



**VERWALTUNGSGERICHT  
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62  
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38730  
Telefax: (+43 1) 4000 99 38730  
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-123/074/14204/2022-21  
A. GmbH

Wien, 7.2.2023

Geschäftsabteilung: VGW-R

**IM NAMEN DER REPUBLIK**

gekürzte Ausfertigung  
gemäß § 29 Abs. 5 VwGVG

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Dr. Oppel als Vorsitzenden, die Richterin Mag.<sup>a</sup> Mandl und die Richterin Dr.<sup>in</sup> Lettner über den Antrag der A. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH & Co KG, auf Nichtigerklärung der Ausschreibung betreffend das Vergabeverfahren "Stadt Wien - Kindergärten: Lebensmittelversorgung für Kindergärten und Horte der Stadt Wien", nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 18.01.2023,

zu Recht e r k a n n t:

- I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung vom 18.11.2022 wird abgewiesen.
- II. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.
- III. Die ordentliche Revision ist unzulässig.

Wesentliche Entscheidungsgründe:

Die Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien, vertreten durch Stadt Wien – Kindergärten (im Folgenden: Auftraggeberin, Antragsgegnerin), führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich als Dienstleistungsauftrag zur Vergabe der Lebensmittelversorgung in den von der Auftraggeberin betriebenen Kindergärten und Horten. Es soll eine Rahmenvereinbarung geschlossen werden mit den zwei bestgereihten Unternehmen zur Beauftragung mit der Herstellung und Lieferung der gesamten Lebensmittelversorgung (insbesondere Mittagsmenüs, Vormittags- und Nachmittagsjause), inklusive Bereitstellung eines Webshops (zur Abwicklung der Bestellungen). Die Angebotsfrist endete am 30.11.2022, 12:00 Uhr.

Die Antragstellerin brachte am 18.11.2022 rechtzeitig einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Akteneinsicht und auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Verwaltungsgericht Wien ein. Sie führte zum drohenden Schaden und ihrem rechtlichen Interesse aus sowie in welchen Rechten sie durch die gesondert anfechtbare Entscheidung bzw. die rechtswidrige Vorgangsweise der Auftraggeberin verletzt würde.

Begründend wurde ausgeführt, dass die Ausschreibung in mehreren Punkten gegen die Vorgaben des BVergG 2018 verstoße und davon ausgegangen werde, dass eine Beseitigung der Rechtswidrigkeiten über den Umfang einer zulässigen Berichtigung hinausgehe, sodass die Ausschreibung zu widerrufen sei. Es werde die Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung begehrt. Im Einzelnen würden folgende Punkte als vergaberechtswidrig angesehen:

In dem mittlerweile dreimal berichtigten Formblatt B9 – Preisblatt (Stand 10.11.2022) sei eine Schätzung des jährlichen Bedarfs durch die Auftraggeberin vorgenommen und folgende jährliche Mengen geschätzt worden:

Mittagsmenü – Kleinkindergruppen: 1.031.600 Portionen/Jahr

Mittagsmenü – Kindergartengruppen: 2.889.200 Portionen/Jahr

Mittagsmenü – Hortgruppen: 889.200 Portionen/Jahr

Dies führe zu einem jährlichen Bedarf i.H.v. 4.810.000 Portionen pro Jahr.

Aufgrund der 1. Fragebeantwortung vom 19.10.2022 auf die Frage, mit wie vielen Portionen täglich der Bieter rechnen könne, ergebe sich ein Bedarf von 24.050 Portionen pro Tag. In der Festlegung in Punkt 6.2.1.1. des Kapitels A – Grundlagen und Verfahrensordnung sei festgehalten, dass die Auftraggeberin die Kosten für die Mittagsmenüs im 1. Kindergartenjahr mit einem jährlichen Auftragsvolumen in Höhe von bis zu 10.400.000 Euro netto kalkuliert habe. Die immense Menge an täglich zu produzierenden und zu liefernden Portionen sowie das maximal jährliche Auftragsvolumen führe zu einer künstlichen Einschränkung des Wettbewerbs. Aufgrund der Marktkenntnis werde davon ausgegangen, dass überhaupt nur ein Unternehmen im Umkreis Wien und Umgebung technisch in der Lage sei, eine derart hohe Anzahl an täglichen Portionen zu produzieren und zu liefern. Die Nähe zu Wien sei insofern relevant, da gemäß Punkt 6.6 in Kapitel A – Grundlagen und Verfahrensordnung die Transportkilometer als Zuschlagskriterium bewertungsrelevanten seien und kämen Unternehmen im weiteren Umkreis kaum in Betracht. Dadurch werde seitens der Auftraggeberin eine unzulässige Einschränkung des Bieterkreises vorgenommen, was gegen vergaberechtliche Grundsätze, insbesondere die Grundsätze der Nicht-Diskriminierung und des freien und lautereren Wettbewerbs, verstoße.

Des Weiteren werde trotz der enormen Mengen an täglich zu produzierenden und zu liefernden Portionen die Ausschreibung im Wege einer gesamtwesigen anstelle einer losweisen Vergabe durchgeführt, wodurch Klein- und Mittelunternehmen unzulässigerweise von einer Teilnahme abgehalten und der Wettbewerb künstlich eingeschränkt werde. Es werde auf § 20 Abs. 9 BVergG 2018 und die Erläuterungen zu dieser Bestimmung verwiesen, wobei ein vergleichbares Ergebnis auch bei einer Heranziehung der §§ 20 Abs. 8 sowie 28 BVergG 2018 vorläge. Der Auftraggeberin komme bei der Entscheidung, ob eine Gesamt- oder Losvergabe stattfinden solle, ein gewisses Ermessen zu, das jedoch nicht willkürlich getroffen werden dürfe. In der 1. Fragebeantwortung vom 19.10.2022 habe die Auftraggeberin dazu ausgeführt, dass nur deshalb eine gesamthafte Vergabe der Leistung in Betracht gekommen wäre, weil eine Losvergabe dazu geführt hätte, dass es zu einer uneinheitlichen Versorgung der Kinder in den Kindergarten- und Hortstandorten gekommen wäre bzw. die Losvergabe zu einem erhöhten

Koordinations- und Verwaltungsaufwand geführt hätte. Im Bereich der Kindergärten seien seitens der Auftraggeberin bislang lediglich die Mittagsmenüs beschafft worden. Die Versorgung mit Frühstück, Nachmittagsjause und sonstigen frischen Lebensmitteln organisierte jeder Kindergarten bis zum jetzigen Zeitpunkt selbst. Dadurch hätten sich Klein- und Mittelunternehmen wie Bäcker und andere regionale Kleinunternehmer etablieren können und sei es durch diese Vorgehensweise weder zu einer uneinheitlichen Versorgung noch zu einem erhöhten Koordinations- und Verwaltungsaufwand gekommen. Auch habe die Auftraggeberin im Bereich der Lebensmittelversorgung der Ganztagschulen sehr wohl eine losweise Vergabe durchgeführt und die Versorgung durch mehrere Unternehmen sichergestellt. Weiters sei unklar, weshalb nunmehr auch die Versorgung mit täglich frischen Lebensmitteln, wie für das Frühstück, die Mittagsjause und dergleichen miteinbezogen werden solle und sei hervorzuheben, dass die Herstellung und Lieferung von Jause, Gebäck und anderen frischen Lebensmitteln vollkommen andere Arbeitsleistungen erfordere als die Herstellung und Lieferung von Mittagsmenüs. Durch die gesamtweise Vergabe einer derart hohen Anzahl von täglich zu produzierenden und zu liefernden Mittagsmenüs sowie durch den erheblichen Mehraufwand, der mit der Lieferung und Manipulation der einzelnen Lebensmittel verbunden sei, werde der Wettbewerb künstlich und in vergaberechtswidrige Weise eingeschränkt.

Zuletzt sei das Zuschlagskriterium „Preis“ intransparent und vergaberechtswidrig, da nicht im Vorhinein feststehe und für die Bieter ersichtlich sei, auf Grundlage welcher Preise die Bewertung dieses Zuschlagskriteriums erfolgen werde, sondern ergebe sich dies erst aus der Qualitätsbewertung der Angebote. Festzuhalten sei, dass die Auftraggeberin diese Qualitätsbewertung erst in einem Zeitpunkt vornehmen wolle, zu dem sie sämtliche angebotene Preise in allen Kategorien bereits kenne.

Im weiteren Verfahren wurden Schriftsätze gewechselt. Am 18.1.2023 fand die beantragte mündliche Verhandlung statt. Die Entscheidung wurde mündliche verkündet. Ein Antrag auf Langausfertigung ist binnen der zweiwöchigen Frist nicht eingelangt.

Rechtlich wurde erwogen:

Betreffend die ersten beiden Punkte im Nachprüfungsantrag hat die AG im Vergabeakt eine Reihe von Gründen dokumentiert, warum sie von einer Aufteilung in Lose abgesehen und eine Gesamtausschreibung vorgesehen hat. Diese Gründe wurden in den Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung umfassend erörtert. Insbesondere bestehen die Gründe darin, dass die Qualität der Versorgung in allen städtischen Kindergärten und Horten einheitlich sein und regionale Unterschiede vermieden werden sollen. Auch die Abwicklung der Bestellungen und der Abrechnung soll in allen städtischen Kindergärten und Horten einheitlich sein.

Es steht im Ermessen der AG, ob sie eine Aufteilung in Lose vornimmt oder nicht. Nach Ansicht des Senates hat sich die AG bei ihrer Entscheidung von sachlichen Erwägungen leiten lassen. Sie hat insoweit von ihrem Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht. Eine künstliche Einschränkung des Wettbewerbs liegt im Ergebnis daher insoweit nicht vor.

Zum Ausschluss der Möglichkeit des Cook & Freeze hat die AG sachliche Gründe für ihre Festlegung dargelegt. Diese liegen insbesondere darin, dass an die Lagerung und Aufbereitung gefrorener Speisen andere Anforderungen bestehen, als an die Lagerung und Aufbereitung lediglich gekühlter Speisen. Auch insoweit lag somit eine künstliche Einschränkung des Wettbewerbs nicht vor.

Zur Frage, ob das Zuschlagskriterium Preis in der Ausschreibung vergaberechtskonform ausgestaltet wurde, ist folgendes festzuhalten: Das vorgesehene System der Angebotsbewertung weicht von den in der Vergabepraxis gebräuchlichen Systemen deutlich ab und erfordert eine präzise und vertiefte Auseinandersetzung mit den Festlegungen der Ausschreibung. Eine solche Auseinandersetzung ist allerdings in Anbetracht des Leistungsumfanges den Bietern zumutbar.

Das System besteht, grob zusammengefasst, darin, dass sämtliche Bieter jeweils für die Bioanteile 50 %, 60 % und 70 % kompetitive Angebote zu legen haben, wobei der leistbare Preis mit 10,4 Millionen Euro festgesetzt ist. Es erfolgt zuerst

eine Qualitätsbewertung. Verglichen werden die Angebote für denjenigen Bioanteil, der nach dem Angebot mit dem höchsten Bioanteil, welches bei der Qualitätsbewertung die meisten Punkte erzielt hat, unter 10,4 Millionen Euro liegt. Die Mitbewerber haben dabei für diesen Bioanteil die Möglichkeit, über die Preisbewertung als Bestbieter hervorzugehen.

Es ist daher zum Zeitpunkt der Angebotslegung weder für die Bieter, noch für die AG vorhersehbar, ob die Preise im Ergebnis auf der Basis von 50 %, 60 % oder 70 % Bioanteil verglichen werden.

Der Senat ist diesbezüglich zu dem Ergebnis gekommen, dass diese mangelnde Vorhersehbarkeit, welcher Bioanteil letztlich für die Preisbewertung relevant sein wird, keine Vergaberechtswidrigkeit begründet. Dies vor allem aus dem Grund, weil eindeutig festgelegt ist, nach welchen Kriterien zu ermitteln ist, wie dieser Bioanteil zu ermitteln ist, und die AG daher diesbezüglich keine Gestaltungsmöglichkeit hat. Auch für die Bieter kann dies insoweit keinen relevanten Unterschied machen, als die Bieter für alle drei Bioanteile jeweils kompetitive Angebote zu legen und ihre Preise zu kalkulieren haben.

Die Tatsache, dass die Bewertungskommission bei Teilen der Qualitätsbewertung die Preise bereits kennt, stellt, nach Ansicht des Senates, keine Manipulationsmöglichkeit im Sinne des vorigen Absatzes dar. Darüber hinaus ist der Preis für die kommissionelle Bewertung der betroffenen Qualitätskriterien ohne Relevanz und ist in den Ausschreibungsunterlagen eingehend definiert, auf welche Weise diese Qualitätskriterien zu bewerten sind. Im Übrigen ist die Kenntnis des Preises durch die Bewertungskommission nicht nur im vorliegenden Bewertungssystem in Kauf zu nehmen, sondern tritt auch bei üblichen Vergabeverfahren auf.

Da die Antragstellerin mit ihrem Antrag nicht obsiegt hat, hat sie die entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

## H i n w e i s

Gemäß § 29 Abs. 5 VwGVG kann das Erkenntnis in gekürzter Form ausgefertigt werden, wenn von den Parteien auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof verzichtet oder nicht binnen zwei Wochen nach Ausfolgung bzw. Zustellung der Niederschrift gemäß § 29 Abs. 2a VwGVG eine Ausfertigung des Erkenntnisses gemäß § 29 Abs. 4 VwGVG von mindestens einem der hiezu Berechtigten beantragt wird. Die gekürzte Ausfertigung hat den Spruch sowie einen Hinweis auf den Verzicht oder darauf, dass eine Ausfertigung des Erkenntnisses gemäß § 29 Abs. 4 VwGVG nicht beantragt wurde, zu enthalten.

Das Verwaltungsgericht Wien hat am 18.01.2023 in der gegenständlichen Beschwerdesache eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt und sodann das Erkenntnis mit den wesentlichen Entscheidungsgründen verkündet.

Die in der mündlichen Verhandlung angefertigte Niederschrift, welcher eine Belehrung gemäß § 29 Abs. 2a VwGVG angeschlossen war, wurde der Antragstellerin A. GmbH bzw. ihrer Rechtsvertretung sowie der Antragsgegnerin Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien, vertreten durch Stadt Wien-Kindergärten bzw. ihrer Rechtsvertretung unmittelbar ausgefolgt. Somit wurde die Niederschrift sämtlichen zur Erhebung einer Revision beim Verwaltungsgerichtshof oder einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof legitimierten Parteien und Organen ausgefolgt oder zugestellt.

Keine zur Erhebung einer Revision an den Verwaltungsgerichtshof beziehungsweise Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof legitimierte Partei und kein hierzu legitimiertes Organ hat innerhalb der gemäß § 29 Abs. 5 VwGVG normierten Frist von zwei Wochen nach Ausfolgung bzw. Zustellung der Niederschrift einen Antrag auf Ausfertigung des Erkenntnisses gemäß § 29 Abs. 4 VwGVG gestellt.

Deshalb konnte das Erkenntnis gemäß § 29 Abs. 5 VwGVG gekürzt ausgefertigt werden. Gegen diese gekürzte Ausfertigung des Erkenntnisses ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß § 25a Abs. 4a VwGG und/oder eine

Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof gemäß § 82 Abs. 3b VfGG nicht mehr zulässig.

Dr. Opperl