preis „jener Preis [ist], der im e-Shop im Kaskadenblatt zum Zeitpunkt der Bestellung angegeben war“. Dass der Auftraggeber beim gegenständlichen Abruf von dieser Regelung nicht abweichen will, ergibt sich auch aus den E-Mails, da in diesen ausdrücklich auf die Gesamtkosten „gemäß dem angeschlossenen Auszug der B-Abruf-Excel-Tabelle [...] pro Woche“ verwiesen wird.

Der Vollständigkeit halber sei hinsichtlich der Preise noch angeführt, dass auch der Einzelpreis (netto) für die Einzelanalyse in der Abrufkaskade, der Bestellung und der Auftragsbestätigung mit dem Preis aus dem vorgelegten Leistungsverzeichnis übereinstimmt (für die konkreten Zahlen siehe die vom Auftraggeber vorgelegten Ausdrucke). Zudem entspricht auch der in den E-Mails vom 13.12.2021 und 18.12.2021 (und in der Bestellung und Auftragsbestätigung) angeführte Preis für eine Mutationsanalyse jenem Preis, der im vorgelegten Leistungsverzeichnis von A aufscheint (für die konkreten Zahlen siehe die vom Auftraggeber vorgelegten Ausdrucke). Die Verrechnung erfolgt zudem (nur) für die tatsächlich durchgeführten Leistungen (vgl. dazu vor allem die E-Mail: Das Entgelt wird auf Basis der geleisteten Mengen bzw der tatsächlich durchgeführten Leistungen berechnet.).

III.4.4. Soweit die Antragstellerin im Hinblick auf die „Kommentare“ bei der Auftragsbestätigung vorbringt, dass offenbar über den Leistungsgegenstand bzw. über Vertragsbedingungen von Auftraggeber und Zuschlagsempfängerin unzulässiger Weise nachträglich disponiert worden wäre, ist auszuführen, dass dies für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich im Hinblick auf die vorliegenden Kommentare nicht ersichtlich ist. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass nach der Rahmenvereinbarung der Vertrag über die abgerufene Leistung bereits mit Übermittlung des Abrufs (Bestellung) zustande kommt, sodass auf Basis dieser Regelung nach Übermittlung des Abrufs vom Auftragnehmer erfolgende Kommentare ohnedies nur als Erklärungen nach Zustandekommen des Vertrags anzusehen wären. Zudem ist betreffend die konkreten Kommentare im vorliegenden Fall noch Folgendes zu berücksichtigen: Dass die Verrechnung nach tatsächlich erbrachter Leistung erfolgt, entspricht dem gemeinsamen Verständnis der gegenständlichen Verfahrensparteien (vgl. die Erörterung in der mündlichen Verhandlung) und es lässt sich der Rahmenvereinbarung nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich auch nicht entnehmen, dass nicht durchgeführte Leistungen zwingend zu verrechnen wären. Dass die Zeit bis zum Ergebnis von 12 Stunden nicht für die Mutationsanalyse gilt, ergibt sich bereits aus einer Zusammenschau von Punkt 7.1.5 mit Punkt 7.1.8 der Rahmenvereinbarung, da es bei dieser Zeit (von 12 Stunden) um die Analyseergebnisse der „normalen“ PCR-Einzelanalyse (und nicht um die Mutationsanalyse) geht. Im Übrigen wurde vom Rechtsvertreter der Antragstellerin das diesbezüglich zunächst erstattete Vorbringen nach einem Telefonat mit der Mandantschaft auch zurückgezogen. Dass jede positive Probe auf Mutationen zu analysieren ist und an den Auftraggeber entsprechend dem angebotenen Entgelt für Mutationsanalysen verrechnet wird, ergibt sich ebenfalls bereits aus der Rahmenvereinbarung (siehe Punkt 7.1.5). Zur Dauer der Vertragslaufzeit bzw. zur vereinbarten Kündigungsmöglichkeit kann auf die Ausführungen unter den Punkten III.4.1. und III.4.2. verwiesen werden. Es ist daher insofern nicht ersichtlich, dass mit den gegenständlichen „Kommentaren“ eine unzulässige nachträgliche Disposition über den Leistungsgegenstand bzw. über Vertragsbedingungen erfolgt wäre.

III.4.5. Zum Vorbringen der Antragstellerin, wonach sie bei Ausnahme der Abrufunterlagen von der Akteneinsicht nicht abschließend beurteilen könne, ob es zu unzulässigen Änderungen der Leistungs- und Vertragsbedingungen gekommen ist, ist Folgendes auszuführen: Die Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung in teilweise geschwärzte Unterlagen aus dem Vergabeakt des Auftraggebers betreffend den gegenständlichen Abruf Einsicht genommen, sodass sich die Antragstellerin (mit Ausnahme der Preise) Kenntnis über den Inhalt des erfolgten Abrufs verschaffen konnte. Es war der Antragstellerin daher auch möglich, zu prüfen, ob allfällige unzulässige Änderungen der Leistungs- und Vertragsbedingungen im Zuge des verfahrensgegenständlichen Abrufs erfolgt sind. Es war der Antragstellerin sohin aber auch möglich, diesbezüglich ein konkretes Vorbringen zu erstatten.

Wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, liegen die von der Antragstellerin behaupteten unzulässigen Änderungen der Leistungs- und Vertragsbedingungen bzw. unzulässigen Dispositionen über die Leistungs- und Vertragsbedingungen aufgrund der vereinbarten Kündigungsmöglichkeit bzw. der „Kommentare“ nicht vor (siehe oben

die Punkte III.4.1. bis III.4.4.). Es ist auch nicht ersichtlich, dass die verfahrensgegenständlich relevante Anpassung der Zuschlagsempfängerin gemäß Punkt 8.3 der Rahmenvereinbarung den Voraussetzungen der Rahmenvereinbarung widersprechen würde (siehe oben Punkt III.4.3.). Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die von der Antragstellerin behaupteten unzulässigen Änderungen der Leistungs- und Vertragsbedingungen nicht vorliegen.

III.5. Unabhängig von obigen Ausführungen ist im vorliegenden Fall weiters zu berücksichtigen, dass das Angebot von X nicht den vom L O beim verfahrensgegenständlichen Abruf vorgegebenen Merkmalen entsprochen hat. Die Antragstellerin führt im Feststellungsantrag bezüglich des (drohenden) Schadens aber gerade aus, dass für die Antragstellerin insbesondere keine Möglichkeit bestünde, Schadenersatz geltend zu machen, falls bei Abrufen aus der Rahmenvereinbarung unbefugte und ungeeignete Unternehmen den Zuschlag erhalten würden und nicht die Antragstellerin als eigentliche Billigstbieterin. Es würde, so X, der Antragstellerin als eigentlicher Billigstbieterin der aus dem Abruf zu lukrierende Gewinn entgehen und es drohe der Verlust wichtiger Referenzprojekte für zukünftige Ausschreibungen. Da das Angebot von X jedoch nicht den vom L O beim verfahrensgegenständlichen Abruf vorgegebenen Merkmalen entsprochen hat, hätte die Antragstellerin beim gegenständlichen Direktabruf aber ohnedies keinen Zuschlag erhalten können, sodass der Antragstellerin insofern durch den Abruf über die Zuschlagsempfängerin auch kein Schaden entsteht.

III.6. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten nicht vorliegen. Überdies hat das Angebot von X nicht den beim verfahrensgegenständlichen Abruf vorgegebenen Merkmalen entsprochen. Es ist somit den Feststellungsanträgen von X nicht stattzugeben. Da X im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nicht obsiegt, besteht gemäß § 23 Oö. VergRSG 2006 auch kein Anspruch auf Ersatz der entrichteten Gebühren.

Es ist daher spruchgemäß zu entscheiden.

IV. Zulässigkeit der ordentlichen Revision: Die ordentliche Revision ist zulässig, da in der gegenständlichen Entscheidung Rechtsfragen beurteilt werden, denen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt. Dies betrifft vor allem die Fragen, was unter naturwissenschaftlichen Einrichtungen im Sinne des § 28c Epidemiegesetz bzw. des § 2 Abs. 2 Z 1 Ärztegesetz zu verstehen ist bzw. inwieweit solche Einrichtungen auf Basis der gegenständlichen Rahmenvereinbarung zur Durchführung von Laboranalysen befugt sind. Zu diesen Fragen liegt - soweit ersichtlich - noch keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vor.

Schlagworte

Vergabeverfahren; Zuschlag; Laboranalysen SARS-CoV-2 (Covid-19); Rahmenvereinbarung; naturwissenschaftliche Einrichtungen

Quelle: Landesverwaltungsgericht Oberösterreich LVwg Oberösterreich, http://www.lvwg-ooe.gv.at

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at