



# VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62  
Telefon: (43 01) 4000 DW 38730  
Telefax: (43 01) 4000 99 38730  
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at  
DVR: 4011222

GZ: VGW-123/072/11351/2017-15  
M. GmbH

Wien, 12.10.2017

Geschäftsabteilung: VGW-R

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Mag.<sup>a</sup> Mandl als Vorsitzende, die Richterin Dr.<sup>in</sup> Lettner und den Richter Dr. Ooppel über den Antrag der M. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte OG, auf Feststellung, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung betreffend Schulverpflegung an ganztätig geführten öffentlichen Wiener Pflichtschulen für das Schuljahr 2017/2018 wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz bzw. die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht gemäß § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG rechtswidrig war, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung,

zu Recht e r k a n n t :

- I. Der Antrag wird abgewiesen.
- II. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.
- III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

## ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

M. GmbH (in der Folge: Antragstellerin) hat mit Antrag vom 16.8.2017 beantragt, hinsichtlich der Beauftragung der Schulverpflegung an ganzjährig geführten öffentlichen Wiener Pflichtschulen 2017/2018 festzustellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz bzw. die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht gemäß § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014 rechtswidrig war. Sie hat weiters beantragt, ihr Akteneinsicht zu gewähren, eine mündliche Verhandlung anzuberaumen und der Antragsgegnerin aufzutragen, der Antragstellerin den Ersatz der Kosten im gesetzlich vorgesehenen Ausmaß aufzuerlegen.

Die Antragstellerin bringt dazu vor, dass die Stadt Wien gemäß § 3 Abs. 2 Wiener Schulgesetz als Schulerhalterin verpflichtet sei, für die Verpflegung an Pflichtschulen vorzusorgen. Die Stadt Wien sei zweifelsfrei öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Nach eigenen Angaben habe die Stadt Wien, MA 56, sichergestellt, dass der Landesverband Wien der Elternvereine an öffentlichen Pflichtschulen (in der Folge: Landesverband) die Abwicklung der Vergabe der Schulverpflegung übernimmt.

Ein Nachprüfungsverfahren zur Wahrung der Rechte der Antragstellerin habe mangels Durchführung eines öffentlichen Vergabeverfahrens nicht angestrengt werden können.

Im Schuljahr 2012/2013 habe es bereits 356 öffentliche Pflichtschulen in Wien gegeben, die teilweise ganztägig geführt worden seien. Die Vergabe der „Schulverpflegung an ganztägig geführten öffentlichen Wiener Pflichtschulen“ betreffe einen Lieferauftrag und hätte unter Berücksichtigung der vergaberechtlichen Bestimmungen erfolgen müssen. Es handle sich dabei aus den näher ausgeführten Gründen um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich, weshalb eine europaweite Bekanntmachung zu erfolgen gehabt hätte. Ein diesbezügliches Vergabeverfahren habe nicht stattgefunden.

Die Stadt Wien habe vielmehr ohne Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen einen „Lieferantenpool“ geschaffen, aus welchem, vermutlich nach freiem Ermessen, Unternehmer beauftragt würden. Es sei davon

auszugehen, dass für das Schuljahr 2017/2018 bereits im Mai oder Juni eine Beauftragung erfolgt sei. Der Antragstellerin sei eine Auftragserteilung nicht zur Kenntnis gebracht worden. Der Feststellungsantrag sei somit rechtzeitig eingebracht worden.

Die Beauftragung eines Lieferanten ohne Durchführung eines gesetzeskonformen Vergabeverfahrens sei aus den oben angeführten Gründen rechtswidrig erfolgt.

Beantragt werde daher, festzustellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz bzw. die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht gemäß § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014 rechtswidrig war sowie der Ersatz der Verfahrenskosten im gesetzlichen Ausmaß.

Der Antrag wurde der Antragsgegnerin zur Stellungnahme übermittelt. Mit Schreiben vom 24.8.2017 brachte die Antragsgegnerin vor, dass die Gemeinde Wien als Schulerhalterin vertreten durch die MA 56 gemäß § 3 Abs. 2 Wiener Schulgesetz verpflichtet sei, an öffentlichen ganztägig geführten Schulen Vorsorge für die Verpflegung der SchülerInnen zu treffen. Die Kosten seien gemäß § 5 Abs. 2 leg. cit. von den Personen zu tragen, die für den Unterhalt des Schülers/der Schülerin aufzukommen haben. Eine Verpflichtung der Erziehungsberechtigten, das Angebot der Gemeinde Wien in Anspruch zu nehmen, bestehe nicht, wenn die Mittagsverpflegung anderweitig sichergestellt werden kann. In Wien würden aktuell 359 öffentliche allgemein bildende Pflichtschulen geführt, davon 158 ganztägig.

Mit Beschluss des Wiener Gemeinderates vom 27.1.2005, PrZ 05882-2004/0001-GJS, sei festgelegt worden, dass alle jene Unternehmen als Essenslieferanten in Anspruch genommen werden könnten, die die Vorgaben eines mit Fachleuten abgestimmten, qualitätssichernden Kriterienkataloges erfüllen. Diese Unternehmen bilden den Lieferantenpool. Es könnten sich laufend Bewerber um Aufnahme in den Lieferantenpool bewerben.

Der Kriterienkatalog sei 2005 zusammen mit FachexpertInnen erstellt worden, um ein einheitliches und qualitativ hochwertiges Niveau bei der Essensversorgung sicher zu stellen. Er diene dazu, unter den Bewerbern eine

Vorauswahl zu treffen und die geeigneten Lieferanten in den Lieferantenpool zu übernehmen. Diese stünden den Elternvereinen dann als Lieferanten der Mittagsverpflegung zur Verfügung.

Aufgrund einer Vereinbarung zwischen der MA 56 und dem Landesverband schließe der Landesverband im Namen der jeweiligen örtlichen Elternvereine Verträge mit den vom jeweiligen örtlichen Elternverein ausgewählten Essenslieferanten des Lieferantenpools. Die MA 56 stelle dem Lieferanten lediglich die örtliche Infrastruktur zur Nutzung zur Verfügung.

Die Gemeinde Wien sei zwar öffentliche Auftraggeberin, im vorliegenden Fall komme das Vergaberecht jedoch mangels Beauftragung und Finanzierung der Essensverpflegung durch die Gemeinde Wien nicht zur Anwendung, weil es sich nicht um eine Lieferleistung gemäß § 1 Abs. 1 BVerG 2006 handle. Insbesondere komme kein Vertragsverhältnis zwischen der MA 56 und den Lieferanten zustande. Auch eine Überprüfung des gewählten Modelles durch den Stadtrechnungshof im Jahr 2014 habe ergeben, dass dieses nicht dem Vergaberecht unterliege.

Die Antragstellerin habe sich um die Aufnahme in den Lieferantenpool beworben, habe jedoch nicht alle Kriterien erfüllt bzw. die eingeräumte Nachfrist zur Vorlage erforderlicher Unterlagen nicht eingehalten. Eine Aufnahme in den Lieferantenpool und eine nachfolgende Beauftragung durch den Landesverband wären daher nicht möglich gewesen.

Beantragt werde daher, festzustellen, dass der gegenständliche Beschaffungsvorgang nicht dem Vergaberecht unterliege und den Feststellungsantrag kostenpflichtig abzuweisen.

Dieser Stellungnahme sind als Beilagen der o.a. Gemeinderatsbeschluss betreffend die Neuregelung der Mittagsverpflegung an ganztägigen öffentlichen Pflichtschulen samt Beschlussbogen, die Vereinbarung zwischen dem Landesverband und der Stadt Wien, MA 56, betreffend die Bevollmächtigung zur Gebarung der Mittagsverpflegung, das Schreiben des Landesverbandes an die MA 56 vom 10.12.2004 betreffend die Unterfertigung dieser Vereinbarung, das Schreiben des Landesverbandes vom 26.6.2017 über die Nichterfüllung diverser

Punkte des Kriterienkataloges an die Antragstellerin, der angesprochene Bericht des Landesrechnungshofes, der Kriterienkatalog (gültig ab 2.1.2017) und ein Schriftstück über das Prozedere bei der Auswahl des jeweiligen Lieferanten (gültig ab 2.1.2017) angeschlossen.

Die Stellungnahme der Antragsgegnerin wurde der Antragstellerin zur Kenntnis gebracht.

Aufgrund des gegenständlichen Feststellungsantrages wurde am 28.9.2017 vor dem Verwaltungsgericht Wien eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Die Verhandlung hatte folgenden Verlauf:

„Die Vorsitzende bezeichnet den Gegenstand der Verhandlung.

Auf die Verlesung des Akteninhaltes (VGW-Akt) wird mit Zustimmung der Verfahrensparteien verzichtet; dieser gilt somit als verlesen.

Die Berichterin gibt Gelegenheit, sich zum Gegenstand der Verhandlung zu äußern. Der Antragstellervertreter verweist auf das bisherige Vorbringen und referiert kurz die Replik vom 26.9.2017.

Der Antragsgegnervertreter verweist auf das bisherige Vorbringen und ergänzt, dass die Stadt Wien im vorliegenden Fall nicht öffentliche Auftraggeberin im Sinne des BVergG sei. Sie sei lediglich gesetzliche Schulerhalterin für die öffentlichen Pflichtschulen in Wien. Es treffe sie die Verpflichtung, Vorsorge für die Verpflegung der SchülerInnen in den ganztägig geführten Pflichtschulen zu treffen. Dies erfolge insbesondere durch die Bereitstellung der Infrastruktur.

Auftraggeber und wesentlicher Entscheidungsträger für die Essenslieferungen seien die Erziehungsberechtigten der SchülerInnen. Diese würden auch das entsprechende Entgelt leisten. Welcher Essenslieferant gewählt wird, würde aufgrund eines auf breiter demokratischer Basis gefällten Beschlusses der Erziehungsberechtigten entschieden. Auch Änderungen der Lieferanten würden von den Eltern und nicht von der Stadt Wien veranlasst.

Die angesprochene Vereinbarung sei keine Rahmenvereinbarung sondern ein Regelwerk, das festlegen solle, wie die Verpflegung der SchülerInnen machbar abgewickelt werden könne ohne das Gefahr für den Schulbetrieb bestünde.

Eröffnung des Beweisverfahrens:

Auf Befragen der Berichterin gibt der Antragstellervertreter an:

Als rechtswidrig erachtet wird die Beauftragung eines oder mehrerer Lieferanten mit der Lieferung der Schulverpflegung für das Schuljahr 2017/2018.

Auf Befragen der Berichterin gibt der Antragsgegnervertreter an:

Der Kriterienkatalog wurde vor 2005 von der MA 56 gemeinsam mit dem Landesverband und Fachleuten (z.B. schulärztlicher Dienst) erarbeitet. Er enthält zwingende Vorgaben hinsichtlich der Qualität und der Lieferbedingungen, die die Lieferanten, die in den Lieferantenpool aufgenommen werden wollen, erfüllen müssen.

Der Landesverband schließt als „Dachverband“ der Elternvereine die einzelnen Verträge mit den Lieferanten (und zwar im Auftrag der Elternvereine und nicht der MA 56).

Eine Aufnahme in den Lieferantenpool setzt die Erfüllung der Kriterien des Kriterienkataloges voraus. Geprüft wird dies nach einer Bewerbung des jeweiligen Lieferanten durch die MA 56 und den Landesverband. Diese Bewerbung kann bei der MA 56 oder beim Landesverband abgegeben werden. Der Landesverband teilt den Bewerbern mit, ob sie in den Lieferantenpool aufgenommen werden oder nicht bzw. aus welchen Gründen eine Aufnahme unterbleibt. Sollten Voraussetzungen nicht erfüllt sein, so fordert der Landesverband den jeweiligen Bewerber auf, z.B. Unterlagen nachzureichen.

Auf Frage aus dem Senat gibt der Antragsgegnervertreter an:

Welcher Lieferant für einen konkreten Schulstandort gewählt wird, bestimmen die Eltern der SchülerInnen über den Elternverein. Die Auswahl der konkreten Menüs aus den von den Lieferanten zur Verfügung gestellten Speiseplänen erfolgt ebenfalls durch die Eltern, jedoch im Wege der Schule. Hinzuweisen ist darauf, dass die Schule selbst keine Rechtspersönlichkeit hat. Um die Administration vor Ort zu erleichtern, wurde diese Vorgangsweise gewählt. Vertragspartner der Lieferanten wird der Landesverband in Vertretung des örtlichen Elternvereines und der Erziehungsberechtigten der jeweiligen Schule. Bewerber um die Aufnahme in den Lieferantenpool haben verschiedene Menülinien einzureichen.

Die Infrastruktur in den einzelnen Schulen (Küche, Speiseraum) wird von der MA 56 zur Verfügung gestellt.

Die Bezahlung erfolgt in der Form, dass die einzelnen Schulen an die MA 56 bzw. die zuständige Buchhaltungsabteilung die Kosten der bestellten bzw. konsumierten Verpflegung meldet. Dort wird die Rechnung an die Eltern gestellt. Die Bezahlung erfolgt durch die Eltern bargeldlos an die Stadt Wien. Die Stadt Wien sorgt dafür, dass das Entgelt an die jeweiligen Lieferanten weitergeleitet

wird und kontrolliert, ob die Zahlungen ordnungsgemäß erfolgt sind. Sollte dies nicht der Fall sein, ergreift die MA 56 Eintreibungsmaßnahmen.

Der „Auftragswert“ beträgt jedenfalls mehr als EUR 100.000,-- pro Schuljahr, da jeden Tag mehr als 30.000 Kinder ein Mittagessen bekommen. Der Anteil der Kinder, für die die Stadt Wien mit der Bezahlung einspringt, da sich die Eltern dieser Kinder die Bezahlung der Schulverpflegung nicht leisten können, beträgt in etwa 10 %.

Der Antragstellervertreter weist daraufhin, dass in dem der Stellungnahme der MA 56 beigelegten Bericht des Stadtrechnungshofes aus 2014 festgehalten sei, dass eine öffentliche Unternehmersuche für die Aufnahme in den Lieferantenpool durch die MA 56 erfolgt sei.

Die Antragsgegnervertreterin entgegnet, dass dies 2005 erstmals und nur in diesem Jahr so gehandhabt wurde. In den Folgejahren bis heute wird die oben geschilderte Vorgangsweise unter Beiziehung des Landesverbandes eingehalten. Bewerber können sich jederzeit für die Aufnahme in den Lieferantenpool bewerben. Eine Aktualisierung des Lieferantenpools erfolgt in Abständen von 2 Jahren.

Der Antragstellervertreter weist auf die Regelungen in Punkt 2 und 3 des Schreibens „Prozedere bezüglich der Auswahl des jeweiligen Lieferanten an einer ganztägig geführten öffentlichen Wiener Pflichtschule“ (Beilage E zur Stellungnahme der Auftraggeberin) hin. Er schließt daraus, dass in dem im Punkt 2 letzter Absatz und Punkt 3.2. letzter Absatz geregelten Fällen (die Eltern treffen keine Auswahl über den Lieferanten bzw. eine Schule wird erstmals als ganztägige Schule geführt) die Stadt Wien die Vorgangsweise vorgibt.

Die Antragsgegnervertreterin entgegnet, dass es sich bei diesem Schreiben um eine Beilage zum Kriterienkatalog handelt. Es ist darin Vorsorge getroffen, wenn der Fall eintritt, dass sich Eltern über den Lieferanten nicht einigen können bzw. dass es noch keinen Elternverein gibt, weil die Schule neu eröffnet wird. Die Vorgangsweise wurde vom Landesverband vorgeschlagen und wird von der MA 56 im Hinblick auf die Zurverfügungstellung der Infrastruktur mitgetragen. Dies bringt auch der Kopf dieses Schreibens, in dem der Landesverband und die MA 56 aufscheinen, zum Ausdruck. Es handelt sich dabei um eine Notfallregelung, die jeweils nur für ein Jahr gilt. Die Eltern können im nächsten Jahr selbst entscheiden bzw. auch einen Lieferantenwechsel beschließen, wenn dafür gewichtige Gründe vorliegen.

Der Antragstellervertreter ergänzt, dass aus Sicht der Antragstellerin der Landesverband in diesen Fällen keine Auswahlmöglichkeit hat, sondern nach klaren Regeln eine Entscheidung zu treffen hat.

Die Antragsgegnervertreterin teilt mit, dass für das heurige Schuljahr 2017/2018 im Jahr 2017 bereits eine Unternehmenssuche stattgefunden hat, wie oben dargestellt. Die Elternvereine der einzelnen Schulen wurden aufgefordert bis 30.4.2017 dem Landesverband mitzuteilen, welchen Lieferanten sie für die Lieferung der Schulverpflegung an ihrer Schule ausgewählt haben. Der Landesverband hat in der Folge die ausgewählten Lieferanten über die Schulstandorte informiert, für die sie ausgewählt wurden.

Hinsichtlich der Antragstellerin wurde ein „Verbesserungsverfahren“ durchgeführt, da diese die Kriterien des Kriterienkataloges nicht vollständig erfüllt hat. Da die entsprechenden Unterlagen auch nicht nachgereicht wurden, wurde der Antragstellerin mit Schreiben vom 26.6.2017 abschließend mitgeteilt, dass eine Beauftragung für das Schuljahr 2017/2018 nicht erfolgen könne.

Auf Frage der Berichterstatterin teilt die Antragsgegnervertreterin mit, dass die Bestellung bei den Lieferanten für die konkreten Essenslieferungen von der Schulleitung bzw. Freizeitleitung der einzelnen Schulen pro Woche im Vorhinein erfolgt. Der Vertrag mit den Lieferanten kommt mit dem Landesverband zustande. Da das heurige Schuljahr bereits begonnen hat, haben von der ersten Woche an derartige Bestellungen stattgefunden.

Der Antragstellervertreter weist rein formal daraufhin, dass sich das Schreiben vom 26.6.2017 an die G. GmbH richtet, die am 30.6.2017 mit der Antragstellerin verschmolzen wurde.

Der Antragstellervertreter bringt ergänzend vor, dass gegenständlich von der Stadt Wien eine maßgeschneiderte Leistung abgefragt worden sei. Dieser Vorgang unterliege dem Vergaberecht. Hingewiesen werde auf den von der AG vorgelegten Stadtrechnungshofbericht, in dem festgehalten wird, dass die MA 56 konkret formulierte Qualitätskriterien vorgegeben habe. Hingewiesen wird auch auf die einschlägige Entscheidung des VKS Wien, ZI. VKS-2298/05.

Der Antragsgegnervertreter entgegnet, dass es sich gegenständlich nicht um maßgeschneiderte Vorgaben der Stadt Wien handle, sondern um ein Regelwerk, das sicherstellen soll, dass die Kinder in den ganztägig geführten Pflichtschulen eine qualitätsvolle Verpflegung erhalten. An der Erarbeitung dieses Regelwerkes war der Landesverband als Vertreter der Eltern, die an der Festsetzung entsprechender Standards ein Interesse haben, maßgeblich beteiligt.

Der Antragstellervertreter weist daraufhin, dass der dem vorgelegten Gemeinderatsbeschluss angeschlossene Kriterienkatalog nicht mit dem als Beilage D vorgelegten Kriterienkatalog übereinstimmt. Insbesondere würde darin in der Präambel im Punkt 1.5., in Punkt 1.7., in Punkt 2.4.3. und in Punkt 2.6. ausschließlich die MA 56 genannt.

Die Antragsgegnervertreterin entgegnet, dass es sich bei dem als Beilage D vorgelegten Kriterienkatalog um den aktuellen handelt. Dort sei jeweils die

MA 56 und der Landesverband festgehalten. Der Gemeinderatsbeschluss sei erfolgt, da im Jahr 2005 eine Neuregelung der Mittagsverpflegung beschlossen worden sei. Der Kriterienkatalog sei eine Beilage gewesen und weise logischerweise die Version aus 2005 auf. Die Weiterentwicklung des Kriterienkatalogs erfordere keinen Gemeinderatsbeschluss.

Der Antragstellervertreter bringt abschließend vor, dass die Stadt Wien gesetzlich zur Sicherstellung der Verpflegung der SchülerInnen verpflichtet sei. Es handle sich dabei um die gesetzliche Beschaffungspflicht eines öffentlichen Auftraggebers. Der persönliche Geltungsbereich des BVergG unterliege den unionsrechtlichen Bestimmungen. Eine Übertragung dieser Beschaffungspflicht auf Private verhindere nicht die Verpflichtung zur Anwendung des BVergG. Es handle sich daher gegenständlich um eine unzulässige Umgehung von vergabe- und unionsrechtlichen Bestimmungen.

Der Antragsgegnervertreter entgegnet, dass die Stadt Wien im vorliegenden Fall keine öffentliche Auftraggeberin sei.

Die Verhandlung wird zur Beratung und Abstimmung des Senates um 10:32 Uhr unterbrochen. Die Verfahrensparteien verlassen den Verhandlungssaal.

Die Verhandlung wird um 11:03 Uhr fortgesetzt.

Auf Nachfrage der Berichterstatterin teilt der Antragstellervertreter mit, dass der Ersatz der Pauschalgebühren beantragt wird.

Auf die Frage, wo die Antragstellerin das wirtschaftliche Interesse der Stadt Wien am Erhalt der verfahrensgegenständlichen Leistung sieht, teilt der Antragstellervertreter mit, dass sich dieses aus der gesetzlichen Verpflichtung der Stadt Wien zur Beschaffung der Schulverpflegung ergebe.

Der Antragsgegnervertreter entgegnet, dass kein wirtschaftliches Interesse der Stadt Wien vorliege.

Auf die Frage der Berichterstatterin, welcher Vorgang (Auswahl der Lieferanten für den Lieferantenpool, Festlegung des konkreten Lieferanten für den Schulstandort, Bestellung der konkreten Menüs durch die Schule pro Woche) die Rahmenvereinbarung darstelle, gibt der Antragstellervertreter an, dass nach Ansicht der Antragstellerin die Auswahl der Lieferanten für den Lieferantenpool die Rahmenvereinbarung darstelle.

Nach Ansicht der Antragstellerin hätte die Auswahl der Lieferanten für den Lieferantenpool in der im BVergG für Rahmenvereinbarung vorgeschriebenen Weise erfolgen müssen. Nachdem dies nicht erfolgt ist, sind auch die Bestellungen der konkreten Menüs durch die Schule als Abrufe aus dieser Rahmenvereinbarung vergaberechtswidrig.

Wann diese Bestellungen erfolgt sind, ist der Antragstellerin nicht bekannt. Aufgrund der heutigen Verhandlung ist ihr jedoch bekannt, dass bereits im Mai oder Juni 2017 durch die Auswahl bestimmter Lieferanten für bestimmte Schulstandorte Abrufe erfolgt seien.

Auf die Frage aus dem Senat, warum die Antragstellerin meint, nicht als etwaige Rechtsnachfolgerin der G. GmbH präkludiert zu sein, führt die Antragstellerin aus:

Dass keine Präklusion eingetreten sei, ergebe sich aus dem europarechtlichen Effektivitätsgrundsatz und dem Urteil des EuGH, Rs MedEval. Es sei den Teilnahmewerbern im Verfahren gesagt worden, dass das Vorhaben nicht dem Vergaberecht unterläge. Die Rechtswidrigkeit des Vergabevorganges sei für die Antragstellerin erst durch die Beilagen der Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 22.8.2017 ersichtlich geworden.“

Anhand der vorgelegten Schriftsätze und Unterlagen der am Verfahren Beteiligten, hier insbesondere der Beilagen zur Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 22.8.2017 (Vereinbarung über die Bevollmächtigung zur Gebarung der Mittagsverpflegung zwischen dem Landesverband und der Stadt Wien Beilage A, Kriterienkatalog für Mittagsverpflegung Beilage D, Prozedere bezüglich der Auswahl ... Beilage E, Schreiben des Landesverbandes an die G. GmbH vom 26.6.2017 Beilage B), sowie dem Ergebnis der durchgeführten mündlichen Verhandlung vom 28.9.2017 trifft das Verwaltungsgericht Wien folgende Feststellungen:

Die Stadt Wien, MA 56, ist als Schulerhalterin gemäß § 3 Abs. 2 Wiener Schulgesetz u.a. verpflichtet, an ganztägigen Schulformen Vorsorge für die Verpflegung der SchülerInnen zu treffen. Die Kosten sind gemäß § 5 Abs. 2 Wiener Schulgesetz von den Personen zu tragen, die für den Unterhalt des Schülers bzw. der Schülerin aufzukommen haben. Es besteht keine Verpflichtung, die von der Stadt Wien angebotene Variante der Schulverpflegung in Anspruch zu nehmen.

Derzeit werden in Wien 158 öffentliche Pflichtschulen ganztägig geführt. Etwa 30.000 SchülerInnen werden täglich mit Schulverpflegung versorgt. Etwa 10% der Eltern dieser SchülerInnen sind aus sozialen Gründen von der Bezahlung dieser Schulverpflegung befreit, wobei die Stadt Wien die Bezahlung als Sozialleistung übernimmt.

Die Sicherstellung der Schulverpflegung erfolgt aktuell in der Form, dass die MA 56 eine Vereinbarung mit dem Landesverband (der die Rechtsform eines Vereines aufweist) geschlossen hat, in der festgehalten wird, dass die örtlichen Elternvereine über die Auswahl der Essenslieferanten zu entscheiden haben. Die MA 56 stellt diesen ausgewählten Lieferanten die erforderliche Infrastruktur zur Verfügung, wenn diese die Anforderungen des Kriterienkataloges erfüllen.

Die Vereinbarung hat folgenden Inhalt:

„Vereinbarung über Bevollmächtigung zur Gebarung der Mittagsverpflegung zwischen dem

Landesverband Wien der Elternvereine an den öffentlichen Pflichtschulen als Vertreter für die Elternvereine der ganztägig geführten Pflichtschulen der Stadt Wien in der Folge Landesverband genannt

und der

Stadt Wien vertreten durch die Magistratsabteilung 56 - Städtische Schulverwaltung in der Folge MA 56 genannt

#### Vereinbarung

##### 1.

Die MA 56 als Schulerhalter für die öffentlichen ganztägig geführten Pflichtschulen ist gesetzlich verpflichtet, Vorsorge für die Mittagsverpflegung der Schülerinnen zu treffen.

Den örtlichen Elternvereine der öffentlichen ganztägig geführten Pflichtschulen wird die Möglichkeit eröffnet, die Entscheidung über die Auswahl des Essenslieferanten zu treffen. Die Nutzung der für die Verpflegung erforderlichen Infrastruktur wird seitens der MA 56 jedoch ausschließlich jenen Lieferanten ermöglicht, die sich gegenüber dem Landesverband bzw. den Elternvereinen bereit erklären, die von der MA 56 vorgegebenen Kriterien zu erfüllen.

##### 2.

Mit dieser Vereinbarung beauftragt der Landesverband die MA 56 im Wege einer öffentlichen Interessentensuche geeignete Essenslieferanten zu suchen, die den beiliegenden Kriterienkatalog erfüllen.

## 3.

Der Landesverband überträgt der MA 56 mit Wirkung ab dem Schuljahr 2005/06 die gesamte Essensgebarung und überbindet das Inkasso an die MA 56 und somit auch alle weiteren Maßnahmen zur Einbringung offener Forderungen. Die Rechnungslegung der Essenslieferanten wird an den Landesverband zu Handen der MA 56 erfolgen. Diese übernimmt das Inkasso der Essensbeiträge und die Weiterleitung an die Essenslieferanten. Der Landesverband und die jeweiligen Elternvereine werden gegenüber dem Essenslieferanten hinsichtlich allfälliger säumiger Zahler schad- und klaglos gehalten.

Die MA 56 übernimmt weiterhin als Sozialleistung die Kosten für jene Kinder die die Kriterien für eine Befreiung von den Essensbeiträgen nach dem jeweils geltenden Gemeinderatsbeschluss erfüllen.

## 4.

Der Landesverband schließt namens der jeweiligen örtlichen Elternvereine eine Vereinbarung mit einem die Kriterien der MA 56 erfüllenden Essenslieferanten über die Lieferung der Mittagsverpflegung ab.

Die Wahl des Essenslieferanten erfolgt durch den örtlichen Elternverein, der hierzu die breite Zustimmung der das Essen finanzierenden Mitglieder einzuholen hat.

## 5.

Ein beabsichtigter Wechsel des Essenslieferanten einzelner Schulstandorte ist grundsätzlich vorab mit der MA 56 zu akkordieren, um zeitgerecht allfällig erforderliche Maßnahmen (wie beispielsweise bauliche Adaptierungen) setzen zu können.

## 6.

Diese Vereinbarung kann unter Einhaltung einer einjährigen Frist jeweils zum Letzten eines Monats schriftlich gekündigt werden.

## 7.

Änderungen dieser Vereinbarung können nur einvernehmlich erfolgen und bedürfen der Schriftform.

Beilage:  
- Kriterienkatalog

Für die MA 56:

Für den Landesverband: "

Vertragspartner des jeweiligen Lieferanten für die konkreten Essensbestellungen wird der Landesverband im Namen der örtlichen Elternvereine. Die Verträge

kommen somit zwischen dem Landesverband als Vertreter der Eltern und dem Lieferanten zu Stande.

Lieferanten, die an einem Vertragsabschluss interessiert sind, bewerben sich bei der MA 56 oder beim Landesverband um Aufnahme in den Lieferantenpool. Die öffentliche Interessentensuche erfolgte bei Einführung dieses Systems im Jahr 2005 erstmalig durch die MA 56. Seit dem erfolgt die öffentliche Interessentensuche durch den Landesverband.

Zur Aufnahme in den Lieferantepool müssen die Bewerber die von der MA 56 und dem Landesverband gemeinsam mit einschlägigen Experten (schulärztlicher Dienst) im Kriterienkatalog festgelegten Kriterien erfüllen. Der von der Antragsgegnerin und dem Landesverband unter Beiziehung von Fachleuten ausgearbeitete Kriterienkatalog enthält detaillierte Vorgaben für die Lieferanten (z.B. hinsichtlich deren Gewerbeberechtigung, der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, der technischen Leistungsfähigkeit sowie der Hygiene- und Qualitätssicherung), der anzubietenden Leistung (z.B. Menüzusammenstellung, Energiegehalt und Bio-Anteil der Speisen, Speisepläne). Der Kriterienkatalog enthält keine Festlegungen hinsichtlich des Preises oder der in Aussicht genommenen Liefermenge.

Der Kriterienkatalog wurde erstmals 2005 eingeführt, um die Qualität der Schulverpflegung sicherzustellen. Im Jahr 2005 wurde die öffentliche Interessentensuche für die Aufnahme von Lieferanten in den Lieferantenpool von der MA 56 durchgeführt. Ebenso wurde das Auswahlverfahren durch die MA 56 durchgeführt. Der Kriterienkatalog wird regelmäßig überarbeitet. Derzeit ist der Kriterienkatalog gültig ab 2.1.2017 aktuell.

Der Kriterienkatalog hat folgenden Wortlaut:

„Kriterienkatalog zur Listung von Lieferanten  
für die Schulverpflegung  
an ganztägig geführten öffentlichen Wiener Pflichtschulen  
Gültig ab 02.01.2017

Präambel

Die Stadt Wien - vertreten durch die Magistratsabteilung 56 (in Folge genannt MA 56) - als Schulerhalterin für die öffentlichen Pflichtschulen ist gesetzlich verpflichtet, Vorsorge für die Mittagsverpflegung der Schüler/innen an ihren

ganztägig geführten Schulen zu treffen. Die MA 56 hat daher sichergestellt, dass der Landesverband Wien der Elternvereine an öffentlichen Pflichtschulen (in Folge genannt LEVW) die Abwicklung des erforderlichen Prozederes bezüglich der Elternentscheidungen über die Lieferantenauswahl am jeweiligen Schulstandort übernimmt.

Der MA 56 und dem LEVW ist es im Rahmen der Schulverpflegung ein großes Anliegen, den Bedürfnissen ALLER Schüler/innen entgegen zu kommen, um die Gemeinschaftsverpflegung möglichst uneingeschränkt umzusetzen. Diesem Inklusionsgedanken wird einerseits durch die Bereitstellung verschiedener Menülinien abgestimmt auf persönliche Bedürfnisse und andererseits durch die Bereitstellung von Spezialmenüs im Zusammenhang mit Einschränkungen Rechnung getragen.

Die Entscheidung über die Auswahl des für die jeweilige Schule gewünschten Essenslieferanten wird den Eltern/Erziehungsberechtigten der Schüler/innen überlassen. Der LEVW koordiniert dies im Interesse der Erziehungsberechtigten in enger Kooperation mit den Elternvereinen an den jeweiligen Schulen.

Zusätzlich bietet die Stadt Wien auch die Möglichkeit einer Jausenbestellung über den Essenslieferanten als freiwillige Leistung für Schüler/innen, die Betreuung und Mittagsverpflegung in Anspruch nehmen, an. Die Bereitstellung von Jause erfolgt allerdings nur bei entsprechender „Bestellung“ durch den Elternverein im Rahmen der Vereinbarung mit dem LEVW.

## 1. Allgemeine Kriterien

Folgende Anforderungen sind vom/von der Bewerber/in mit Nachweisen zu erfüllen

### 1.1. Nachweis der Befugnis und Eignung

Die Aufnahme in den Lieferantenpool kann nur für Unternehmen erfolgen, die fachkundig, leistungsfähig und zuverlässig sind. Für die Eignungsprüfung sind daher folgende Unterlagen abzugeben:

#### o Gewerbeberechtigung:

Es ist der Nachweis über eine die Herstellung und Lieferung von Kinder- und Jugendlichenverpflegung umfassende aufrechte Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe zu erbringen.

#### o Darstellung der Unternehmensstruktur:

Organigramm des Unternehmens mit den für die auftragsgegenständliche Leistung verantwortlichen Bereichen (Produktion, Qualitätssicherung, Logistik etc.), Angaben über den Küchenstandort, an dem die ÖGE Zertifizierung erfolgt ist, Bestätigung des Bewerbers, dass die Produktion und Belieferung im Auftragsfalle ausschließlich von diesem Küchenstandort erfolgen wird. Die Einhaltung muss in Form eines Berichtes eines Wirtschaftsprüfers für jedes Jahr zum 31.12. längstens am 31.3. des Folgejahres, der MA 56 und dem LEVW, nachgewiesen werden.

- o Darstellung der vorhandenen Transportlogistik:  
Logistikkonzept mit der Darstellung der Eigenlogistik und der Zusammenarbeit mit etwaigen Subunternehmern in diesem Bereich, genaue Darstellung der Kühl- bzw. Tiefkühllogistik (Prozedere der Temperaturaufzeichnungen während Transport etc.)
- o Darstellung der zur Verfügung stehenden Personalkapazität im Bereich der auftragsgegenständlichen Leistungen, aufgeschlüsselt nach Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigten sowie unternehmenseigener Mitarbeiter vs. Leiharbeiter
- o Eine Ausbildung von Lehrlingen im Betrieb des/der Bewerber/in muss nachgewiesen werden (bei der Wirtschaftskammer Österreich als Lehrbetrieb gelistet mit Nachweis der aktuellen Beschäftigung von Lehrlingen). Zur Bestätigung der aktiven Lehrlingsausbildung ist eine schriftliche Firmenbestätigung (gezeichnet von Geschäftsführung und Bereichsleitung Personal) vorzulegen. Außerdem behalten sich der LEVW und die MA56 das Recht vor, im Zweifelsfall von den Bewerber/innen auch zusätzlich einzelne Beitragsnachweise (je Lehrling aus der Personalverrechnung) und/oder individuelle Bestätigungsmeldungen (je Lehrling von den Berufsschulen) einzufordern.  
Diese Bestätigung ist in der Folge jährlich zum 31.12. längstens am 31.3. des Folgejahres, der MA56 und dem LEVW, vorzulegen.
- o Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit:  
Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ist gegeben, wenn die Umsatzerlöse des Unternehmens im Bereich Gemeinschaftsverpflegung in den letzten drei Geschäftsjahren im Durchschnitt zumindest EUR 1 Mio. (exkl. USt.) pro Geschäftsjahr betragen haben und das Unternehmen über eine gute Bonität verfügt. Diese liegt vor, wenn die Ausfallwahrscheinlichkeit des Unternehmens nach dem Rating der KSV1870 Information GmbH (kurz „KSV“) als „gering“ (Rating von 399 oder weniger) beurteilt wird.

Soweit keine Bonitätseinschätzung seitens KSV verfügbar ist, ist eine entsprechende Bestätigung eines österreichischen Kreditinstituts vorzulegen, mit der eine gute Bonität des Unternehmens bestätigt wird sowie eine positive Fortbestandsprognose durch einen akkreditierten Wirtschaftsprüfer vorzulegen.

## 1.2. Nachweis der notwendigen Betriebsmittel

Die/der Bewerber/in muss über einen geeigneten Produktionsstandort verfügen. Reine Handels- und Vertriebsunternehmen sind nicht zugelassen. Unternehmen, die eine Listung anstreben, haben den Standort ihrer Produktionsküche bekannt zu geben. Die Kapazität für die Versorgung von zumindest 8.000 Schüler/innen muss durch geeignete Nachweise belegt werden - dies vor dem Hintergrund einer Verpflichtung, bei Ausfall eines Lieferanten kurzfristig im Bedarfsfalle einspringen zu müssen. Weiters muss diese Produktionsküche eine gültige ÖGE-Zertifizierung aufweisen und sich einem jährlichen ÖGE-Audit unterziehen. Produktionsküchen für die Belieferung der Wiener Schulen

dürfen nicht mehr als 200 km Entfernung (vom Produktionsstandort bis Wien Mitte) aufweisen.

### 1.3. Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

Die/der Bewerber/in muss ihr/sein fachlich/technisches Know-How anhand von Referenzprojekten im Bereich „Schulverpflegung“ nachweisen können. Folgende Mindestkriterien sind dabei zu erfüllen: Verpflegung von zumindest 8.000 Schüler/innen im Alter zwischen 6 und 15 Jahren mit täglichem Mittagessen (Montag bis Freitag) in „Cook & Chill“ oder „Cook & Freeze“-Technologie. Die Leistung muss innerhalb der letzten 3 Jahre für zumindest 12 Monate erbracht worden sein. Zudem muss die technische Leistungsfähigkeit durch folgende Zertifizierungen belegt werden:

- o eine Zertifizierung im Rahmen der GFSI-Standards (Global Food Safety Initiative) wie z.B. IFS Food, BRC, GAP oder 22000 FSSC
- o eine Zertifizierung nach dem Qualitätsmanagementsystem gemäß ISO 9001:2008 oder aktueller (oder nach einer gleichwertigen Zertifizierungsnorm)

(Die Gleichwertigkeit ist ggf. jeweils von der/dem Bewerber/in nachzuweisen.)

### 1.4. Zugelassene Technologien

Die Leistungserbringung kann mit folgenden Angebotsformen erfolgen:

- o Cook & Chill (aus Gründen der begrenzten Lagerkapazitäten in den Schulen täglich angeliefert)
- o Cook & Freeze

Warmanlieferung ist ausgeschlossen.

### 1.5. Hygiene- und Qualitätssicherheiten

- o Nachweise:

Für folgende Hygiene- und Qualitätssicherheiten sind entsprechende Nachweise zu erbringen:

- o Vor der Aufnahme in den Lieferantenpool ist der Abschluss eines Vertrages mit der Lebensmitteluntersuchungsanstalt der Stadt Wien oder einer anderen staatlich autorisierten Prüfanstalt über eine laufende Hygienekontrolle vorzulegen. Mit diesem Vertrag ist auch ein Kontrollprogramm festzulegen, das folgende Punkte umfassen muss:
  - Hygiene Audit.,
  - Mikrobiologische Untersuchung von Speisen
  - Reinigungskontrolle mittels Abklatschpräparaten
  - Bestimmung der Luftkeimzahl
- o Der Umfang hat sich aus der „Leitlinie für Großküchen, Großcatering, Spitalsküchen und vergleichbaren Einrichtungen der Gemeinschaftsverpflegung“ zu ergeben.
- o Vom Unternehmen getroffene Maßnahmen zur Qualitätssicherung sind darzulegen.

- o Das Unternehmen hat ein Krisenmanagementhandbuch vorzulegen, das ein funktionierendes Krisenmanagement dokumentiert.

## 1.6. Musterspeisepläne

Um die Einhaltung der unter Pkt. 2.1. genannten Kriterien prüfen zu können, sind der MA 56 und dem LEVW Musterspeisepläne für mindestens 8 Wochen (jeweils eine Wochenübersicht mit allen Menüs und Jausenangeboten) einschließlich der 10 vorgegebenen Varianten für Lunchpakete zur Verfügung zu stellen.

## 2. Kriterien hinsichtlich Gestaltung der Schulverpflegung, Speiseplänen, Bio-Anteil, etc.

### 2.1. Angaben zur Mittagsmenügestaltung

- o Die Mittagsmenüs sind mindestens zweigängig zu gestalten: zweimal pro Woche Suppe und Hauptspeise, dreimal pro Woche Hauptspeise und Dessert (1 x frisches Obst, 1 x Milchprodukte und 1 x Mehlspeise [Empfehlung fettarm, mit Vollkorn und Obst] oder Kompott, Fruchtmus).
- o Bei der Auswahl der Desserts muss auf die gelieferten Fruchtarten im Rahmen des Wiener Schulfruchtprogramms Rücksicht genommen werden. Früchte (Obst und Gemüse), die im Rahmen des Schulfruchtprogrammes an die Schulen geliefert werden, dürfen in dieser Woche nicht nochmals beim Essenslieferanten am Speiseplan vorkommen. Die Lieferanten erhalten zeitgerecht eine entsprechende Lieferübersicht.
- o Folgende Menüangebote müssen täglich zur Auswahl stehen:
  - ein Tagesmenü 1
  - ein Tagesmenü 2 (schweinefleischfrei)
  - ein Tagesmenü 3 (vegetarisch\*)
  - ein Tagesmenü 4 (erhöhter Bedarf an komplexen Kohlenhydraten und Eiweiß)
  - sowie bei medizinischem Bedarf in Einzelportionsschalen:
    - Tagesmenü 2 mit BE-Kennzeichnung (schweinefleischfrei)
    - Tagesmenü 3 mit BE-Kennzeichnung (vegetarisch\*)
    - Laktosefreies Menü
    - Glutenfreies Menü
    - Breikost
- \* Alle deklarationspflichtigen Bestandteile müssen fleischfrei sein.
- o Die Mittagsmenüs sind an das Alter der Kinder anzupassen, wobei bei den Portionsgrößen zwischen Grundstufe (6 - 10 Jahre) und Mittelstufe (10 - 15 Jahre) zu differenzieren ist.
- o Folgende Abfolge der Mittagsgerichte (Tagesmenü 1, 2 und 4) muss gewährleistet werden:

Mittagsgericht	Häufigkeit pro 4 Wochen	Anmerkungen
Fleischgericht	mind. 4 x	

Gemüsegericht	mind. 4 x	
Erdäpfel-, Teigwaren-, Reis- oder Getreidegericht	mind. 4 x	
Fleischgericht	mind. 2 x	
Süßes Gericht	max. 4 x	bevorzugt Vollkorn und frisches Obst, fettarme Milchprodukte

Die Abfolge ist wöchentlich zu ändern.

Zusätzlich zur Wochenplanung hat eine Planung der Menükomponenten des Mittagsggerichts (Tagesmenü 1, 2 und 4) für einen Durchrechnungszeitraum von 4 Wochen (= 20 Schultage) nach folgender Tabelle zu erfolgen:

Menükomponente	Häufigkeit der Lebensmittel in 20 Tagen	Anmerkungen
Stärkekomponente	20x, davon: - mind. 6 x Erdäpfel - 4 x Parboiled- oder Naturreis - mind. 2 x Getreidegerichte oder Vollkornnudeln	- fettarme Zubereitung - Getreidevielfalt berücksichtigen
Gemüse/ Rohkost	20x, davon: - entweder als Gemüsegericht, Menükomponente, frischer Salat oder als Gemüsesuppe - mind. 2 x Hülsenfrüchte	- Saisonale Produkte im Angebot - bevorzugt schonend und fettarm gegart - Basis frisch oder tiefgekühlt
Fleisch	6-8x, davon: - 1-2x Fleischstücke - 1-2x Fleischerzeugnisse oder Paniertes (Nuggets, Schnitzel) - 3-4x als Mischgericht mit Fleischkomponente	- Fleischsorten abwechselnd - magere Fleischteile wählen
Fisch	2-4x, davon: - mind. 2x fettarme oder mittelfette Fische	MSC- oder ASC-Zertifikate notwendig

## 2.2. Angaben zur Gestaltung von Lunchpaketen

- o Für Schulausflüge muss die Möglichkeit bestehen, dass anstelle des Mittagessens für VS- sowie NMS-Schüler/innen je 5 verschiedene Lunchpakete ohne Getränk bereitgestellt werden, und zwar
  - ein Lunchpaket 1
  - ein Lunchpaket 2 (schweinefleischfrei)
  - ein Lunchpaket 3 (vegetarisch\*)
  - sowie bei medizinischem Bedarf:
    - ein laktosefreies Lunchpaket
    - ein glutenfreies Lunchpaket

wobei die unter Pkt. 2.3 vorgegebenen Richtwerte einzuhalten sind.

\* Alle deklarationspflichtigen Bestandteile müssen fleischfrei sein.

## 2.3. Angaben zur Gestaltung von Jause

- o Auf Wunsch muss eine auf die Mittagsverpflegung und das Wiener Schulfruchtprogramm (siehe oben) ernährungsphysiologisch abgestimmte Jause angeboten werden. Diese sollte 10-15% der täglich

benötigten Energie und Nährstoffe liefern.

Es müssen täglich:

- eine Jause 1
- eine Jause 2 (vegetarisch, wobei alle deklarationspflichtigen Bestandteile fleischnfrei sein müssen),

zur Auswahl stehen, wobei maximal 1x pro Woche je Jausenangebot eine Süßspeise angeboten werden kann bzw. eine der beiden Jausenangebote täglich laktosefrei sein und entsprechend gekennzeichnet sein muss. Darüber hinaus muss bei medizinischem Bedarf eine glutenfreie Jause als Einzelportion angeboten werden. Die Anlieferung der Jausenkomponenten hat ausschließlich in Großgebinden (mit Ausnahme der glutenfreien Jause) zu erfolgen.

#### 2.4. Speisepläne

- o Ein mindestens 8-wöchiger Speiseplan ist der MA 56 und dem LEVW zeitgerecht zu übermitteln. (Wochenübersicht mit allen Mittagmenüs und Jausenangeboten)
- o Der Speiseplan der Menülinien Tagesmenü 1 und 2 muss den Kriterien des ÖGE- Gütesiegels für nährstoffoptimierte Speisepläne für Schüler/innen entsprechen. Das Unternehmen hat die ÖGE-Gütesiegel-Zertifizierung vorzulegen.
- o Mit der Erlangung des Gütesiegels verpflichtet sich das Unternehmen, die Vorgaben des ÖGE-Gütesiegels einzuhalten. Durch jährliche Re-Audits wird die zertifizierte Qualität langfristig gesichert. Darüber hinaus hat die ÖGE das Recht im Fall von Abweichungen entsprechend Nachschau zu halten. Die laufende Bewertung im Anlassfall obliegt der ÖGE.
- o Die MA 56 und der LEVW behalten sich das Recht vor, im begründeten Verdacht der Nichteinhaltung der ÖGE Richtlinien die ÖGE mit einer Überprüfung des Speiseplans zu beauftragen. Allfällige Kosten sind vom Unternehmen zu tragen.
- o Laufender Informationsaustausch und Erläuterung sonstiger Agenda erfolgt im Rahmen von Besprechungen mit der MA56 und/oder dem LEVW.
- o Die Speisepläne müssen alle Informationen aufweisen, die der Lebensmittel-Informationsverordnung (LMIV 1169/2011 bzw. der jeweils gültigen Fassung) entsprechen. Die Allergen Kennzeichnung muss am Speiseplan für jede Mittagsmenü- bzw. Jausenkomponente extra ausgewiesen werden. Auch der jeweilige Prozentanteil an Bio-Produkten muss angegeben sein. Die Angaben laut Lebensmittel-Informationsverordnung (einschließlich der Zutatenliste) müssen auch auf den Schalen/der Verpackung angedruckt sein und damit den Stand zum Zeitpunkt der Abfüllung dokumentieren. Dies gilt für alle Angebotsformen (Cook & Chill und Cook & Freeze).

## 2.5. Speisemengen bzw. Energiegehalt und Nährstoffdichte

- o Hinsichtlich der Speisemengen und des Energiegehalts sowie der Verhältnismäßigkeit der ernährungsphysiologischen Ausgewogenheit der Speisekomponenten, muss bei den Vorschlägen auf die Bedürfnisse der jeweiligen Altersgruppen (siehe Pkt. 2.1 - Differenzierung in Grundstufe (VS) und Mittelstufe (NMS)) Rücksicht genommen werden.
- o Der Speiseplan muss so gestaltet sein, dass er im Durchschnitt in acht Wochen alle in den aktuellen Prüfkriterien der ÖGE angeführten Richtwerte für Energie, Ballaststoffe und ausgewählte Nährstoffe erfüllt.

## 2.6. Bio-Anteil

Das Unternehmen hat eine Bio-Zertifizierung durch die Austria Bio Garantie oder ein ähnlich akkreditiertes Institut vorzulegen.

Welche biologisch erzeugten Rohstoffe als biologisch gelten ist

- o in der Verordnung (EG) Nr. 834/2007 des Rates - ökologische/biologische Produktion und Kennzeichnung von ökologischen/biologischen Erzeugnissen,
- o in der Verordnung (EG) Nr. 889/2008 der Kommission vom 5. September 2008 mit Durchführungsvorschriften zur Verordnung (EG) Nr. 834/2007 des Rates über die ökologische/biologische Produktion und die Kennzeichnung von ökologischen/biologischen Erzeugnissen hinsichtlich der ökologischen/biologischen Produktion, Kennzeichnung und Kontrolle,
- o in der Verordnung (EG) Nr. 1235/2008 vom 8. Dezember 2008 mit Durchführungsvorschriften zur Verordnung (EG) Nr. 834/2007 des Rates hinsichtlich der Regelung der Einfuhren von ökologischen/biologischen Erzeugnissen aus Drittländern,
- o im österreichischen Lebensmittelbuch: Kapitel A8, TK 2: „NATIONALE BESTIMMUNGEN im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 834/2007, Art. 42“

bzw. in diese Regelungen ersetzende oder ergänzende Bestimmungen geregelt.

- o Festlegung des Anteils:

Der Bio-Anteil wird innerhalb eines Jahres über die nachstehenden Warengruppen mit 40% (Schwankungsbreite nach oben: 5%) festgelegt, wobei der Bio-Anteil pro Warengruppe 10% bzw. 20% nicht unterschreiten darf.

Warengruppe
Warengruppe 1 - 20%
Fleisch und Fleischwaren, Geflügel, Eier
Warengruppe 2 - 10 %
Milch und Milchprodukte

Warengruppe 3 - 10 %
pflanzliche Produkte

o Nachweis der Bio-Anteile:

Das Unternehmen muss hinsichtlich der festgelegten Bio-Anteile folgende Nachweise auf eigene Kosten erbringen:

- Bestätigung des Einkaufes und der Verwendung biologischer Rohstoffe für die Herstellung der im Rahmen des Vertrages gelieferten Menüs durch laufende mengenmäßige Beurteilung durch eine Biokontrollstelle gem. VO (EG) Nr. 834/2007 i.d.g.F.
- Darstellung des Bio-Anteiles (der BIO-Anteile der Warengruppen) als mengenmäßige Verhältnisse zwischen den gesamten biologischen Rohstoffen (den biologischen Rohstoffen der Warengruppen) und dem gesamten Rohstoffeinsatz (dem Rohstoffeinsatz der Warengruppen), der für die Herstellung der im Rahmen der Schulverpflegung gelieferten Mittagsmenus erforderlich ist. Diese Darstellung ist in Form eines Berichtes eines Wirtschaftsprüfers oder einer Biokontrollstelle für jedes Jahr zum 31.12., längstens am 31.3. des Folgejahres, der MA 56 und dem LEVW vorzulegen.
- Weiters ist eine Darstellung des bis zum jeweiligen Stichtag erreichten BIO- Anteils (der BIO-Anteile der Warengruppen) quartalsweise zum 31.3., zum 30.6. und zum 31.12 (in diesem ist auch der Monat September zu berücksichtigen), längstens nach 4 Wochen, durch Auflistung der von der Biokontrollstelle erhobenen Menge der Biologischen Rohstoffe im Verhältnis zur vorläufig festgestellten Menge aller für die Herstellung der im Rahmen der Schulverpflegung gelieferten Mittagsmenus benötigten Rohstoffe der MA 56 und dem LEVW vorzulegen.

## 2.7. Weitere Kriterien

- o Alle Mittagsmenü-/Jausenkomponenten müssen alkohol- und gentechnikfrei sein.
- o Bei Süßspeisen und Desserts müssen alle deklarationspflichtigen Bestandteile fleischnfrei sein. Suppen und Suppeneinlagen müssen immer schweinefleischfrei sein.
- o Fischprodukte müssen ausnahmslos mit dem MSC- oder ASC-Gütesiegel zertifiziert sein. Der Nachweis erfolgt durch den Bericht eines Wirtschaftsprüfers bis zum 31.12. längstens bis zum 31.03. des Folgejahres an die MA56 und den LEVW.
- o Eier müssen zu 100% aus Boden- oder Freilandhaltung stammen. Dies wird entweder durch ein HG-Zertifikat (bei Angebotslegung und jährlich) oder durch den Wirtschaftsprüfer nachgewiesen (Übermittlung des Berichtes bis zum 31.12. längstens bis zum 31.03. des Folgejahres an die MA56 und den LEVW).

- o Die für die Produktion der Mittagsmenüs bzw. Lunchpakete und ggf. Jausenangebote verwendeten Rohstoffe müssen zu mind. 50% aus Österreich stammen, Regionalität der eingesetzten Rohstoffe wird bevorzugt.  
Rind- und Schweinefleisch muss zu 100% aus Österreich stammen. Geflügel muss zu mind. 50% aus Österreich, die restlichen max. 50% aus den Nachbarländern Deutschland, Slowenien und Ungarn stammen.  
Der Herkunftsnachweis ist in Form eines Berichtes eines Wirtschaftsprüfers für jedes Jahr zum 31.12. längstens bis zum 31.03. des Folgejahres der MA56 und dem LEVW vorzulegen.

## 2.8. Lieferung und zusätzliche Lebensmittel/Utensilien

- o Die Anlieferung der Mittagsmenüs 1-4 hat in Großportionseinheiten zu erfolgen. Die aufgrund eines medizinisch begründeten Bedarfes bestellten Mittagsmenüs mit BE- Kennzeichnung, laktosefreie und glutenfreie Menüs sowie Breikost sind ausschließlich in Einzelportionseinheiten zu liefern.  
In begründeten Fällen (z. B. Spartensonderschulen) dürfen nach Rücksprache mit der MA 56 und dem LEVW die Mittagsmenüs 1 - 4 in Einzelportionsschalen bestellt bzw. geliefert werden.
- o Die maximale Überlieferung je Speisenkomponente muss kleiner sein als die Portionsanzahl der Standardverpackung (Mehrportionsgebilde) der jeweiligen Komponente.
- o Wöchentlich müssen 2 Garnituren der Speisepläne im A3-Format in Papier zwecks Aushangs an die Schule sowie 2 Garnituren Speisepläne im A4-Format für die Freizeitleitung und den Elternverein geliefert werden.
- o Zusätzliche kostenlose Beistellung vor Ort (nach Bedarf):
  - Ketchup in 1,5 l Flaschen: max. 15 Fl./100 Schüler/innen/Monat
  - Salz zu 0,5 kg Packungen: max. 1 Pkg./100 Schüler/innen/Monat
  - Staubzucker in 1 kg Packungen: max. 4 Pkg./100 Schüler/innen/Monat
  - Öl in 1 l Flaschen (als Trennhilfe von Nudeln & Reis): 1 Fl./100 Schüler/innen/Monat
  - Tafelessig in 1 l Flaschen (als Reinigungsmittel): max. 2 Fl./100 Schüler/innen/Monat
  - Papierservietten (1-lagig, 33x33 cm), max. 2 Stück/Schüler/in/Tag

## 3. Allgemeine Vorgaben betreffend die Vorlage von Unterlagen

### 3.1. für die Beurteilung zur Aufnahme in den Lieferantenpool verpflichtende Vorlage

- o Vorlage von Unterlagen (siehe Formblatt „Vorlage von Unterlagen“)
- o Das kaufmännische Angebot (siehe Formblatt „Preisangebot“)

Dem Kriterienkatalog ist ein Dokument angeschlossen, das u.a. die Festlegungen enthält, dass die Prüfung, welche Bewerber in den Lieferantenpool aufgenommen werden, ebenso, wie allfällige Anpassungen und Ergänzungen des Kriterienkataloges, von der MA 56 und dem Landesverband gemeinsam vorgenommen werden. Es enthält weiters in Pkt. 2 bzw. Pkt. 3.2. die Festlegung, dass der Landesverband für den Fall, dass die Eltern eines Schulstandortes keine Entscheidung hinsichtlich des gewünschten Lieferanten treffen, oder eine Schule erstmals als Ganztagschule geführt wird, die Kostform „Cook&Chill“ und den diesbezüglichen Billigstbieter auszuwählen hat.

Dieses Dokument hat folgenden Wortlaut:

„Prozedere bzgl. der Auswahl des jeweiligen Lieferanten  
an einer ganztägig geführten öffentlichen Wiener Pflichtschule  
Gültig ab 02.01.2017

#### 1. Voraussetzung: Listung im Lieferantenpool

Die Erfüllung des vorliegenden Kriterienkatalogs sowie das firmenmäßig gezeichnete Liefer- und Leistungsangebot sind Voraussetzung, um in den Lieferantenpool aufgenommen zu werden.

Es wird ausdrücklich festgehalten, dass eine ledigliche Erfüllung des Kriterienkataloges sowie die firmenmäßig Zeichnung des Liefer- und Leistungsangebot und damit eine Listung als potentieller Lieferant (Lieferantenpool) keinerlei Rechtsanspruch auf eine tatsächliche Lieferung an eine öffentliche Wiener Pflichtschule nach sich zieht.

Nur jene Unternehmen, welche sich einer Prüfung ihrer Eignung gemäß Kriterienkatalog (siehe „Kriterienkatalog zur Listung von Lieferanten für die Schulverpflegung an ganztägig geführten öffentlichen Wiener Pflichtschulen“ idGF vom 02.01.2017) fristgerecht unterzogen haben, werden zum Auswahlverfahren zugelassen.

Unternehmen, welche sich nach diesem Stichtag für die Aufnahme in den Lieferantenpool bewerben, erhalten den zum nächstmöglichen Aufnahmeverfahren gültigen Kriterienkatalog zeitgleich mit den Mitbewerber/innen.

Es sei des Weiteren darauf hingewiesen, dass der Listungsprozess nur alle zwei Jahre stattfindet (der nächste Termin ist der Jänner 2017, der übernächste der Dezember 2018, dann der Dezember 2020, usw.).

Der LEVW und die MA 56 behalten sich das Recht vor, gegebenenfalls erforderliche Anpassungen bzw. Ergänzungen des Kriterienkataloges vorzunehmen.

Mitte Jänner 2017 (Anfang Dezember 2018, 2020 usw.) erhalten alle Unternehmen, die ihr Interesse an der Aufnahme in den Lieferantenpool bei der MA 56 bis 03.11.2016 (2018, 2020, usw.) - falls dies ein Samstag oder Sonntag ist, fällt die Frist auf den nächsten Werktag -

bekanntgegeben haben, die aktuellen Kriterien übermittelt.

Das Preisangebot, das firmenmäßige gezeichnete Liefer- und Leistungsangebot sowie die geforderten Unterlagen zum Nachweis der Eignung sind bis 03.02.2017 um 12:00 (07.01.2019, 11.01.2021, usw.) an den LEVW Wien 1., Rauhensteingasse 5/4. Stock während der Bürozeiten zu übermitteln. Die Unterlagen werden von diesem sodann an die MA 56 übermittelt. Die Prüfung erfolgt gemeinsam durch den LEVW und die MA 56.

Die Bekanntgabe der Listung oder Ablehnung von Bewerbern für den Lieferantenpool erfolgt bis spätestens 15.02.2017 (Ende Wintersemester 2018/19, 2020/21, usw.).

Die zum Lieferantenpool zugelassenen Unternehmen erhalten mit der Aufnahmeerklärung in den Lieferantenpool die Information, an welchen Tagen und an welchen Orten die Verkostungen und Informationsveranstaltungen stattfinden werden. Diese Veranstaltungen dienen dazu, Eltern/ Erziehungsberechtigte bei der Entscheidungsfindung zu unterstützen. Die tatsächliche Entscheidung treffen letztendlich die Eltern/Erziehungsberechtigten der Schüler/innen an den jeweiligen Schulen. Diese Veranstaltungen werden von der MA 56 und dem LEVW gemeinsam organisiert. Gelistete Unternehmen, die an diesen mindestens zwei (maximal vier) Veranstaltungen innerhalb eines Schuljahres teilnehmen wollen, haben einmal jährlich einen Unkostenbeitrag in der Höhe von EUR 500,- exkl. USt. für den für die Organisation dieser Veranstaltungen entstandenen Aufwand zu leisten. Die Bereitstellung des für die Präsentation der Speisen erforderlichen Equipments hat kostenlos durch die Unternehmen zu erfolgen. Die Speisen müssen bereits den Menüplänen und Vorgaben gemäß Musterspeiseplänen (siehe Pkt 2.1. dieses Dokumentes) entsprechen.

Die Nutzung der für die Verpflegung erforderlichen und von der MA 56 bereitgestellten Infrastruktur wird ausschließlich jenen Lieferanten ermöglicht, die alle erforderlichen Kriterien erfüllen.

## 2. Auswahlverfahren

Die Entscheidung über die Auswahl des für die jeweilige Schule gewünschten Essenslieferanten wird den Eltern/Erziehungsberechtigten der Schüler/innen überlassen.

Die Elternvereine der ganztägig geführten öffentlichen Wiener Pflichtschulen erhalten innerhalb der ersten zwei Wochen nach den Semesterferien den aktuellen Lieferantenpool einschließlich der gültigen Mittagsmenü- und Jausenpreise, die Aussendung erfolgt durch den LEVW. Die Rückmeldungen über die getroffene Entscheidung der Eltern/Erziehungsberechtigten der jeweiligen Standorte müssen bis Mitte/Ende April dem LEVW unter Verwendung eines standardisierten (vereinsmäßig vom jeweiligen Elternverein gezeichneten) Vereinbarungsformulars bekanntgegeben werden.

Die Information der Unternehmen über die zu beliefernden Standorte erfolgt bis spätestens Mitte/Ende Mai für das jeweils folgende Schuljahr.

Erfolgt keine Entscheidung von den Eltern/Erziehungsberechtigten der jeweiligen Schule (der LEVW erhält in der Frist keine Auswahl - korrekt ausgefüllte und vereinsmäßig gezeichnete Vereinbarung - durch den Elternverein der jeweiligen Schule), so erfolgt die Auswahl unmittelbar durch den LEVW nach folgenden Kriterien:

in der Regel: Kostform „Cook & Chill“, und hier der Billigstbieter

### 3. Auswahl des Lieferanten

#### 3.1. Regelauswahl für ein Schuljahr:

Die Auswahl erfolgt im Regelfall nach der Verkostung und Bewertung durch die Eltern/Erziehungsberechtigten für ein ganzes Schuljahr.

Dabei sind vom Unternehmen sämtliche Verpflichtungen zu erfüllen, die im Kapitel I „Kriterienkatalog zur Listung von Lieferanten für die Schulverpflegung an ganztägig geführten öffentlichen Wiener Pflichtschulen“ angeführt sind.

#### 3.2. Sonderfälle:

Muss eine vorzeitige Beendigung der Belieferung erfolgen, oder kommt eine Schule neu hinzu, so erfolgt die Auswahl des Unternehmens aus dem Lieferantenpool für die jeweilige Schule durch den LEVW in Vertretung der Eltern/Erziehungsberechtigten der betroffenen Schule.

Im Falle einer vorzeitigen Beendigung der Belieferung wird aus der jeweiligen „Angebotsform“ der Billigstbieter für die Restlaufzeit des Schuljahres ausgewählt, da in diesem Fall bereits eine Auswahl bezüglich Angebotsform der Speisen („Cook & Chill“ oder „Cook & Freeze“) getroffen wurde.

Bei Schulen, die neu als ganztägig geführt in Betrieb gehen, wählt der LEVW für das erste Schuljahr mit Verpflegung nach folgenden Kriterien aus:

in der Regel: Kostform „Cook & Chill“, und hier der Billigstbieter“

Aufgrund des aktuellen Kriterienkatalogs wird die Einhaltung dieser Kriterien durch Bewerber von der MA 56 gemeinsam mit dem Landesverband geprüft. Der Landesverband verständigt die Lieferanten, wenn sie in den Lieferantenpool aufgenommen werden bzw. wenn dies nicht der Fall ist. Den abgelehnten Lieferanten wird auch mitgeteilt, weshalb sie nicht aufgenommen wurden.

Der Lieferantenpool wird auf der Homepage des Landesverbandes bekanntgegeben. Ein Anspruch der Lieferanten, die in den Lieferantenpool

aufgenommen wurden, darauf, dass mit ihnen eine bestimmte Anzahl von Lieferverträgen abgeschlossen wird, besteht nicht. Der örtliche Elternverein jeder Schule bestimmt, mit welchem Lieferanten aus dem Lieferantenpool der Vertrag abgeschlossen werden soll. Auch ein Lieferantenwechsel ist beim Vorliegen schwerwiegender Gründe auf Wunsch des jeweiligen Elternvereines möglich. Ansonsten wird der Lieferantenpool alle zwei Jahre aktualisiert und es werden die Bewerber, die sich zwischenzeitig beworben haben und die Kriterien des Kriterienkataloges erfüllen, in den Lieferantenkatalog aufgenommen.

Wenn es an einer Schule zu keiner Einigung der Eltern auf einen Lieferanten kommt oder eine Schule neu als ganztägig geführt in Betrieb geht, wählt ersatzweise der Landesverband die Verpflegung in der Kostform „Cook&Chill“ und hier den Billigstbieter aus (siehe Beilage zum Kriterienkatalog Beilage E zur Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 22.8.2017).

Aus dem Schreiben des Landesverbandes vom 10.12.2004 (Beilage A zur Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 22.8.2017) geht hervor, dass der Kriterienkatalog mit dem Landesverband abgestimmt wurde.

Die Lieferanten müssen Speisepläne, die dem Kriterienkatalog entsprechen, zur Verfügung stellen. Welche Speisen konkret bestellt werden, bestimmen die Eltern der SchülerInnen jeder Schule. Die Bestellung erfolgt durch die Schul- bzw. Freizeitleitung der Schule jeweils für eine Woche im Vorhinein.

Die Erziehungsberechtigten bezahlen die Verpflegung. Die Rechnungslegung an die Eltern aufgrund der bekanntgegebenen Liefermenge, das Inkasso der Essensbeiträge, die Weiterleitung an die Lieferanten und die Einbringung offener Forderungen erfolgt durch die MA 56 bzw. die zuständige Buchhaltungsabteilung. Der Landesverband und die örtlichen Elternvereine werden dem Lieferanten gegenüber hinsichtlich allfälliger säumiger Zahler von der MA 56 schad- und klaglos gehalten.

Für das Schuljahr 2017/2018 wurde von der MA 56 gemeinsam mit dem Landesverband das in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien dargestellte Auswahlverfahren für Bewerber zur Aufnahme in den Lieferantenpool durchgeführt. Die Elternvereine der einzelnen Schulen wurden

sodann aufgefordert, bis 30.4.2017 dem Landesverband mitzuteilen, welchen der in den Lieferantenpool aufgenommenen Lieferanten sie für die Lieferung der Schulverpflegung an ihrer Schule ausgewählt haben. Der Landesverband hat in der Folge die ausgewählten Lieferanten über die Schulstandorte informiert, für die sie ausgewählt wurden.

Die Bestellung der durch die Eltern ausgewählten konkreten Schulverpflegung aus den von den ausgewählten Lieferanten bekannt gegebenen Speiseplänen durch die Schul- bzw. Freizeitleitung jeder Schule erfolgt wöchentlich seit Schulbeginn des Schuljahres 2017/2018.

Die G. GmbH hat sich 2017 um Aufnahme in den Lieferantenpool beworben. Mit Schreiben des Landesverbandes vom 26.6.2017 wurde ihr mitgeteilt, dass eine Aufnahme in den Lieferantenpool derzeit nicht möglich sei, da einige wesentliche Kriterien (die im Schreiben näher angeführt werden) aus dem Kriterienkatalog nicht erfüllt bzw. nicht nachgewiesen worden seien. Laut Firmenbuch wurde die G. GmbH mit Generalversammlungsbeschluss vom 6.6.2017 als übertragende Gesellschaft mit der Antragstellerin als übernehmende Gesellschaft verschmolzen. Die Antragstellerin hat zum Zeitpunkt der Bewerbung um Aufnahme in den Lieferantenpool noch nicht bestanden.

Eine Mitteilung an die Antragstellerin oder die G. GmbH, welche Bewerber in den Lieferantenpool aufgenommen wurden bzw. welche Lieferanten von den Eltern für die einzelnen Schulstandorte ausgewählt wurden, erfolgte nicht.

Diese Feststellungen wurden im Wesentlichen anhand der von den Parteien vorgelegten Schriftsätze und Unterlagen sowie deren Vorbringen in der mündlichen Verhandlung getroffen. Die Feststellungen zur Vorgangsweise bei der Aufnahme von Bewerbern in den Lieferantenpool, die Auswahl des Lieferanten für den einzelnen Schulstandort und den Vertragsabschluss mit dem jeweiligen Lieferanten beruhen auf dem durch die von dieser vorgelegten Unterlagen gestützten Vorbringen der Antragsgegnerin. Dass diese Unterlagen die Grundlagen für das Vorgehen der Antragsgegnerin korrekt wiedergeben, hat die Antragstellerin nicht bestritten. Sie stützt ihren Antrag vielmehr darauf, dass dieses Vorgehen als Vergabe eines öffentlichen Auftrages im Sinne des BVergG anzusehen sei.

Die Stadt Wien ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Vertragsabschluss und den durch die allenfalls rechtswidrige Vorgangsweise der Antragsgegnerin eingetretenen bzw. zu befürchtenden Schaden dargelegt und die für den gegenständlichen Feststellungsantrag anfallenden Pauschalgebühren bezahlt.

In rechtlicher Hinsicht wird Folgendes festgehalten:

Gemäß § 7 Abs. 1 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) ist das Verwaltungsgericht Wien auf Antrag zur Durchführung der Verfahren nach den Bestimmungen dieses Hauptstückes zuständig. Die Anträge sind unmittelbar beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen.

Gemäß § 7 Abs. 3 Z 3 und Z 6 WVRG 2014 ist das Verwaltungsgericht Wien nach Zuschlagserteilung u.a. zuständig zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde, und in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 zur Nichtigkeitklärung oder Aufhebung des Vertrages.

Gemäß § 33 Abs. 1 Z 3 WVRG 2014 kann eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihr oder ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, u.a. die Feststellung beantragen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war.

Gemäß § 36 Abs. 1 WVRG sind Feststellungsanträge binnen sechs Wochen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller oder die Antragstellerin vom Zuschlag oder vom Widerruf Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis erlangen hätte können, längstens jedoch innerhalb eines Zeitraumes von sechs Monaten, nachdem der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen wurde.

Gemäß § 37 Abs. 2 WVRG 2014 hat das Verwaltungsgericht Wien den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 7 Abs. 3 Z 3 bis 5 für nichtig zu erklären, soweit in den Abs. 3 bis 5 nicht anderes bestimmt ist.

Gemäß § 3 Abs. 2 Wiener Schulgesetz ist unter Erhaltung einer Schule oder eines Schülerheimes die Beistellung der Lehrer, der Freizeitpädagogen oder der sonstigen geeigneten Betreuer, des Schularztes sowie des zur Betreuung des Gebäudes und der übrigen Liegenschaften allenfalls erforderlichen Hilfspersonals (wie Schulwarte und Reinigungspersonal) sowie die Bereitstellung und

Instandhaltung des Gebäudes und der übrigen Liegenschaften, deren Reinigung, Beleuchtung und Beheizung, die Anschaffung und Instandhaltung der Einrichtung und der Unterrichtsmittel sowie die Deckung des sonstigen Sachaufwandes, an ganztägigen Schulformen auch die Beistellung der für die Tagesbetreuung erforderlichen Lehrer, Freizeitpädagogen oder sonstigen geeigneten Betreuer und die Vorsorge für die Verpflegung, zu verstehen.

Gemäß § 5 Wiener Schulgesetz ist der Besuch der allgemeinbildenden und berufsbildenden Pflichtschulen für alle Schüler unentgeltlich. Für den Besuch des Freizeitbereiches einer ganztägigen allgemeinbildenden Pflichtschule ist ein höchstens kostendeckend festzusetzender Beitrag für die Unterbringung, Verpflegung und Betreuung einzuheben (Tagesbetreuungsbeitrag), wobei unter Bedachtnahme auf die finanzielle Leistungsfähigkeit der Beitragspflichtigen Ermäßigungen vorzusehen sind. Den Tagesbetreuungsbeitrag haben jene Personen zu leisten, die für den Unterhalt des Schülers aufzukommen haben. Der Tagesbetreuungsbeitrag ist ein zivilrechtliches Entgelt.

Gemäß § 41 Abs. 1 Wiener Schulgesetz ist gesetzlicher Schulerhalter und gesetzlicher Heimerhalter die Gemeinde Wien. Ihr obliegt die Errichtung, Erhaltung und Auflassung der Pflichtschulen sowie die Festlegung des äußeren Rahmens der Organisationsform der Tagesbetreuung. Weiters kommt ihr die Errichtung, Erhaltung und Auflassung der Schülerheime zu. Sie hat für die damit verbundenen Kosten aufzukommen, soweit nicht andere Rechtsträger beitragspflichtig sind.

#### Das Verwaltungsgericht Wien hat Folgendes erwogen:

Gemäß § 7 Abs. 3 Z 3 WVRG ist das Verwaltungsgericht Wien zuständig, zu prüfen und allenfalls festzustellen, ob ein Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntgabe bzw. ohne vorangegangenen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde. Diese Prüfung ist im vorliegenden Fall verfahrensgegenständlich. Die Kognitionsbefugnis des Verwaltungsgerichts Wien liegt daher zweifellos vor.

Im vorliegenden Fall geht die Antragstellerin davon aus, dass die Maßnahmen der Stadt Wien zur Vorsorge für die Verpflegung der SchülerInnen an ganztägigen (Pflicht-)Schulformen einen einheitlichen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich darstellen, der von der Stadt Wien als öffentlicher Auftraggeberin vergeben wird und daher die im BVergG 2006 normierten Vergaberechtsvorschriften einzuhalten hätte. Insbesondere wäre die

diesbezügliche Ausschreibung europaweit zu veröffentlichen gewesen. Da dies nicht geschehen sei, sondern die Lieferleistungen direkt vergeben worden seien, liege eine rechtswidrige Vorgangsweise der Antragsgegnerin vor.

Die Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung näher dargelegt, dass das Auswahlverfahren durch die Stadt Wien, MA 56, und den Landesverband, welche Bewerber für das Schuljahr 2017/2018 in den Lieferantenpool für die Lieferung von Schulverpflegung an ganztägigen Pflichtschulen in Wien aufgenommen werden, ihrer Rechtsansicht nach die Vergabe einer Rahmenvereinbarung darstelle und daher nach den Bestimmungen des Vergaberechtes durchzuführen gewesen wäre. Die Auswahl des konkret gewünschten Lieferanten für den jeweiligen Schulstandort aus dem Lieferantenpool durch die Eltern betrachtet die Antragstellerin als den ersten Abruf aus dieser Rahmenvereinbarung. Die wöchentlichen Bestellungen der konkret gewünschten Menüs aus dem Speiseplan dieses Lieferanten durch die Schul- bzw. Freizeitleitung jeder Schule stellten weitere Abrufe dar. Da bereits für die Aufnahme von Bewerbern in den Lieferantenpool die Vorschriften des Vergaberechtes für die Vergabe von Rahmenvereinbarungen nicht eingehalten worden sei, seien dieser Vorgang und die nachfolgenden Abrufe vergaberechtswidrig.

Die Antragsgegnerin hat dem Antragsvorbringen entgegengehalten, dass die Stadt Wien im vorliegenden Fall nicht öffentliche Auftraggeberin im Sinne des BVergG sei. Sie sei lediglich gesetzliche Schulerhalterin für die öffentlichen Pflichtschulen in Wien. Es treffe sie die Verpflichtung, Vorsorge für die Verpflegung der SchülerInnen in den ganztägig geführten Pflichtschulen zu treffen. Dies erfolge insbesondere durch die Bereitstellung der erforderlichen Infrastruktur.

Auftraggeber und wesentlicher Entscheidungsträger für die Essenslieferungen seien die Erziehungsberechtigten der SchülerInnen. Diese würden auch das entsprechende Entgelt leisten. Welcher Essenslieferant gewählt wird, würde aufgrund eines auf breiter demokratischer Basis gefällten Beschlusses der Erziehungsberechtigten entschieden. Auch Änderungen der Lieferanten würden von den Eltern und nicht von der Stadt Wien veranlasst.

Die angesprochene Vereinbarung sei keine Rahmenvereinbarung, sondern ein Regelwerk, das festlegen solle, wie die Verpflegung der SchülerInnen machbar abgewickelt werden könne ohne dass Gefahr für den Schulbetrieb bestünde.

Gemäß § 36 Abs. 1 WVRG sind Feststellungsanträge binnen sechs Wochen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller oder die Antragstellerin vom Zuschlag oder vom Widerruf Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis erlangen hätte können, längstens jedoch innerhalb eines Zeitraumes von sechs Monaten, nachdem der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen wurde.

Der Feststellungsantrag ist als rechtzeitig anzusehen. Im Nachprüfungsverfahren wurde nachvollziehbar dargelegt, dass die G. GmbH (als Rechtsvorgängerin der Antragstellerin) zwar mit Schreiben vom 26.6.2017 davon in Kenntnis gesetzt wurde, dass sie nicht in den Lieferantenpool aufgenommen wurde. Weder die G. GmbH noch die Antragstellerin wurden jedoch jemals davon informiert, dass bzw. für welche Bewerber die Entscheidung hinsichtlich der Aufnahme in den Lieferantenpool gefallen ist bzw. welche Lieferanten für welchen Schulstandort ausgewählt wurden. Auch eine für die Antragstellerin ersichtliche Veröffentlichung zumindest der zweiten Entscheidung erfolgte nicht. Die Antragstellerin brachte auch vor, sie habe erst durch die Beilagen zur Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 22.8.2017 Kenntnis über die genauen Vorgänge erhalten. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass die Antragstellerin zu einem bestimmten Zeitpunkt vor Einbringung des Feststellungsantrages im Sinne des § 36 Abs. 1 WVRG 2014 „vom Zuschlag oder vom Widerruf Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis erlangen hätte können“. Eben so wenig kann im Hinblick auf die Entscheidung des EuGH vom 26.11.2015, C-166/14, MedEval, vom Ablauf der sechsmonatigen absoluten Ausschlussfrist ausgegangen werden.

Zu der Tatsache, dass sich nur die G. GmbH um Aufnahme in den Lieferantenpool beworben hat und vom Landesverband eine negative Rückmeldung erhalten hat, ist darauf hinzuweisen, dass die G. GmbH als übertragende Gesellschaft im Juni 2017 mit der Antragstellerin als übernehmender Gesellschaft verschmolzen wurde. Die Verschmelzung stellt eine Vereinigung von rechtlich eigenständigen Gesellschaften dar, wobei alle Rechte und Pflichten sowie das gesamte Vermögen der übertragenden Gesellschaft im

Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die übernehmende Gesellschaft übergeht. Die übertragende Gesellschaft erlischt im Zuge der Verschmelzung.

Die Antragstellerin kann sich daher auf die Bewerbung und Ablehnung der G. GmbH berufen und nach ihrer Rechtsansicht unterlaufene Rechtswidrigkeiten beim Auswahlverfahren geltend machen. Die Antragstellerin, deren zentrale Geschäftstätigkeit die Lieferung von Verpflegung ist, hat damit auch ihr Interesse an der Auswahl für den Lieferantenpool und der Beauftragung mit der Lieferung von Schulverpflegung an ganztägige Pflichtschulen in Wien hinreichend nachgewiesen.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Vergabe von Lieferaufträgen durch einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 grundsätzlich den Regelungen des BVergG 2006 unterliegt. Ein Auftragswert, der bei Zutreffen der Rechtsansicht der Antragstellerin eine Direktvergabe unzulässig machen würde, ist gegenständlich jedenfalls nicht auszuschließen, zumal täglich für ca. 30.000 Schülerinnen in ganztägigen Wiener Pflichtschulen Schulverpflegung geliefert wird.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien wurde erörtert, dass die Vorgangsweise der Stadt Wien zur Vorsorge für Verpflegung der SchülerInnen an öffentlichen ganztägigen Pflichtschulen dreistufig ist. Zunächst werden nach den Vorgaben des Kriterienkataloges von der MA 56 und dem Landesverband Lieferanten ausgewählt, die in den „Lieferantenpool“ aufgenommen werden. Damit ist keine Garantie für einen Vertragsabschluss verbunden, eine solche Aufnahme in den Lieferantenpool stellt jedoch eine Voraussetzung für die Beauftragung eines Lieferanten durch den Landesverband dar.

Sodann wird von den Eltern des jeweiligen Schulstandortes im Wege des örtlichen Elternvereins der von ihnen gewünschte Lieferant aus diesem Lieferantenpool bestimmt und dem Landesverband mitgeteilt. Der Landesverband verständigt die ausgewählten Lieferanten davon, für welche Schulstandorte sie im neuen Schuljahr zuständig sind.

Schließlich werden mit dem für den Schulstandort ausgewählten Lieferanten vom Landesverband die Lieferverträge abgeschlossen. Dabei werden die konkreten Menüs von den Eltern der SchülerInnen des jeweiligen Schulstandortes aus dem Speiseplan ausgewählt. Der Landesverband schließt die Lieferverträge im Namen der Eltern ab. Die Bestellung erfolgt wöchentlich durch die Schul- bzw. Freizeitleistung des jeweiligen Schulstandortes.

Eine Anwendbarkeit der Vergabevorschriften läge dann vor, wenn es sich gegenständlich um einen öffentlichen Auftrag, somit um einen entgeltlichen Vertrag (hier: Liefervertrag) zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem sonstigen Wirtschaftsteilnehmer bzw. um eine Rahmenvereinbarung, aus der der öffentliche Auftrag abgerufen werden kann, handelt. Die Stadt Wien ist zweifellos öffentliche Auftraggeberin im Sinne des BVergG 2006. Es stellt sich daher zunächst die Frage, ob im vorliegenden Fall die Stadt Wien Auftraggeberin ist.

Gemäß § 2 Z 8 BVergG 2006 ist Auftraggeber jeder Rechtsträger, der vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteilt oder zu erteilen beabsichtigt. Damit richtet sich die Auftraggebereigenschaft danach, wer zivilrechtlicher Vertragspartner werden soll. Die Antragstellerin geht davon aus, dass das Verfahren zur Aufnahme in den Lieferantenpool, die die Einhaltung dieses Kriterienkataloges voraussetzt, als Rahmenvereinbarung anzusehen ist, die die vergaberechtlichen Vorschriften einzuhalten gehabt hätte.

Gemäß § 25 Abs. 7 BVergG 2006 ist eine Rahmenvereinbarung eine Vereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung zwischen einem oder mehreren Auftraggebern und einem oder mehreren Unternehmern, die zum Ziel hat, die Bedingungen für die Aufträge, die während eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den in Aussicht genommenen Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge.

Der Kriterienkatalog enthält jedoch keine Vorgaben hinsichtlich des Preises bzw. der Liefermenge. Das Verfahren der Antragsgegnerin und des Landesverbandes zur Aufnahme von Bewerbern in den Lieferantenpool entspricht somit schon aus diesem Grund nicht dem Abschluss einer Rahmenvereinbarung. Der

Kriterienkatalog dient vielmehr der Sicherstellung der erforderlichen Qualität der Schulverpflegung und der Vereinbarkeit der Essensversorgung der SchülerInnen mit dem Schulbetrieb.

Die Antragstellerin geht weiters davon aus, dass es sich bei der Auswahl der Lieferanten aus dem Lieferantenpool durch die Eltern der jeweiligen Schulstandorte und bei der wöchentlichen Bestellung der konkreten Schulverpflegung um Abrufe aus der von ihr angenommenen Rahmenvereinbarung handelt.

Die Auswahl der Lieferanten für den konkreten Schulstandort erfolgt durch die örtlichen Elternvereine. Die Stadt Wien wird nicht Vertragspartner der Lieferverträge zur Beschaffung von Schülerverpflegung an ganztägigen Pflichtschulen. Die Verträge werden vielmehr zwischen dem Landesverband und dem jeweils vom örtlichen Elternverein aus dem Lieferantenpool gewählten Lieferanten abgeschlossen. Formal gesehen handelt es sich daher bei diesen Lieferverträgen nicht um einen öffentlichen Auftrag.

In seinem Erkenntnis vom 24.6.2015, Zahl Ra 2014/04/0043, betreffend das Vergabeverfahren "Abendprogramme Salzburger Festspiele 2014", hat der Verwaltungsgerichtshof jedoch auf das Erkenntnis vom 8. November 2012, 2010/04/0128, sowie auf die Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 10. November 2005 in der Rechtssache C-29/04, Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Republik Österreich "Abfallentsorgung Stadt Mödling", Slg. 2005, I-9705) verwiesen, wonach zur Beurteilung eines vergaberechtlich relevanten Vorganges nicht alleine auf formelle Gesichtspunkte abzustellen ist. In diesem Urteil hat der EuGH ausgesprochen, dass die Dienstleistungsfreiheit und die Öffnung für den unverfälschten Wettbewerb in allen Mitgliedstaaten gefährdet wären, wenn die öffentlichen Auftraggeber eine Verfahrensgestaltung wählen könnten, die die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge verschleiern soll. Insbesondere ist das "Vorschieben" eines privaten Dritten, um der Bindung an vergaberechtliche Bestimmungen zu entgehen, unzulässig.

Fraglich ist daher, ob die oben dargestellte von der Stadt Wien zur Vorsorge für die Verpflegung der SchülerInnen an ganztägigen Pflichtschulen gewählte Vorgangsweise, nach der nicht die Stadt Wien, sondern der Landesverband

Vertragspartner der Lieferverträge wird, ein Umgehungsgeschäft zur Vermeidung der Anwendbarkeit des Vergaberechts darstellt.

Nach der Judikatur des OGH sind Umgehungsgeschäfte im Gegensatz zu Scheingeschäften nicht schlechthin nichtig. Sie unterliegen vielmehr denjenigen Rechtsvorschriften, zu deren Umgehung das Geschäft geschlossen wurde. Läge daher im gegenständlichen Fall ein solches Umgehungsgeschäft vor, wäre von einer Anwendbarkeit des Vergaberechts auszugehen.

Der Verwaltungsgerichtshof führt in der o.a. Entscheidung aus, dass für die Frage, ob das Vergaberecht auf einen Beschaffungsvorgang anzuwenden ist, keine formale, sondern eine wirtschaftliche Betrachtungsweise anzuwenden ist. Er nennt zwei Kriterien, aus denen erkennbar ist, wer aus wirtschaftlicher Sicht Auftraggeber ist bzw. ob ein Umgehungsgeschäft durch Verschieben eines privaten Auftraggebers vorliegt: Zunächst ist zu prüfen, ob die Beschaffung der Leistungen für den öffentlichen Auftraggeber nach dessen Vorgaben erfolgt. Weiters kommt es darauf an, ob der öffentliche Auftraggeber einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteilt oder zu erteilen beabsichtigt. Es ist also entscheidend, dass der öffentliche Auftraggeber dem privaten Dritten die Abgeltung der formal von ihm beschafften Leistungen zugesichert hat.

Im vorliegenden Fall sind diese beiden Voraussetzungen nicht gegeben.

Der von der Antragsgegnerin und dem Landesverband unter Beiziehung von Fachleuten ausgearbeitete Kriterienkatalog enthält detaillierte Vorgaben für die Lieferanten (z.B. hinsichtlich deren Gewerbeberechtigung, der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, der technischen Leistungsfähigkeit sowie der Hygiene- und Qualitätssicherung), der anzubietenden Leistung (z.B. Menüzusammenstellung, Energiegehalt und Bio-Anteil der Speisen, Speisepläne). Er enthält jedoch keine Vorgaben hinsichtlich Preis oder Liefermenge.

Der konkrete Leistungsinhalt ergibt sich aus den wöchentlichen Bestellungen der Eltern anhand der vom ausgewählten Lieferanten zur Verfügung gestellten Speisepläne. Diese Bestellungen erfolgen zur Vereinfachung der Administration über die Schul- bzw. Freizeitleitung der jeweiligen Schule. Der Vertrag kommt zwischen dem Landesverband als Vertreter der Eltern und dem jeweiligen

Lieferanten zu Stande. Die gelieferten Menüs werden in der Folge von den SchülerInnen der jeweiligen Schule konsumiert. Es kann somit einerseits nicht von einer Beschaffung von Leistungen für den öffentlichen Auftraggeber nach dessen Vorgaben gesprochen werden.

Andererseits erfolgt die Bezahlung der Lieferanten nicht durch die Antragsgegnerin, sondern, wie in § 5 Wiener Schulgesetz vorgesehen, durch die Eltern der SchülerInnen, die die Schulverpflegung konsumieren. Die einzelnen Schulen melden an die MA 56 bzw. die zuständige Buchhaltungsabteilung die Kosten der bestellten bzw. konsumierten Verpflegung. Dort wird die Rechnung an die Eltern gestellt. Die Bezahlung erfolgt durch die Eltern bargeldlos an die Stadt Wien. Die Stadt Wien sorgt dafür, dass das Entgelt an die jeweiligen Lieferanten weitergeleitet wird und kontrolliert, ob die Zahlungen ordnungsgemäß erfolgt sind. Sollte dies nicht der Fall sein, ergreift die MA 56 Eintreibungsmaßnahmen.

Die Leistungen werden somit nicht gegen Entgelt an die Antragsgegnerin erbracht, es erfolgt auch keine Abgeltung der von den Eltern geleisteten Bezahlung durch die Antragsgegnerin.

Eigene Zahlungen leistet die Antragsgegnerin nur dort, wo Eltern aus sozialen Gründen von der Bezahlung der Essensbeiträge befreit sind. Dabei handelt es sich um ca. 10% der betroffenen Eltern. Diese Ausfallszahlungen können jedoch nicht zu einer wirtschaftlichen Zuordnung der gegenständlichen Leistung zur Antragsgegnerin führen, da sie wirtschaftlich und rechtlich als Sozialleistung an die Eltern zu werten sind, mit der die Antragsgegnerin aus sozialen Erwägungen eine Schuld der Eltern begleicht. Auch die Schad- und Klagloshaltung der Elternvereine und des Landesverbandes durch die MA 56 bedeutet nicht, dass die Stadt Wien aus wirtschaftlicher Sicht als Auftraggeberin anzusehen ist, zumal die Leistung des Entgelts für die SchülerInnenverpflegung trotzdem grundsätzlich durch die Eltern zu erfolgen hat.

Im vorliegenden Fall steht fest, dass die Leistungen der Lieferanten nicht der Antragsgegnerin, sondern den SchülerInnen und deren Eltern bzw. jene Personen, die für den Unterhalt der SchülerInnen aufzukommen haben, zukommt und von diesen auch bezahlt wird. Das Auftreten der Eltern als private Auftraggeber entspricht damit den wirtschaftlichen Gegebenheiten.

Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass es sich bei der von der Antragsgegnerin gewählten Vorgangsweise bezüglich der Vorsorge für die Schulverpflegung um ein Umgehungsgeschäft dahingehend handelt, dass ein privater Auftraggeber vorgeschoben wird, um die Anwendbarkeit des Vergaberechts zu verhindern. Diese Vorgangsweise unterliegt somit nicht den Vergabevorschriften, weshalb keine unzulässige Direktvergabe gegeben ist.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin lässt sich die Anwendbarkeit des Vergaberechts auch nicht aus § 3 Abs. 2 des Wiener Schulgesetzes („Unter Erhaltung einer Schule ist ... die Vorsorge für die Verpflegung zu verstehen“) in Verbindung mit § 41 Abs. 1 des Wiener Schulgesetzes, wonach die Gemeinde Wien gesetzlicher Schulerhalter der Pflichtschulen in Wien ist, ableiten. Die Antragsgegnerin hat nach diesen gesetzlichen Bestimmungen Vorsorge für die Verpflegung der Schülerinnen an ganztägigen Pflichtschulen zu tragen. Aus dieser Formulierung geht hervor, dass sie Maßnahmen zu ergreifen hat, die diese Verpflegung, wo sie nachgefragt wird, sicherstellt. Es geht daraus aber nicht hervor, dass sie diese Verpflegung selbst zu beschaffen und zu bezahlen hat.

Die Antragstellerin verweist in ihrer Replik vom 26.9.2017 und in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien auf den von der Antragsgegnerin als Beilage A vorgelegten Gemeinderatsbeschluss aus dem Jahr 2005 und dessen Beilagen, woraus hervorgeht, dass in diesem Jahr die Interessentensuche für den Lieferantenpool durch die MA 56 erfolgt ist und in den Punkten Punkt 1.5., in Punkt 1.7., in Punkt 2.4.3. und in Punkt 2.6. des dem Gemeinderatsbeschluss beigelegten Kriterienkataloges ausschließlich die MA 56 als Empfänger der Referenzliste, der Musterspeisepläne und des Nachweises der Bio-Anteile sowie als Prüfer bei überdurchschnittlichen Verbrauchsmengen der kostenlos zur Verfügung zu stellenden Lebensmittel genannt ist. Dazu erklärte die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar, dass die Interessentensuche nur in diesem Jahr durch die MA 56 erfolgte, da in diesem Jahr das nunmehr verfahrensgegenständliche Verfahren zur SchülerInnenverpflegung erstmals eingeführt wurde.

Im aktuellen Kriterienkatalog (gültig ab 2.1.2017), der als Beilage D ebenfalls von der Antragsgegnerin vorgelegt wurde, sind die in Punkt 1.1. geforderten Nachweise der Befugnis und Eignung, dort, wo der Empfänger ausdrücklich

erwähnt wird, der MA 56 und dem Landesverband zu erbringen. Insbesondere gilt dies für die Musterspeisepläne. Auch die Darstellung der Bio-Anteile ist laut Punkt 2.6. der MA 56 und dem Landesverband zu übermitteln. Diese Regelung stützt die Darstellung der Antragsgegnerin, wonach die Auswahl der Lieferanten für den Lieferantepool von der MA 56 und dem Landesverband gemeinsam vorgenommen wird.

Wenn die Antragstellerin einwendet, dass der Landesverband für den Fall, dass die Eltern eines Schulstandortes keine Entscheidung hinsichtlich des gewünschten Lieferanten treffen, oder eine Schule erstmals als Ganztagschule geführt wird, laut Pkt. 2 bzw. Pkt. 3.2. des Schreibens „Prozedere bezüglich der Auswahl des jeweiligen Lieferanten...“ (Beilage E zur Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 22.8.2017), keine Wahlmöglichkeit habe, sondern (von der MA 56) festgelegt sei, dass die Kostform „Cook&Chill“ und der diesbezügliche Billigstbieter auszuwählen sei, ist darauf hinzuweisen, dass dieses Schreiben eine Beilage zum Kriterienkatalog ist und den Kopf der MA 56 und des Landesverbandes trägt. Dieses Schreiben enthält, von der Antragstellerin unerwähnt, auch die Festlegungen, dass die Prüfung, welche Bewerber in den Lieferantepool aufgenommen werden, ebenso, wie allfällige Anpassungen und Ergänzungen des Kriterienkataloges, von der MA 56 und dem Landesverband gemeinsam vorgenommen werden.

Es ist daher nicht nachvollziehbar, dass hinsichtlich der von der Antragstellerin genannten Regelung kein Konsens der Antragsgegnerin mit dem Landesverband bestünde. Im Übrigen handelt es sich bei der o.a. Regelung lediglich um eine „Notfalllösung“, die Fälle regeln soll, in denen die allgemeine Regel, wonach die Eltern am einzelnen Schulstandort die Entscheidung über die zu bestellende Verpflegung treffen, nicht angewendet werden kann.

Diese Argumente der Antragstellerin können daher die Tatsache, dass die Antragsgegnerin bei der Versorgung der SchülerInnen an ganztägigen öffentlichen Pflichtschulen in Wien nicht als öffentliche Auftraggeberin anzusehen ist, nicht in Zweifel ziehen.

Die Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien schließlich den Bescheid des Vergabekontrollsenates

Wien (VKS) vom 5.8.2005, Zahl VGW-2298/05, zitiert und ausgeführt, dass diese Entscheidung in einem zum gegenständlichen vergleichbaren Fall von der Anwendbarkeit des Vergaberechtes ausgegangen sei. Dem ist entgegen zu halten, dass der VKS in dieser Entscheidung ausdrücklich auf den Leasingvertrag zwischen der privaten Auftraggeberin Z.L. und der dortigen Antragsgegnerin hingewiesen und in der Folge ausgeführt hat, dass „die Finanzierung des Bauvorhabens zunächst durch die Z.L. erfolgte, der Bauaufwand samt Nebenkosten in der Folge durch die Antragsgegnerin jedoch durch die Leasingraten abgedeckt werden soll. Bei dieser Sachlage ist es nicht gerechtfertigt, die Z.L. als privaten Auftraggeber von der Ausschreibungspflicht auszunehmen (...)“. Eine solche (direkte oder indirekte) Kostentragung durch die Stadt Wien liegt aber, wie oben dargestellt, gegenständlich nicht vor, da die Bezahlung der Schulverpflegung, bis auf einen Anteil von etwa 10%, die sich die Bezahlung nicht leisten können, durch die Eltern der SchülerInnen erfolgt.

Abschließend ist zu dem von der Antragsgegnerin vorgelegten Rechnungshofbericht festzuhalten, dass die Rechtsansicht des Wiener Landesrechnungshofes darüber, ob ein Rechtsgeschäft dem Vergaberecht unterliegt oder nicht, für das Verwaltungsgericht Wien nicht präjudiziell ist.

Da die Antragstellerin im gegenständlichen Feststellungsverfahren auch nicht teilweise obsiegt hat, hat sie die von ihr geleisteten Pauschalgebühren selbst zu tragen. Dass sich ihr Antrag auf „Ersatz der Kosten im gesetzlichen Ausmaß“ auf die Pauschalgebühren bezieht, wurde in der mündlichen Verhandlung klargestellt.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

## B e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Mag.<sup>a</sup> Mandl