

TE Bvwg Erkenntnis 2022/4/19 W134 2252194-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.04.2022

Entscheidungsdatum

19.04.2022

Norm

BVergG 2018 §151

BVergG 2018 §155

BVergG 2018 §334 Abs3

BVergG 2018 §342

BVergG 2018 §353

BVergG 2018 §356

B-VG Art133 Abs4

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. BVergG 2018 § 151 heute
2. BVergG 2018 § 151 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 151 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 155 heute
2. BVergG 2018 § 155 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 334 heute
2. BVergG 2018 § 334 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 342 heute
2. BVergG 2018 § 342 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 353 heute
2. BVergG 2018 § 353 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 353 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 356 heute
2. BVergG 2018 § 356 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 356 gültig von 01.03.2019 bis 28.02.2026
4. BVergG 2018 § 356 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2019

1. B-VG Art. 133 heute

2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGVG § 24 heute

2. VwGVG § 24 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2017 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017

4. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

1. VwGVG § 28 heute

2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 28 heute

2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

,

W134 2251839-1/28E

W134 2251839-2/29E

W134 2251839-3/2E

W134 2251839-4/2E

W134 2252194-1/29E

W134 2252194-2/30E

W134 2252194-3/2E

W134 2252194-4/2E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

I. Feststellungsverfahren betreffend Zuschläge zugunsten der XXXX . (kurz: XXXX), GZ W134 2251839: römisch eins.
Feststellungsverfahren betreffend Zuschläge zugunsten der römisch 40 . (kurz: römisch 40), GZ W134 2251839:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Jirina Rady als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Manfred Müllner als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung und Beauftragungen iZm Rahmenvereinbarung „SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen“ (BBG-GZ: 5301.03891), Direktabruf vom 16.09.2021, Vertragsnummer 5301.03891.001.11“ 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 der Anträge der XXXX , vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien, vom 17.02.2022 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 16.03.2022 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Jirina Rady als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr.

Manfred Müllner als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung und Beauftragungen iZm Rahmenvereinbarung „SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen“ (BBG-GZ: 5301.03891), Direktabruf vom 16.09.2021, Vertragsnummer 5301.03891.001.11“ 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 der Anträge der römisch 40, vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien, vom 17.02.2022 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 16.03.2022 zu Recht erkannt:

A)

I. Der Antrag „i. festzustellen, dass der Zuschlag zugunsten der XXXX vom 16.09.2021 aufgrund der Rahmenvereinbarung "SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen" (BBG-GZ: 5301.03891) wegen eines Verstoßes gegen § 155 Abs 5 bis 9 BVergG rechtswidrig war“ wird gemäß § 342 BVergG 2018 abgewiesen. römisch eins. Der Antrag „i. festzustellen, dass der Zuschlag zugunsten der römisch 40 vom 16.09.2021 aufgrund der Rahmenvereinbarung "SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen" (BBG-GZ: 5301.03891) wegen eines Verstoßes gegen Paragraph 155, Absatz 5 bis 9 BVergG rechtswidrig war“ wird gemäß Paragraph 342, BVergG 2018 abgewiesen.

II. Der Antrag „ii. festzustellen, dass der der (sic!) Zuschlag vom 16.09.2021 betreffend „PCR Testungen Schulbereich Wien, NÖ und OÖ“ zugunsten der XXXX auf Basis der Rahmenvereinbarung "SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen" (BBG-GZ: 5301.03891) wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz, den hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde“ wird gemäß § 342 BVergG 2018 abgewiesen. römisch zwei. Der Antrag „ii. festzustellen, dass der der (sic!) Zuschlag vom 16.09.2021 betreffend „PCR Testungen Schulbereich Wien, NÖ und OÖ“ zugunsten der römisch 40 auf Basis der Rahmenvereinbarung "SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen" (BBG-GZ: 5301.03891) wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz, den hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde“ wird gemäß Paragraph 342, BVergG 2018 abgewiesen.

B)

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

2.

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Jirina Rady als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Manfred Müllner als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung und Beauftragungen iZm Rahmenvereinbarung „SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen“ (BBG-GZ: 5301.03891), Direktabruf vom 08.10.2021, Vertragsnummer 5301.03891.001.11“ 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 der Anträge der XXXX, vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien, vom 17.02.2022 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 16.03.2022 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Jirina Rady als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Manfred Müllner als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung und Beauftragungen iZm Rahmenvereinbarung „SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen“ (BBG-GZ: 5301.03891), Direktabruf vom 08.10.2021, Vertragsnummer 5301.03891.001.11“ 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 der Anträge der römisch 40, vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien, vom 17.02.2022 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 16.03.2022 zu Recht erkannt:

A)

I. Der Antrag „iii. festzustellen, dass der Zuschlag zugunsten der XXXX vom 8.10.2021 aufgrund der Rahmenvereinbarung "SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen" (BBG-GZ: 5301.03891) wegen eines Verstoßes gegen § 155

Abs 5 bis 9 BVergG rechtswidrig war“ wird gemäß § 342 BVergG 2018 abgewiesen. römisch eins. Der Antrag „iii. festzustellen, dass der Zuschlag zugunsten der römisch 40 vom 8.10.2021 aufgrund der Rahmenvereinbarung "SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen" (BBG-GZ: 5301.03891) wegen eines Verstoßes gegen Paragraph 155, Absatz 5 bis 9 BVergG rechtswidrig war“ wird gemäß Paragraph 342, BVergG 2018 abgewiesen.

II. Der Antrag „iv. festzustellen, dass der Zuschlag vom 8.10.2021 betreffend „PCR Testungen Schulbereich“ zugunsten der XXXX auf Basis der Rahmenvereinbarung "SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen" (BBG-GZ: 5301.03891) wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz, den hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde“ wird gemäß § 342 BVergG 2018 abgewiesen. römisch zwei. Der Antrag „iv. festzustellen, dass der Zuschlag vom 8.10.2021 betreffend „PCR Testungen Schulbereich“ zugunsten der römisch 40 auf Basis der Rahmenvereinbarung "SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen" (BBG-GZ: 5301.03891) wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz, den hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde“ wird gemäß Paragraph 342, BVergG 2018 abgewiesen.

B)

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

3.

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung und Beauftragungen iZm Rahmenvereinbarung „SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen“ (BBG-GZ: 5301.03891), Direktabruf vom 16.09.2021, Vertragsnummer 5301.03891.001.11“ 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 der Anträge der XXXX, vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien, vom 17.02.2022 folgenden Beschluss: Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung und Beauftragungen iZm Rahmenvereinbarung „SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen“ (BBG-GZ: 5301.03891), Direktabruf vom 16.09.2021, Vertragsnummer 5301.03891.001.11“ 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 der Anträge der römisch 40, vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien, vom 17.02.2022 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. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

4.

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung und Beauftragungen iZm Rahmenvereinbarung „SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen“ (BBG-GZ: 5301.03891), Direktabruf vom 08.10.2021, Vertragsnummer 5301.03891.001.11“ 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 der Anträge der XXXX, vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien, vom 17.02.2022 folgenden Beschluss: Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung und Beauftragungen iZm Rahmenvereinbarung „SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen“ (BBG-GZ: 5301.03891), Direktabruf vom 08.10.2021, Vertragsnummer 5301.03891.001.11“ 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 der Anträge der römisch 40 , vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien, vom 17.02.2022 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. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

II. Feststellungsverfahren betreffend Zuschläge zugunsten der Bietergemeinschaft XXXX (kurz: BIEGE XXXX), GZ W134 2252194:römisch zwei. Feststellungsverfahren betreffend Zuschläge zugunsten der Bietergemeinschaft römisch 40 (kurz: BIEGE römisch 40), GZ W134 2252194:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Jirina Rady als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Manfred Müllner als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung und Beauftragungen iZm Rahmenvereinbarung „SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen“ (BBG-GZ: 5301.03891), Direktabruf vom 16.09.2021, Vertragsnummer 5301.03891.001.07“ der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Bildung, Wissenschaft und Forschung, vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, alle vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund der Anträge der XXXX , vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien, vom 28.02.2022 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 16.03.2022 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Jirina Rady als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Manfred Müllner als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung und Beauftragungen iZm Rahmenvereinbarung „SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen“ (BBG-GZ: 5301.03891), Direktabruf vom 16.09.2021, Vertragsnummer 5301.03891.001.07“ der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Bildung, Wissenschaft und Forschung, vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, alle vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund der Anträge der römisch 40 , vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien, vom 28.02.2022 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 16.03.2022 zu Recht erkannt:

A)

I. Der Antrag „i. festzustellen, dass der Zuschlag zugunsten der XXXX vom 16.09.2021 aufgrund der Rahmenvereinbarung "SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen" (BBG-GZ: 5301.03891) wegen eines Verstoßes gegen § 155 Abs 5 bis 9 BVergG rechtswidrig war“ wird gemäß § 342 BVergG 2018 abgewiesen. römisch eins. Der Antrag „i. festzustellen, dass der Zuschlag zugunsten der römisch 40 vom 16.09.2021 aufgrund der Rahmenvereinbarung "SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen" (BBG-GZ: 5301.03891) wegen eines Verstoßes gegen Paragraph 155, Absatz 5 bis 9 BVergG rechtswidrig war“ wird gemäß Paragraph 342, BVergG 2018 abgewiesen.

II. Der Antrag „ii. festzustellen, dass der der (sic!) Zuschlag vom 16.09.2021 betreffend „PCR Testungen Schulbereich Bgld, Stmk, Kärnten, Sbg, Tirol und Vbg“ zugunsten der XXXX auf Basis der Rahmenvereinbarung "SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen" (BBG-GZ: 5301.03891) wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz, den hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde“ wird gemäß § 342 BVergG 2018 abgewiesen. römisch zwei. Der Antrag „ii. festzustellen, dass der der (sic!) Zuschlag vom 16.09.2021 betreffend „PCR Testungen Schulbereich Bgld, Stmk, Kärnten, Sbg, Tirol und Vbg“ zugunsten der römisch 40 auf Basis der Rahmenvereinbarung "SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen" (BBG-GZ: 5301.03891) wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz, den hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde“ wird gemäß Paragraph 342, BVergG 2018 abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässigDie Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

2.

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Jirina Rady als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Manfred Müllner als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung und Beauftragungen iZm Rahmenvereinbarung „SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen“ (BBG-GZ: 5301.03891), Direktabruf vom 08.10.2021, Vertragsnummer 5301.03891.001.07“ 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 der Anträge der XXXX , vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien, vom 28.02.2022 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 16.03.2022 zu Recht erkannt:Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Jirina Rady als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Manfred Müllner als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung und Beauftragungen iZm Rahmenvereinbarung „SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen“ (BBG-GZ: 5301.03891), Direktabruf vom 08.10.2021, Vertragsnummer 5301.03891.001.07“ 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 der Anträge der römisch 40 , vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien, vom 28.02.2022 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 16.03.2022 zu Recht erkannt:

A)

I. Der Antrag „iii. festzustellen, dass der Zuschlag zugunsten der XXXX vom 8.10.2021 aufgrund der Rahmenvereinbarung "SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen" (BBG-GZ: 5301.03891) wegen eines Verstoßes gegen § 155 Abs 5 bis 9 BVergG rechtswidrig war“ wird gemäß § 342 BVergG 2018 abgewiesen. römisch eins. Der Antrag „iii. festzustellen, dass der Zuschlag zugunsten der römisch 40 vom 8.10.2021 aufgrund der Rahmenvereinbarung "SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen" (BBG-GZ: 5301.03891) wegen eines Verstoßes gegen Paragraph 155, Absatz 5 bis 9 BVergG rechtswidrig war“ wird gemäß Paragraph 342, BVergG 2018 abgewiesen.

II. Der Antrag „iv. festzustellen, dass der Zuschlag vom 8.10.2021 betreffend „PCR Testungen Schulbereich“ zugunsten der XXXX auf Basis der Rahmenvereinbarung "SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen" (BBG-GZ: 5301.03891) wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz, den hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde“ wird gemäß § 342 BVergG 2018 abgewiesen. römisch zwei. Der Antrag „iv. festzustellen, dass der Zuschlag vom 8.10.2021 betreffend „PCR Testungen Schulbereich“ zugunsten der römisch 40 auf Basis der Rahmenvereinbarung "SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen" (BBG-GZ: 5301.03891) wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz, den hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde“ wird gemäß Paragraph 342, BVergG 2018 abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässigDie Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

3.

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung und Beauftragungen iZm Rahmenvereinbarung „SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen“ (BBG-GZ: 5301.03891), Direktabruf vom 16.09.2021, Vertragsnummer 5301.03891.001.07“ 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 der Anträge der XXXX vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien, vom 28.02.2022 folgenden Beschluss:Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber

betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung und Beauftragungen iZm Rahmenvereinbarung „SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen“ (BBG-GZ: 5301.03891), Direktabruf vom 16.09.2021, Vertragsnummer 5301.03891.001.07“ 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 der Anträge der römisch 40 vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberttring 6, 1010 Wien, vom 28.02.2022 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 zulässigDie Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

4.

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung und Beauftragungen iZm Rahmenvereinbarung „SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen“ (BBG-GZ: 5301.03891), Direktabruf vom 08.10.2021, Vertragsnummer 5301.03891.001.07“ 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 der Anträge der XXXX , vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberttring 6, 1010 Wien, vom 28.02.2022 folgenden Beschluss:Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung und Beauftragungen iZm Rahmenvereinbarung „SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen“ (BBG-GZ: 5301.03891), Direktabruf vom 08.10.2021, Vertragsnummer 5301.03891.001.07“ 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 der Anträge der römisch 40 , vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberttring 6, 1010 Wien, vom 28.02.2022 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 zulässigDie Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

,

,

Text

Entscheidungsgründe:, Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

Mit Schreiben vom 17.02.2022 sowie vom 28.02.2022 stellte die Antragstellerin die im Spruch genannten Feststellungsanträge sowie Pauschalgebührenersatzanträge, Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Akteneinsicht. Diese Rechtssachen wurden zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbundenen.

Begründend wurde von der Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen ausgeführt, dass sich ihre Feststellungsanträge gegen vier Direktabrufe der Auftraggeberin, zwei Direktabrufe vom 16.09.2021 und zwei Direktabrufe vom 08.10.2021, richten würden. Diese vier Direktabrufe seien vergaberechtlich unzulässig, da mit diesen von den Leistungs- und Vertragsbedingungen der Rahmenvereinbarung abgewichen worden sei. Die vergaberechtlich

unzulässigen Abweichungen seien folgende:

1) Die Antragstellerin vermute bei allen vier bekämpften Zuschlägen, dass die ursprünglichen Preise der Rahmenvereinbarung erhöht worden seien oder dass Leistungen abgegolten würden, die nicht gesondert abzugelten wären bzw. soweit die Auftraggeberin nunmehr einwende, dass die Zuschläge auf Basis zulässigerweise geänderter Kaskadenmerkmale erfolgt sei, dass diese Änderungen nach den Vorgaben der Rahmenvereinbarung nicht zulässig seien.

2) Gemäß Punkt 7.1.4 der KAB-RV müssten Proben bis zu einem Ct-Wert von 35 als positiv detektiert werden können. Unter Punkt 7.4 des Rahmenvertrages sei hingegen festgelegt worden, dass ein Ct-Wert von 33 ausreiche. Es handle sich um eine unzulässige Abweichung von der Rahmenvereinbarung.

3) Gemäß Punkt 7.1.2 der KAB-RV habe der jeweilige Auftragnehmer ein System zur Dateneingabe zur Registrierung/Identifizierung der Probanden zur Verfügung zu stellen. Wie in Punkt 7.2 des Rahmenvertrages sowie wie in Beilage ./L (Anleitung für Schulleitungen und Pädagoginnen zur Durchführung von PCR Tests an ihrer Schule) zu ersehen, werde dem Auftragnehmer dagegen konkret vorgeschrieben, wie das Testsystem auszusehen habe. Das System sei daher nicht vom Auftragnehmer zur Verfügung zu stellen, sondern das System werde vom Auftraggeber im Detail vorgegeben. Es handle sich um eine unzulässige Abweichung von der Rahmenvereinbarung.

4) Gemäß Punkt 7.1.5 der KAB-RV sei jede positive Probe einer Mutationsanalyse zuzuführen. Im Gegensatz dazu sehe Punkt 7.5 des Rahmenvertrages vor, dass der Auftraggeber die Möglichkeit habe, die Durchführung von Mutationsanalysen mit einer Vorlaufzeit von drei Tagen aussetzen zu lassen bzw. nach Aussetzung wieder aufnehmen zu lassen. Diese Möglichkeit bestehe für den Auftraggeber nach den bestandfesten Festlegungen der Rahmenvereinbarung hingegen nicht. Es handle sich um eine unzulässige Abweichung von der Rahmenvereinbarung.

5) Gemäß Punkt 7.1.8 der KAB-RV müsse das Analyseergebnis ehestmöglich jedoch maximal nach 24 Stunden ab Probenabholung (bzw. einer allfälligen kürzeren angebotenen Frist) vorliegen. Punkt 7.7 des Rahmenvertrages sowie die Beilagen ./K und ./L würden hingegen vorsehen, dass das Analyseergebnis bis spätestens um 7:00 Uhr des nächsten Tages übermittelt werden müssten, womit der Auftragnehmerin eine längere als in der KAB-RV und im konkreten Abruf vorgesehene Frist zur Verfügung stünde. Gemäß Punkt 7.1.8 der KAB-RV müsse die elektronische Übermittlung der Analyseergebnisse mittels Zwei-Faktor-Authentisierung sichergestellt werden. Laut Punkt 7.7 des Rahmenvertrages sowie den Beilagen ./L und ./K sei lediglich eine Übermittlung per E-Mail vorgesehen, weshalb unzulässigerweise von den Bedingungen der Rahmenvereinbarung abgewichen worden sei.

6) Im Rahmenvertrag des erneuten Aufrufes zum Wettbewerb und damit aus Sicht der Antragstellerin auch bei den Direktabrufen sei ein wöchentlicher Report des Auftragnehmers gefordert, der in den KAB-RV keine Deckung finde. Es handle sich um eine unzulässige Abweichung von der Rahmenvereinbarung.

7) Gemäß Punkt 7.1 des Rahmenvertrages müsse das Material (gemeint Testkit) für Kinder ab sechs Jahren zur selbstständigen Probenabnahme geeignet sein. Eine entsprechende Bestimmung gebe es in der Rahmenvereinbarung nicht. Es handle sich um eine unzulässige Abweichung von der Rahmenvereinbarung.

8) Die Zuschlagsempfängerinnen würden nicht über die notwendige Befugnis verfügen.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 23.02.2022 bzw. 03.03.2022 wurden allgemeine Daten zu den Vergabeverfahren übermittelt.

Mit Schreiben vom 25.02.2022 hat die Zuschlagsempfängerin XXXX beantragt, die sie betreffenden Feststellungsanträge abzuweisen. Mit Schreiben vom 25.02.2022 hat die Zuschlagsempfängerin römisch 40 beantragt, die sie betreffenden Feststellungsanträge abzuweisen.

Mit Schreiben vom 07.03.2022 hat die Zuschlagsempfängerin XXXX beantragt, die sie betreffenden Feststellungsanträge abzuweisen. Mit Schreiben vom 07.03.2022 hat die Zuschlagsempfängerin römisch 40 beantragt, die sie betreffenden Feststellungsanträge abzuweisen.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 01.03.2022 und 07.03.2022 hat diese ausführlich zu den Feststellungsanträgen Stellung genommen.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 11.03.2022 hat diese eine weitere Stellungnahme abgegeben.

Am 16.03.2022 fand darüber beim BVwG eine mündliche Verhandlung statt. Die Antragstellerin beantragte in der mündlichen Verhandlung die „Einsichtnahme durch das Gericht in die Abrechnung seitens der beiden Zuschlagsempfängerinnen zum Beweis dafür, dass nicht rahmenvereinbarungsgegenständliche Leistungen beauftragt und bezahlt wurden.“

Diesem Antrag wurde von Seiten des BVwG nachgekommen und dementsprechend die Auftraggeberin mit Schreiben vom 23.03.2022 um Vorlage sämtlicher Abrechnungen der beiden Zuschlagsempfängerinnen, soweit sie bis dato verfügbar sind, ersucht.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 28.03.2022 wurden die gewünschten Abrechnungen vorgelegt, welche vertraulich behandelt werden, da sie Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten. Gleiches gilt für das Schreiben der Auftraggeberin vom 28.3.2022, da es im wesentlichen Erläuterungen zu diesen Abrechnungen enthält. Weiters liegt dem Schreiben vom 28.03.2022 als Beilage./10 eine E-Mail des Herrn Generalsekretär des BMBWF XXXX vom 24.03.2022 bei (siehe dazu unter Punkt II. 1.). Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 28.03.2022 wurden die gewünschten Abrechnungen vorgelegt, welche vertraulich behandelt werden, da sie Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten. Gleiches gilt für das Schreiben der Auftraggeberin vom 28.3.2022, da es im wesentlichen Erläuterungen zu diesen Abrechnungen enthält. Weiters liegt dem Schreiben vom 28.03.2022 als Beilage./10 eine E-Mail des Herrn Generalsekretär des BMBWF römisch 40 vom 24.03.2022 bei (siehe dazu unter Punkt römisch zwei. 1.).

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen (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. Die Bekanntmachungen in Österreich bzw. in der EU erfolgten am 01.07.2021 bzw. am 02.07.2021. Es handelt sich um die Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen gemäß Anhang XVI BVergG 2018 (CPV Codes: 85145000-7, 85141000-9, 85142000-6, 64100000-7). Unter anderem mit der Antragstellerin sowie den nunmehrigen Zuschlagsempfängerinnen XXXX und XXXX wurde am 07.08.2021 eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen. (Schreiben der Auftraggeberin vom 01.10.2021 zur GZ W134 2246891, vgl Erkenntnis des BVwG vom 24.11.2021, W134 2246891-2/36E ua.; Schreiben der Auftraggeberin vom 23.02.2022 und 03.03.2022) 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. Paragraph 151, BVergG 2018 in Anlehnung an ein offenes Verfahren gem. BVergG 2018) durchgeführt. Die Bekanntmachungen in Österreich bzw. in der EU erfolgten am 01.07.2021 bzw. am 02.07.2021. Es handelt sich um die Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen gemäß Anhang römisch sechzehn BVergG 2018 (CPV Codes: 85145000-7, 85141000-9, 85142000-6, 64100000-7). Unter anderem mit der Antragstellerin sowie den nunmehrigen Zuschlagsempfängerinnen römisch 40 u n d römisch 40 wurde am 07.08.2021 eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen. (Schreiben der Auftraggeberin vom 01.10.2021 zur GZ W134 2246891, vergleiche Erkenntnis des BVwG vom 24.11.2021, W134 2246891-2/36E ua.; Schreiben der Auftraggeberin vom 23.02.2022 und 03.03.2022)

Beim Direktabruf vom 16.09.2021 von XXXX mit einem Gesamtpreis von € 9.422.028,- wurden die angebotenen relevanten Preise der Basisrahmenvereinbarung, nämlich der Preis pro Testperson und der Preis pro Abholung in der Region, unverändert zu Grunde gelegt. Zu einer Preiserhöhung ist es nicht gekommen. Der Abruf wurde am 28.09.2021 in Österreich bekanntgegeben. (vertrauliche Beilage ./1 zur Verhandlungsschrift vom 16.03.2022: Ergebnis einer Prüfung durch den Senat; Schreiben der Auftraggeberin vom 23.02.2022; mit Schreiben der Auftraggeberin vom 28.03.2022 vorgelegte Abrechnungen) Beim Direktabruf vom 16.09.2021 von römisch 40 mit einem Gesamtpreis von € 9.422.028,- wurden die angebotenen relevanten Preise der Basisrahmenvereinbarung, nämlich der Preis pro Testperson und der Preis pro Abholung in der Region, unverändert zu Grunde gelegt. Zu einer Preiserhöhung ist es

nicht gekommen. Der Abruf wurde am 28.09.2021 in Österreich bekanntgegeben. (vertrauliche Beilage ./1 zur Verhandlungsschrift vom 16.03.2022: Ergebnis einer Prüfung durch den Senat; Schreiben der Auftraggeberin vom 23.02.2022; mit Schreiben der Auftraggeberin vom 28.03.2022 vorgelegte Abrechnungen)

Beim Direktabruf vom 08.10.2021 von XXXX mit einem Gesamtpreis von € 17.440.138,80 wurden die angebotenen relevanten Preise der Basisrahmenvereinbarung, nämlich der Preis pro Testperson und der Preis pro Abholung in der Region, verändert, nämlich teilweise zu einem reduzierten Preis, zu Grunde gelegt. Zu einer Preiserhöhung ist es nicht gekommen. Der Abruf wurde am 16.10.2021 in Österreich bekanntgegeben. (vertrauliche Beilage ./1 zur Verhandlungsschrift vom 16.03.2022: Ergebnis einer Prüfung durch den Senat; Schreiben der Auftraggeberin vom 23.02.2022; mit Schreiben der Auftraggeberin vom 28.03.2022 vorgelegte Abrechnungen) Beim Direktabruf vom 08.10.2021 von römisch 40 mit einem Gesamtpreis von € 17.440.138,80 wurden die angebotenen relevanten Preise der Basisrahmenvereinbarung, nämlich der Preis pro Testperson und der Preis pro Abholung in der Region, verändert, nämlich teilweise zu einem reduzierten Preis, zu Grunde gelegt. Zu einer Preiserhöhung ist es nicht gekommen. Der Abruf wurde am 16.10.2021 in Österreich bekanntgegeben. (vertrauliche Beilage ./1 zur Verhandlungsschrift vom 16.03.2022: Ergebnis einer Prüfung durch den Senat; Schreiben der Auftraggeberin vom 23.02.2022; mit Schreiben der Auftraggeberin vom 28.03.2022 vorgelegte Abrechnungen)

Beim Direktabruf vom 16.09.2021 von der XXXX mit einem Gesamtpreis von € 11.461.464,-- wurden die angebotenen relevanten Preise der Basisrahmenvereinbarung, nämlich der Preis pro Testperson und der Preis pro Abholung in der Region, unverändert zu Grunde gelegt. Zu einer Preiserhöhung ist es nicht gekommen. Der Abruf wurde am 28.09.2021 in Österreich bekanntgegeben. (vertrauliche Beilage ./2 zur Verhandlungsschrift vom 16.03.2022: Ergebnis einer Prüfung durch den Senat; Schreiben der Auftraggeberin vom 03.03.2022; mit Schreiben der Auftraggeberin vom 28.03.2022 vorgelegte Abrechnungen) Beim Direktabruf vom 16.09.2021 von der römisch 40 mit einem Gesamtpreis von € 11.461.464,-- wurden die angebotenen relevanten Preise der Basisrahmenvereinbarung, nämlich der Preis pro Testperson und der Preis pro Abholung in der Region, unverändert zu Grunde gelegt. Zu einer Preiserhöhung ist es nicht gekommen. Der Abruf wurde am 28.09.2021 in Österreich bekanntgegeben. (vertrauliche Beilage ./2 zur Verhandlungsschrift vom 16.03.2022: Ergebnis einer Prüfung durch den Senat; Schreiben der Auftraggeberin vom 03.03.2022; mit Schreiben der Auftraggeberin vom 28.03.2022 vorgelegte Abrechnungen)

Beim Direktabruf vom 08.10.2021 von der XXXX mit einem Gesamtpreis von € 15.398.012,80 wurden die angebotenen relevanten Preise der Basisrahmenvereinbarung, nämlich der Preis pro Testperson und der Preis pro Abholung in der Region, unverändert zu Grunde gelegt. Zu einer Preiserhöhung ist es nicht gekommen. Der Abruf wurde am 16.10.2021 in Österreich bekanntgegeben. (vertrauliche Beilage ./2 zur Verhandlungsschrift vom 16.03.2022: Ergebnis einer Prüfung durch den Senat; Schreiben der Auftraggeberin vom 03.03.2022; mit Schreiben der Auftraggeberin vom 28.03.2022 vorgelegte Abrechnungen) Beim Direktabruf vom 08.10.2021 von der römisch 40 mit einem Gesamtpreis von € 15.398.012,80 wurden die angebotenen relevanten Preise der Basisrahmenvereinbarung, nämlich der Preis pro Testperson und der Preis pro Abholung in der Region, unverändert zu Grunde gelegt. Zu einer Preiserhöhung ist es nicht gekommen. Der Abruf wurde am 16.10.2021 in Österreich bekanntgegeben. (vertrauliche Beilage ./2 zur Verhandlungsschrift vom 16.03.2022: Ergebnis einer Prüfung durch den Senat; Schreiben der Auftraggeberin vom 03.03.2022; mit Schreiben der Auftraggeberin vom 28.03.2022 vorgelegte Abrechnungen)

Die Kommerziellen Ausschreibungsbedingungen Rahmenvereinbarung BBG: GZ 5301.03891 (kurz: KAB-RV) in der berichtigten Fassung lauten auszugsweise:

„5.2.2 Direktabrufe (Kaskade)

22 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.

[...]

5.2.3 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.

[...]

82 Allfällige zusätzliche Leistungsteile, die im Leistungsverzeichnis nicht explizit angeführt sind, die jedoch gemäß jeweils geltender Rechtslage sowie technischer Norm sowie für die zweckentsprechende Verwendung der Befunde unabdingbar sind, gelten als vom Auftragnehmer angeboten und es entstehen den Abrufberechtigten dafür keine weiteren Kosten.

[...]

86 Verpackungsmaterialien, die zum sachgerechten Transport erforderlich sind müssen im Lieferumfang enthalten sein.

[...]

7.1.1.1 Zusatzanforderung für Screeningmaßnahme

93 Bei einem Angebot für Screening Maßnahmen stellt der Auftragnehmer den Teilnehmern der Screeningmaßnahme regelmäßig geeignete Testkits in ausreichender Menge zur selbstständigen Probenabnahme zur Verfügung.

[...]

7.1.2 Datenerfassung und Verifizierung

97 Der Auftragnehmer stellt ein System zur Dateneingabe, zur Registrierung/Identifizierung der Probanden zur Verfügung; Barrierefreiheit ist zu gewährleisten. Eine eindeutige Feststellung der Identität des Probanden ist sicherzustellen.

98 Eine Kennzeichnung der Proben ist sicherzustellen, damit eine zweifelsfreie Verbindung zu den Patienten hergestellt wird, von denen die Proben entnommen wurden.

[...]

111 Proben müssen bis zu einem Ct-Wert von 35 als positiv detektiert werden können.

Bei der Laboranalyseart RT-LAMP müssen PCR- Referenz Proben bis zu einem Ct-Wert von 30 als positiv detektiert werden können.

[...]

7.1.5 Mutationsanalyse

114 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.

[...]

120 Poolgrößen: Der Auftraggeber bestimmt in Abstimmung mit dem Auftragnehmer die für den Anwendungsfall passende Pooling-Größe im jeweils definierten Pool. Jedenfalls muss jede in einem Pool zusammengeführte PCR-Einzelprobe beim

- PCR-Pooling (2-5er) bis zu einem Ct-Wert von 35
- PCR-Pooling (6-10er) bis zu einem Ct-Wert von 33
- PCR-Pooling (>10er) bis zu einem Ct-Wert von 30

als positiv detektiert werden können.

Bei der Laboranalyseart RT-LAMP Pooling müssen PCR- Referenz Proben bis zu einem Ct-Wert von 30 als positiv detektiert werden können.

[...]

7.1.8 Befunderstellung, Befundübermittlung

126 Der Befund bzw. die Auswertung des Testergebnisses ist durch gesetzlich befugte Personen (siehe auch „Aktualisierte Information über die Berufsrechte der Gesundheitsberufe im Zusammenhang mit COVID-19-Testungen“ in der jeweils gültigen Fassung.) zu erstellen.

127 Sofern Analysen von Subunternehmern durchgeführt werden, ist das analysierende Labor im Befund anzugeben.

128 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.

129 Der jeweilige Auftraggeber behält sich vor entsprechende Nachweise über die Einhaltung der geforderten Analysezeit zu verlangen. Der Auftragnehmer hat die entsprechenden Nachweise schnellstmöglich dem Auftraggeber zu übermitteln.

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

131 Ergebnisse müssen lesbar, frei von Übertragungsfehlern sein und sind nur an Personen abzugeben, die zum Empfang und zur Verwendung der Informationen befugt sind. Der Auftragnehmer hat dies bei der elektronischen Übermittlung mit einer Zwei-Faktor- Authentisierung sicherzustellen.

[...]

137 Weiters hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber wöchentlich zu ausgelieferten und durchgeführten Tests, inklusive der Zahl der positiven Fälle und der Positivitätsrate zu berichten.

[...]

8.3 Anpassung der Preise und Merkmale

165 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.“ (Akt des Vergabeverfahrens)

Bei der Abwicklung der gegenständlichen Aufträge wurde wie folgt vorgegangen: Der einzelne Schüler hat seinen Testkit in einen gesonderten Beutel zu geben. Diese Beutel der Schüler werden in einen größeren Beutel pro Klasse gegeben. Die Klassenbeutel werden in einen großen Transportbeutel pro Schule gegeben, dieser großen Schulbeutel wird dann vom Logistiker abgeholt. Der Klassenbeutel war in der Rahmenvereinbarung nicht vorgegeben. Ein gesonderter Abruf oder eine Bestellung oder ein Vertragsabschluss zum Klassenbeutel hat nicht stattgefunden. Die XXXX hat von sich aus Klassenbeutel zur Verfügung gestellt. Diese Klassenbeutel wurden der Auftraggeberin in späterer Folge, im Zuge der Abrechnung der Abwicklung, trotz des Umstandes, dass weder eine Bestellung noch Vereinbarung noch ein Abruf diesbezüglich ergangen ist, in Rechnung gestellt. Diese Rechnung wurde schlussendlich von der Auftraggeberin bezahlt. Die XXXX hat ebenso einen Klassenbeutel zur Verfügung gestellt aber keine Rechnung hierzu an die Auftraggeberin übermittelt. (schlüssige und nachvollziehbare Auskunft der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung vom 16.03.2022; mit Schreiben der Auftraggeberin vom 28.03.2022 vorgelegte Abrechnungen) Bei der Abwicklung der gegenständlichen Aufträge wurde wie folgt vorgegangen: Der einzelne Schüler hat seinen Testkit in einen gesonderten Beutel zu geben. Diese Beutel der Schüler werden in einen größeren Beutel pro Klasse gegeben. Die Klassenbeutel werden in einen großen Transportbeutel pro Schule gegeben, dieser großen Schulbeutel wird dann vom Logistiker abgeholt. Der Klassenbeutel war in der Rahmenvereinbarung nicht vorgegeben. Ein gesonderter Abruf oder eine Bestellung oder ein Vertragsabschluss zum Klassenbeutel hat nicht stattgefunden. Die römisch 40 hat von sich aus Klassenbeutel zur Verfügung gestellt. Diese Klassenbeutel wurden der Auftraggeberin in späterer Folge, im Zuge der Abrechnung der Abwicklung, trotz des Umstandes, dass weder eine Bestellung noch Vereinbarung noch ein Abruf diesbezüglich ergangen ist, in Rechnung gestellt. Diese Rechnung wurde schlussendlich von der Auftraggeberin

bezahlt. Die römisch 40 hat ebenso einen Klassenbeutel zur Verfügung gestellt aber keine Rechnung hierzu an die Auftraggeberin übermittelt. (schlüssige und nachvollziehbare Auskunft der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung vom 16.03.2022; mit Schreiben der Auftraggeberin vom 28.03.2022 vorgelegte Abrechnungen)

Bei den gegenständlichen Abrufen gab es „weder Nebenabreden, Abweichungen oder sonstige Vereinbarungen - weder schriftliche noch mündliche.“ (E-Mail des Generalsekretär des BMBWF XXXX vom 24.03.2022, Beilage./10 zur Stellungnahme der Auftraggeberin vom 28.03.2022; schlüssiges und nachvollziehbares Vorbringen der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung, sowie in der Stellungnahme der Auftraggeberin vom 28.03.2022; mit Schreiben der Auftraggeberin vom 28.03.2022 vorgelegte Abrechnungen) Bei den gegenständlichen Abrufen gab es „weder Nebenabreden, Abweichungen oder sonstige Vereinbarungen - weder schriftliche noch mündliche.“ (E-Mail des Generalsekretär des BMBWF römisch 40 vom 24.03.2022, Beilage./10 zur Stellungnahme der Auftraggeberin vom 28.03.2022; schlüssiges und nachvollziehbares Vorbringen der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung, sowie in der Stellungnahme der Auftraggeberin vom 28.03.2022; mit Schreiben der Auftraggeberin vom 28.03.2022 vorgelegte Abrechnungen)

Es wurden von der Auftraggeberin keine nicht rahmenvereinbarungsgegenständliche Leistungen beauftragt. (schlüssiges und nachvollziehbares Vorbringen der Auftraggeberin im Schreiben der Auftraggeberin vom 28.3.2022; mit Schreiben der Auftraggeberin vom 28.03.2022 vorgelegte Abrechnungen)

2. Beweiswürdigung:

Diese Feststellungen ergeben sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren Echtheit und Richtigkeit außer Zweifel steht, bzw. deren Würdigung in der Klammer von Punkt II. 1. erfolgt. Diese Feststellungen ergeben sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren Echtheit und Richtigkeit außer Zweifel steht, bzw. deren Würdigung in der Klammer von Punkt römisch zwei. 1. erfolgt.

3. Rechtliche Beurteilung:

Grundsätzlich gilt das in diesem Erkenntnis Gesagte für alle vier gegenständlichen Feststellungsanträge, außer dies wird ausdrücklich anders erwähnt.

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

§ 334 Abs. 3 BVergG 2018 lautet auszugsweise: Paragraph 334, Absatz 3, BVergG 2018 lautet auszugsweise:

„(3) Nach Zuschlagserteilung ist das Bundesverwaltungsgericht zuständig

1. im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder 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 rechtswidrig war;“ 5. zur Feststellung, ob der Zuschlag bei der Vergabe einer Leistung aufgrund

einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems wegen eines Verstoßes gegen Paragraph 155, Absatz 4 bis 9, Paragraph 162, Absatz eins bis 5, Paragraph 316, Absatz eins bis 3 oder Paragraph 323, Absatz eins bis 5 rechtswidrig war;“

Gemäß § 334 Abs. 3 BVergG 2018 ist das Bundesverwaltungsgericht somit, soweit hier aufgrund der gestellten Feststellungsanträge entscheidungsrelevant, vereinfacht gesagt zuständig, nach Zuschlagserteilung festzustellen, ob der jeweils angefochtene Zuschlag iSd oben zitierten Gesetzes rechtswidrig war. Untersuchungsgegenstand der Feststellungsverfahren ist somit grundsätzlich die Rechtmäßigkeit des Zuschlages. Gemäß Paragraph 334, Absatz 3, BVergG 2018 ist das Bundesverwaltungsgericht somit, soweit hier aufgrund der gestellten Feststellungsanträge entscheidungsrelevant, vereinfacht gesagt zuständig, nach Zuschlagserteilung festzustellen, ob der jeweils angefochtene Zuschlag iSd oben zitierten Gesetzes rechtswidrig war. Untersuchungsgegenstand der Feststellungsverfahren ist somit grundsätzlich die Rechtmäßigkeit des Zuschlages.

Das Bundesverwaltungsgericht ist in den gegenständlichen Feststellungsverfahren somit nicht zuständig festzustellen, ob die Auftraggeberin und bzw. oder die Auftragnehmerin nach Zuschlagserteilung bei der Abwicklung des durch den Zuschlag geschlossenen Vertrages diesen nicht einhält, davon abweicht bzw. die Einhaltung nicht vollumfänglich einfordert.

Wenn die Antragstellerin mehrfach in ihren Feststellungsanträgen auf Ausschreibungsunterlagen zum Abschluss eines Rahmenvertrages auf Basis der gegenständlichen Rahmenvereinbarung verweist, ist grundsätzlich darauf hinzuweisen, dass diese Ausschreibungsunterlagen zum Abschluss eines Rahmenvertrages nicht Gegenstand der gegenständlichen Feststellungsanträge sind, da diese ausschließlich Direktabrufe aus der Rahmenvereinbarung betreffen.

3.a) Zum Vorbringen der erhöhten Preise:

Die Antragstellerin vermutet bei allen vier bekämpften Zuschlägen, dass die ursprünglichen Preise der Rahmenvereinbarung erhöht worden seien oder dass Leistungen abgegolten würden, die nicht gesondert abzugelten wären bzw. soweit die Auftraggeberin nunmehr einwende, dass die Zuschläge auf Basis zulässigerweise geänderter Kaskadenmerkmale erfolgt seien, dass diese Änderungen nach den Vorgaben der Rahmenvereinbarung nicht zulässig seien.

Wie unter Punkt II. 1. ausgeführt, kam es bei den gegenständlichen vier Direktabrufen, wovon sich der Senat in einer Unterbrechung der mündlichen Verhandlung überzeigte, zu keinen Preiserhöhungen im Verhältnis zu den angebotenen relevanten Preisen der Basisrahmenvereinbarung. In drei Fällen wurden die relevanten Preise der Basisrahmenvereinbarung unverändert dem jeweiligen Zuschlag zugrundegelegt. Bei dem Direktabruf vom 08.10.2021 von XXXX wurde entsprechend Rz. 165 KAB-RV rechtskonform ein reduzierter Preis dem Zuschlag zugrundegelegt. Wie unter Punkt römisch zwei. 1. ausgeführt, kam es bei den gegenständlichen vier Direktabrufen, wovon sich der Senat in einer Unterbrechung der mündlichen Verhandlung überzeigte, zu keinen Preiserhöhungen im Verhältnis zu den angebotenen relevanten Preisen der Basisrahmenvereinbarung. In drei Fällen wurden die relevanten Preise der Basisrahmenvereinbarung unverändert dem jeweiligen Zuschlag zugrundegelegt. Bei dem Direktabruf vom 08.10.2021 von römisch 40 wurde entsprechend Rz. 165 KAB-RV rechtskonform ein reduzierter Preis dem Zuschlag zugrundegelegt.

Bezüglich der Klassenbeutel ging die Auftraggeberin wie unter Punkt II. 1. beschriebenen vor. Zusammengefasst wurden die Klassenbeutel von den beiden Auftragnehmerinnen zur Verfügung gestellt. Eine der Auftragnehmerinnen, nämlich die XXXX, stellte diese sodann der Auftraggeberin in Rechnung. Die Auftraggeberin gibt an, diese Rechnung sodann aus bereicherungsrechtlichen Gründen bezahlt zu haben. Die Auftragnehmerin XXXX stellte die Klassenbeutel nicht in Rechnung. Die Antragstellerin gab dazu in der mündlichen Verhandlung folgendes an: „Nach der eindeutigen bestandsfesten Festlegung Rz 86 der KAB-RV sind sämtliche Verpackungsmaterialien im Lieferumfang enthalten und daher gerade nicht gesondert zu vergüten.“ Diesem Vorbringen ist zu folgen und dieses noch insofern zu ergänzen, als auch die Mitberücksichtigung der Rz. 82 der KAB-RV dieses Ergebnis bestätigt. Die Zuschlagsempfängerinnen waren somit entsprechend den KAB-RV verpflichtet, die Klassenbeutel ohne Aufpreis zu liefern und zur Verfügung zu stellen. Wenn die Auftraggeberin dafür gesonderte Zahlungen leistet, so gibt es dafür keine Rechtsgrundlage. Es liegt somit die Zahlung einer Nichtschuld vor. Die nach Zuschlagserteilung erfolgte Zahlung einer Nichtschuld durch die Auftraggeberin belastet jedoch jedenfalls die gegenständlichen Zuschläge nicht mit Rechtswidrigkeit. Bezüglich der Klassenbeutel ging die Auftraggeberin wie unter Punkt römisch zwei. 1. beschriebenen vor. Zusammengefasst wurden

die Klassenbeutel von den beiden Auftragnehmerinnen zur Verfügung gestellt. Eine der Auftragnehmerinnen, nämlich die römisch 40, stellte diese sodann der Auftraggeberin in Rechnung. Die Auftraggeberin gibt an, diese Rechnung sodann aus bereicherungsrechtlichen Gründen bezahlt zu haben. Die Auftragnehmerin römisch 40 stellte die Klassenbeutel nicht in Rechnung. Die Antragstellerin gab dazu in der mündlichen Verhandlung folgendes an: „Nach der eindeutigen bestandsfesten Festlegung Rz 86 der KAB-RV sind sämtliche Verpackungsmaterialien im Lieferumfang enthalten und daher gerade nicht gesondert zu vergüten.“ Diesem Vorbringen ist zu folgen und dieses noch insofern zu ergänzen, als auch die Mitberücksichtigung der Rz. 82 der KAB-RV dieses Ergebnis bestätigt. Die Zuschlagsempfängerinnen waren somit entsprechend den KAB-RV verpflichtet, die Klassenbeutel ohne Aufpreis zu liefern und zur Verfügung zu stellen. Wenn die Auftraggeberin dafür gesonderte Zahlungen leistet, so gibt es dafür keine Rechtsgrundlage. Es liegt somit die Zahlung einer Nichtschuld vor. Die nach Zuschlagserteilung erfolgte Zahlung einer Nichtschuld durch die Auftraggeberin belastet jedoch jedenfalls die gegenständlichen Zuschläge nicht mit Rechtswidrigkeit.

Die Antragstellerin beantragte in der mündlichen Verhandlung die Einsichtnahme durch das Gericht in die Abrechnung seitens der beiden Zuschlagsempfängerinnen zum Beweis dafür, dass nicht rahmenvereinbarungsgegenständliche Leistungen beauftragt und bezahlt wurden.

Das Bundesverwaltungsgericht ersuchte dementsprechend die Auftraggeberin um Vorlage sämtlicher Abrechnungen der beiden Zuschlagsempfängerinnen soweit sie bis dato verfügbar sind. Aus der Einsichtnahme in diese Abrechnungen ergibt sich kein Hinweis darauf, dass nicht rahmenvereinbarungsgegenständliche Leistungen beauftragt wurden. Bezüglich der Bezahlung ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesverwaltungsgericht in den gegenständlichen Feststellungsverfahren nicht zuständig ist festzustellen, ob die Auftraggeberin nach Zuschlagserteilung bei der Abwicklung des durch den Zuschlag geschlossenen Vertrages diesen nicht einhält, davon abweicht bzw. die Einhaltung nicht vollumfänglich einfordert. Ob die Bezahlung sachlich und rechnerisch richtig erfolgte wurde somit nicht geprüft.

Daher wurde von der Rahmenvereinbarung nicht abgewichen. Eine diesbezügliche Feststellung von Rechtsverstößen gemäß § 356 Abs. 1 BVergG 2018 war somit nicht zu treffen. Daher wurde von der Rahmenvereinbarung nicht abgewichen. Eine diesbezügliche Feststellung von Rechtsverstößen gemäß Paragraph 356, Absatz eins, BVergG 2018 war somit nicht zu treffen.

3.b) Zum Vorbringen zum Ct-Wert:

Die Antragstellerin brachte vor, dass gemäß Punkt 7.1.4 der KAB-RV Proben bis zu einem Ct-Wert von 35 als positiv detektiert werden können müssten. Unter Punkt 7.4 des Rahmenvertrages sei hingegen festgelegt worden, dass ein Ct-Wert von 33 ausreiche. Es handle sich um eine unzulässige Abweichung von der Rahmenvereinbarung.

Die Antragstellerin wurde in der mündlichen Verhandlung von der Auftraggeberin dahingehend aufgeklärt, dass die Antragstellerin hier möglicherweise von einer veralteten Fassung der KAB-RV ausging. Tatsächlich war in der Rz. 120 KAB-RV ursprünglich generell ein Ct-Wert von 35 vorgesehen, welcher jedoch für das PCR-Pooling (6 bis 10er), welches gegenständlich relevant ist, auf einen Ct-Wert von 33 geändert wurde.

Wenn die Antragstellerin darauf verweist, dass in Rz. 111 KAB-RV nach wie vor ein Ct-Wert von 35 vorgesehen sei, so ist darauf zu verweisen, dass Rz. 111 und 120 KAB RV aufgrund des objektiven Erklärungswertes für den durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt dahingehend auszulegen sind, dass Rz. 120 als lex specialis anzusehen ist, da sie den Spezialfall des gegenständlich beschafften Poolings (6 bis 10er) regelt und daher ein Ct Wert von 33 bei dieser Art des Poolings vorgesehen wird. Wenn die Antragstellerin darauf verweist, dass in Rz. 111 KAB-RV nach wie vor ein Ct-Wert von 35 vorgesehen sei, so ist darauf zu verweisen, dass Rz. 111 und 120 KAB Regierungsvorlage aufgrund des objektiven Erklärungswertes für den durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt dahingehend auszulegen sind, dass Rz. 120 als lex specialis anzusehen ist, da sie den Spezialfall des gegenständlich beschafften Poolings (6 bis 10er) regelt und daher ein Ct Wert von 33 bei dieser Art des Poolings vorgesehen wird.

Daher wurde von der Rahmenvereinbarung nicht abgewichen. Eine diesbezügliche Feststellung von Rechtsverstößen gemäß § 356 Abs. 1 BVergG 2018 war somit nicht zu treffen. Daher wurde von der Rahmenvereinbarung nicht abgewichen. Eine diesbezügliche Feststellung von Rechtsverstößen gemäß Paragraph 356, Absatz eins, BVergG 2018 war somit nicht zu treffen.

3.c) Zum Vorbringen zur Datenerfassung:

Zusammengefasst brachte die Antragstellerin vor, dass die Anforderungen an die Datenerfassung wie mit Beilage ./L (insbesondere Seite 1, Punkte 3 und 4) ersichtlich vom Auftraggeber bis ins Detail vorgegeben seien, was insbesondere von Punkt 7.1.2 KAB-RV abweiche, wonach der Auftragnehmer es in der Hand habe, ein entsprechendes System auszugestalten.

In Punkt 7.1.2 KAB-RV wird im Wesentlichen (nur) geregelt, dass der Auftragnehmer ein System zur Dateneingabe, zur Registrierung/Identifizierung der Probanden zur Verfügung stellt, wobei eine eindeutige Feststellung der Identität der Probanden sicherzustellen ist. Wie sich aus den schlüssigen und nachvollziehbaren Angaben der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung ergibt haben die Auftragnehmerinnen das System zur Dateneingabe zur Verfügung gestellt und nicht die Auftraggeberin. In der Rahmenvereinbarung wurde nicht geregelt wie dieses System im Detail auszugestalten ist. Die Beilage./L, auf die die Antragstellerin verweist, ist nicht Teil der Ausschreibungsunterlagen und wurde damit nicht Vertragsbestandteil. Dem steht nicht entgegen, dass die Auftraggeberin möglicherweise (unverbindliche) Wünsche über die Ausgestaltung der oben genannten Systeme (die inhaltlich in den Ausschreibungsunterlagen kaum geregelt sind) geäußert hat, solange diese Wünsche nicht in die verbindliche Form eines die Bedingungen der Rahmenvereinbarung ändernden Vertrages (eventuell mit Aufpreis) gegossen wurden (Beispiele dafür: BVwG 21.01.2022, W134 2246471-1/2E, W134 2246471-2/44E, W134 2246471-3/12E mit einer verhängten Geldbuße von € 500.000,-; sowie BVwG 01.03.2022, W134 2246471-4/9E, W134 2246471-5/9E mit einer verhängten Geldbuße von € 350.000,-), wofür es gegenständlich keine Anhaltspunkte gibt.

Daher wurde von der Rahmenvereinbarung nicht abgewichen. Eine diesbezügliche Feststellung von Rechtsverstößen gemäß § 356 Abs. 1 BVergG 2018 war somit nicht zu treffen. Daher wurde von der Rahmenvereinbarung nicht abgewichen. Eine diesbezügliche Feststellung von Rechtsverstößen gemäß Paragraph 356, Absatz eins, BVergG 2018 war somit nicht zu treffen.

3.d) Zum Vorbringen zur Mutationsanalyse:

Die Antragstellerin brachte vor, gemäß Punkt 7.1.5 der KAB-RV sei jede positive Probe einer Mutationsanalyse zuzuführen. Im Gegensatz dazu sehe Punkt 7.5 des Rahmenvertrages vor, dass der Auftraggeber die Möglichkeit habe, die Durchführung von Mutationsanalysen mit einer Vorlaufzeit von drei Tagen aussetzen zu lassen bzw. nach Aussetzung wieder aufnehmen zu lassen. Diese Möglichkeit bestehe für den Auftraggeber nach den bestandfesten Festlegungen der Rahmenvereinbarung hingegen nicht. Es handle sich um eine unzulässige Abweichung von der Rahmenvereinbarung.

Wie die Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung schlüssig und nachvollziehbar angab, werden die Vorgaben gemäß Punkt 7.1.5 KAB-RV hinsichtlich der Mutationsanalyse eingehalten.

Daher wurde von der Rahmenvereinbarung nicht abgewichen. Eine diesbezügliche Feststellung von Rechtsverstößen gemäß § 356 Abs. 1 BVergG 2018 war somit nicht zu treffen. Daher wurde von der Rahmenvereinbarung nicht abgewichen. Eine diesbezügliche Feststellung von Rechtsverstößen gemäß Paragraph 356, Absatz eins, BVergG 2018 war somit nicht zu treffen.

3.e) Zum Vorbringen zur Frist für das Analyseergebnis sowie zur Zwei-Faktor-Authentisierung:

Die Antragstellerin brachte vor, gemäß Punkt 7.1.8 der KAB-RV müsse das Analyseergebnis ehestmöglich jedoch maximal nach 24 Stunden ab Probenabholung (bzw. einer allfälligen kürzeren angebotenen Frist) vorliegen. Punkt 7.7 des Rahmenvertrages sowie die Beilagen ./K und ./L würden hingegen vorsehen, dass das Analyseergebnis bis spätestens um 7:00 Uhr des nächsten Tages übermittelt werden müssten, womit der Auftragnehmerin eine längere als in der KAB-RV und im konkreten Abruf vorgesehene Frist zur Verfügung stünde. Gemäß Punkt 7.1.8 der KAB-RV müsse die elektronische Übermittlung der Analyseergebnisse mittels Zwei-Faktor-Authentisierung sichergestellt werden. Laut Punkt 7.7 des Rahmenvertrages sowie den Beilagen ./L und ./K sei lediglich eine Übermittlung per E-Mail vorgesehen, weshalb unzulässigerweise von den Bedingungen der Rahmenvereinbarung abgewichen worden sei.

Wie die Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung schlüssig und nachvollziehbar angab, wurde in der Kaskade als Merkmal 12 Stunden ausgewählt und auch abgerufen. Das Kaskadenmerkmal von 12 Stunden wurde ausgewählt, um auch eine Abholung bis 19 Uhr möglich zu machen, damit ein Testergebnis bis 7 Uhr am Folgetag vorliegen kann. Die

beiden Zuschlagsempfängerinnen haben somit, da sie im Sinne der Rz. 128 KAB-RV eine Analysezeit von 12 Stunden angeboten haben, in den gegenständlichen Fällen eine Analysezeit von 12 Stunden einzuhalten.

Die Beilagen./L und ./K, auf die die Antragstellerin verweist, sind nicht Teil der Ausschreibungsunterlagen und wurde damit nicht Vertragsbestandteil. Es gibt auch keinerlei Hinweise darauf, dass die Beilagen./L und ./K, wie von der Antragstellerin vorgebracht, zahlreiche von der Rahmenvereinbarung abweichende mündliche Nebenabreden zum Abruf enthalten. Vielmehr gaben die Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung sowie schriftlich der Generalsekretär des BMBWF schlüssig und nachvollziehbar an, dass es keine Nebenabreden gibt. Die Einvernahme von Zeugen dazu war zur Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes nicht erforderlich.

Im Übrigen wäre das Bundesverwaltungsgericht, selbst wenn die Auftraggeberin die Einhaltung der 12 Stunden Analysezeit in der Abwicklung der gegenständlichen Aufträge nicht eingefordert haben sollte, in den gegenständlichen Feststellungsverfahren nicht zuständig festzustellen, ob die Auftraggeberin nach Zuschlagserteilung bei der Abwicklung des durch den Zuschlag geschlossenen Vertrages diesen nicht einhält, davon abweicht bzw. die Einhaltung nicht vollumfänglich einfordert (siehe dazu auch die Ausführungen unter 3.).

Gleiches gilt für das Vorbringen der Antragstellerin, mit welchem sie auf die Pflicht der Auftragnehmer zur Zwei-Faktor-Authentisierung gemäß Rz. 131 KAB-RV hinweist und vermeint, dass diese nicht eingehalten worden sei. Grundsätzlich gilt, dass diese Pflicht entsprechend Rz. 131 KAB RV mit dem Zuschlag Vertragsinhalt geworden ist. Wie die Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung sowie schriftlich der Generalsekretär des BMBWF schlüssig und nachvollziehbar angaben, gibt es in den gegenständlichen Fällen keine Nebenabreden. Die Auftragnehmerinnen sind somit vertraglich zur elektronischen Übermittlung mit einer Zwei-Faktor-Authentisierung verpflichtet. Gleiches gilt für das Vorbringen der Antragstellerin, mit welchem sie auf die Pflicht der Auftragnehmer zur Zwei-Faktor-Authentisierung gemäß Rz. 131 KAB-RV hinweist und vermeint, dass diese nicht eingehalten worden sei. Grundsätzlich gilt, dass diese Pflicht entsprechend Rz. 131 KAB Regierungsvorlage mit dem Zuschlag Vertragsinhalt geworden ist. Wie die Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung sowie schriftlich der Generalsekretär des BMBWF schlüssig und nachvollziehbar angaben, gibt es in den gegenständlichen Fällen keine Nebenabreden. Die Auftragnehmerinnen sind somit vertraglich zur elektronischen Übermittlung mit einer Zwei-Faktor-Authentisierung verpflichtet.

Im Übrigen wäre das Bundesverwaltungsgericht, selbst wenn die Auftraggeberin die Einhaltung der Zwei-Faktor-Authentisierung in der Abwicklung der gegenständlichen Aufträge nicht eingefordert haben sollte, in den gegenständlichen Feststellungsverfahren nicht zuständig festzustellen, ob die Auftraggeberin nach Zuschlagserteilung bei der Abwicklung des durch den Zuschlag geschlossenen Vertrages diesen nicht einhält, davon abweicht bzw. die Einhaltung nicht vollumfänglich einfordert (siehe dazu auch die Ausführungen unter 3.).

Daher wurde von der Rahmenvereinbarung nicht abgewichen. Eine diesbezügliche Feststellung von Rechtsverstößen gemäß § 356 Abs. 1 BVergG 2018 war somit nicht zu treffen. Daher wurde von der Rahmenvereinbarung nicht abgewichen. Eine diesbezügliche Feststellung von Rechtsverstößen gemäß Paragraph 356, Absatz eins, BVergG 2018 war somit nicht zu treffen.

3.f) Zum Vorbringen zum Reporting:

Die Antragstellerin brachte vor, dass im Rahmenvertrag des erneuten Aufruf zum Wettbewerb und damit aus Sicht der Antragstellerin auch bei den Direktabrufen ein wöchentlicher Report des Auftragnehmers gefordert sei, der in den KAB-RV keine Deckung finde.

Gemäß Rz. 137 KAB-RV hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber wöchentlich zu ausgelieferten und durchgeführten Tests, inklusive der Zahl der positiven Fälle und der Positivitätsrate zu berichten. Wie die Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung sowie schriftlich der Generalsekretär des BMBWF schlüssig und nachvollziehbar angaben, gibt es in den gegenständlichen Fällen keine Nebenabreden.

Im Übrigen wäre das Bundesverwaltungsgericht, selbst wenn die Auftraggeberin die Einhaltung der Rz 137 KAB-RV in der Abwicklung der gegenständlichen Aufträge nicht eingefordert haben sollte, in den gegenständlichen Feststellungsverfahren nicht zuständig festzustellen, ob die Auftraggeberin nach Zuschlagserteilung bei der Abwicklung des durch den Zuschlag geschlossenen Vertrages diesen nicht einhält, davon abweicht bzw. die Einhaltung nicht vollumfänglich einfordert (siehe dazu auch die Ausführungen unter 3.).

Daher wurde von der Rahmenvereinbarung nicht abgewichen. Eine diesbezügliche Feststellung von Rechtsverstößen

gemäß § 356 Abs. 1 BVergG 2018 war somit nicht zu treffen. Daher wurde von der Rahmenvereinbarung nicht abgewichen. Eine diesbezügliche Feststellung von Rechtsverstößen gemäß Paragraph 356, Absatz eins, BVergG 2018 war somit nicht zu treffen.

3.g) Zum Vorbringen zu den Probenabnahmematerialien:

Die Antragstellerin brachte vor, dass in der Rahmenvereinbarung keine Vorgaben betreffend die Testkits vorgegeben wären, bei den Schultests jedoch die Testkits geeignet sein müssten.

In Rz 93 KAB-RV wird normiert, dass der Auftragnehmer den Teilnehmern geeignete Testkits zur Verfügung stellt. Eine darüber hinausgehende Verpflichtung der Auftragnehmerinnen bestand nicht. Wie die Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung sowie schriftlich der Generalsekretär des BMBWF schlüssig und nachvollziehbar angaben, gibt es in den gegenständlichen Fällen keine Nebenabreden. Die von der Antragstellerin beantragte Einvernahme der Vertreter der XXXX ist zur Ermittlung des maßgeblichen Sachverhaltes nicht erforderlich. In Rz 93 KAB-RV wird normiert, dass der Auftragnehmer den Teilnehmern geeignete Testkits zur Verfügung stellt. Eine darüber hinausgehende Verpflichtung der Auftragnehmerinnen bestand nicht. Wie die Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung sowie schriftlich der Generalsekretär des BMBWF schlüssig und nachvollziehbar angaben, gibt es in den gegenständlichen Fällen keine Nebenabreden. Die von der Antragstellerin beantragte Einvernahme der Vertreter der römisch 40 ist zur Ermittlung des maßgeblichen Sachverhaltes nicht erforderlich.

Daher wurde von der Rahmenvereinbarung nicht abgewichen. Eine diesbezügliche Feststellung von Rechtsverstößen gemäß § 356 Abs. 1 BVergG 2018 war somit nicht zu treffen. Daher wurde von der Rahmenvereinbarung nicht abgewichen. Eine diesbezügliche Feststellung von Rechtsverstößen gemäß Paragraph 356, Absatz eins, BVergG 2018 war somit nicht zu treffen.

3.h) Zum Vorbringen der mangelnden Befugnis:

Die Antragstellerin brachte vor, dass es den Zuschlagsempfängerinnen an der erforderlichen Befugnis mangeln würde.

Das BVwG hat zur Frage der Befugnis für die Durchführung von PCR Tests in seinem Erkenntnis vom 24.11.2021, W134 2246891-2/36E ua, wie folgt ausgeführt:

„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).“ „Aus einer Zusammenschau von Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer eins, ÄrzteG und Paragraph 28 c, 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 Paragraph 94, Ziffer 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 Paragraph 28 c, Absatz 5, EpiG genannten Gründen untersagt (vergleiche 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).“

Dies gilt auch im gegenständlichen Fall. Auf der Homepage des Bundesministeriums für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz findet sich eine Laborliste, zuletzt aktualisiert am 15.02.2021, auf welcher sowohl die „XXXX“ als auch die „XXXX“ angeführt sind. Beide verfügen somit über die entsprechende Befugnis die gegenständlichen Leistungen auszuführen. Die XXXX verfügt, wie die Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme vom 07.03.2022 schlüssig

und nachvollziehbar darlegte, über die notwendige Befugnis zur Erbringung ihres Leistungsteils. XXXX verfügt als Facharzt für medizinische und chemische Labordiagnostik ebenfalls über die nötige Befugnis zur Durchführung der gegenständlichen Leistungen. Dies gilt auch im gegenständlichen Fall. Auf der Homepage des Bundesministeriums für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz findet sich eine Laborliste, zuletzt aktualisiert am 15.02.2021, auf welcher sowohl die „römisch 40“ als auch die „römisch 40“ angeführt sind. Beide verfügen somit über die entsprechende Befugnis die gegenständlichen Leistungen auszuführen. Die römisch 40 verfügt, wie die Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme vom 07.03.2022 schlüssig und nachvollziehbar darlegte, über die notwendige Befugnis zur Erbringung ihres Leistungsteils. römisch 40 verfügt als Facharzt für medizinische und chemische Labordiagnostik ebenfalls über die nötige Befugnis zur Durchführung der gegenständlichen Leistungen.

Jede der beiden Zuschlagsempfängerinnen verfügt somit über die erforderliche Befugnis zur Durchführung der gegenständlichen Leistungen.

Zusammenfassend kann somit gesagt werden, dass die beantragten Feststellungen nicht zu treffen waren, da die vorgebrachten Rechtswidrigkeiten nicht vorliegen.

4. Zum Gebührenersatz:

Da die Antragstellerin nicht obsiegt hat, hat sie gemäß § 341 BVergG 2018 keinen Anspruch auf Gebührenersatz durch die Auftraggeberin. Da die Antragstellerin nicht obsiegt hat, hat sie gemäß Paragraph 341, BVergG 2018 keinen Anspruch auf Gebührenersatz durch die Auftraggeberin.

5. Zu allen Spruchpunkten B) Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Nach Art 133 Abs 9 iVm Abs 4 B-VG ist gegen einen Beschluss des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn dieser von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil der Beschluss von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Ist die Rechtslage eindeutig, liegt keine die Zulässigkeit einer Revision begründende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor (vgl. VwGH 28.02.2018, Ro 2017/04/0120). Nach Artikel 133, Absatz 9, in Verbindung mit Absatz 4, B-VG ist gegen einen Beschluss des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn dieser von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil der Beschluss von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Ist die Rechtslage eindeutig, liegt keine die Zulässigkeit einer Revision begründende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor vergleiche VwGH 28.02.2018, Ro 2017/04/0120).

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 9 iVm Abs 4 B-VG nicht zulässig, da keiner der vorgenannten Fälle vorliegt. Auch ist die Rechtslage eindeutig und es sind keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage ersichtlich. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 9, in Verbindung mit Absatz 4, B-VG nicht zulässig, da keiner der vorgenannten Fälle vorliegt. Auch ist die Rechtslage eindeutig und es sind keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage ersichtlich.

Schlagworte

Angebotsabänderung Ausschreibung Ausschreibungskriterien Befugnis beurteilt am Auftragsgegenstand bestandfeste Ausschreibung Bindung an Ausschreibungsunterlagen Datenermittlung Feststellungsantrag mündliche Verhandlung objektiver Erklärungswert Pandemie Preisnachlass Rahmenvereinbarung Rechtswidrigkeit Unionsrecht Vergabeverfahren Zuschlagserteilung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2022:W134.2252194.2.00

Im RIS seit

20.07.2022

Zuletzt aktualisiert am

20.07.2022

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwG, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at