

TE Lvwg Erkenntnis 2017/10/12 VGW-123/072/11351/2017

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 12.10.2017

Entscheidungsdatum

12.10.2017

Index

L72009 Beschaffung Vergabe Wien
L50009 Pflichtschule allgemeinbildend Wien
L50109 Schulaufsicht Wien
L50159 Schulbau Schulerhaltung Wien
L50809 Berufsschule Wien

Norm

WVRG 2014 §7 Abs1
WVRG 2014 §7 Abs3 Z3
WVRG 2014 §7 Abs3 Z6
WVRG 2014 §33 Abs1 Z3
WVRG 2014 §36 Abs1
WVRG 2014 §37 Abs2
SchulG Wr 1976 §3 Abs2
SchulG Wr 1976 §5
SchulG Wr 1976 §41 Abs1

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Maga Mandl als Vorsitzende, die Richterin Dr.in Lettner und den Richter Dr. Oppel über den Antrag der M. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte OG, auf Feststellung, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung betreffend Schulverpflegung an ganztägig 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 Modells 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 BVerG 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 ganztätig 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 Beziehung 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, Zl. 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 durchgeföhrten 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 geföhrert. 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, Versorge 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 den 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 hiezu 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. Seitdem erfolgt die öffentliche Interessentensuche durch den Landesverband.

Zur Aufnahme in den Lieferantenpool 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 Beziehung 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 Teilzeitbeschäftigte 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 Bestätigungs meldungen (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 Ausfallswahrscheinlichkeit des Untenehmens 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 Fruchtsorten 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 Mittagsgerichts (Tagesmenü 1, 2 und 4) für einen Durchrechnungszeitraum von 4 Wochen (= 20 Schultage) nach folgender Tabelle zu erfolgen:

Menü-komponente

Häufigkeit der Lebensmittel

in 20 Tagen

Anmerkungen

Stärke- komponente

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

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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