



# 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-123/077/3411/2018-9  
A. HandelsgmbH

Wien, 28.5.2018

Geschäftsabteilung: VGW-R

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Dr.<sup>in</sup> Lettner als Vorsitzende, den Richter Dr. Oppel und die Richterin Mag.<sup>a</sup> Mandl über den Antrag der A. HandelsgmbH, vertreten durch Rechtsanwälte, auf Feststellung, 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, betreffend nachträgliche Änderungen des Vertrages „Verpflegung an öffentlichen Wiener Kindergärten“ durch die Stadt Wien, Magistratsabteilung 10,

zu Recht e r k a n n t:

I. Der Antrag vom 14.3.2018, 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, 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 zulässig.

## E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

### Nachprüfungsantrag und Vorbringen

I. Die A. HandelsgmbH hat am 14.3.2018 einen Antrag auf Feststellung einer rechtswidrigen Vergabe durch die Stadt Wien, Magistratsabteilung 10 – Wiener Kindergärten eingebracht und – kurz zusammengefasst – Folgendes vorgebracht:

Die Stadt Wien habe im Jahreswechsel 2001/2002 ein offenes Verfahren nach dem Bestbieterprinzip zur Vergabe eines Auftrages betreffend die Versorgung der öffentlichen Wiener Kindergärten mit Mittagessen geführt und den Auftrag im Jahr 2002 vergeben. Als Lieferbeginn sei der 2.1.2003 vereinbart worden.

Dieser Auftrag sei in den nachfolgenden Jahren allmählich maßgeblich geändert worden, weshalb die Stadt Wien zur Neuausschreibung verpflichtet sei.

Die zentrale Geschäftstätigkeit der Antragstellerin bestehe gerade in derartigen Lieferleistungen. Die Antragstellerin habe ein wirtschaftliches Interesse daran, den Auftrag im Wege der rechtlich gebotenen Neuausschreibung zu erhalten.

Die wesentliche Vertragsänderung bestehe aus folgenden Gründen:

1. Die Menüs hätten sich wesentlich geändert. Zum einen hätte sich das Mengenverhältnis der drei anzubietenden Menüs – „Menü Standard“, „Menü ohne Schweinefleisch“ und „Menü fleischlos“ wesentlich in Richtung von weniger „Menü Standard“ und mehr „Menü ohne Schweinefleisch“ und „Menü fleischlos“ verschoben. Zum anderen hätte sich der „Stand der Ernährungswissenschaft“, dem die Menüs zu entsprechen hätten, geändert. Es sei auch zu wesentlichen Kostensteigerungen (Auftragswert 2003: 12,2 Mio. €, Auftragswert 2005 € 15,6 Mio. €) gekommen.

2. Die zu beliefernden Standorte hätten sich wesentlich geändert. Die seinerzeit zu beliefernden Standorte seien seinerzeit Kalkulationsgrundlage gewesen. Durch neue Standorte habe sich diese Kalkulationsgrundlage wesentlich geändert.

3. In dem zwischenzeitig verstrichenen Zeitraum von mehr als 15 Jahren habe sich auch der Anbietermarkt wesentlich geändert. Die europäische Rechtsprechung stelle auf die Wettbewerbsrelevanz nachträglicher Änderungen ab. Auf Grund der durch den langen Zeitraum eingetretenen wesentlichen Änderung des Anbietermarktes sei ebenfalls eine Neuausschreibung geboten.

4. Eine Vertragslaufzeit von mehr als 15 Jahren führe zu einer Abschottung des Marktes. Die zulässige Vertragslaufzeit sei mit dem Verbot der Verhinderung des Wettbewerbs begrenzt. Die Verhinderung des Wettbewerbs durch eine Vertragslaufzeit von mittlerweile bereits mehr als 15 Jahren widerspreche den europarechtlich garantierten vergaberechtlichen Grundsätzen (Transparenz, Gleichbehandlung; fairer, freier und lauterer Wettbewerb).

II. Die Antragsgegnerin hielt dem mit Schriftsatz vom 27.3.2018 im Wesentlichen entgegen, der Auftrag sei im Jahr 2002 ordnungsgemäß vergeben worden. Die Antragstellerin bestehe erst seit 21.8.2013 und habe sich bereits deswegen an dem seinerzeitigen Vergabeverfahren nicht beteiligen können.

Eine wesentliche Änderung des Leistungsumfanges liege nicht vor. Die aktuellen Essenslieferungen würden sich innerhalb des vergebenen Auftrages bewegen.

Zeitliche, bedarfsorientierte und saisonale Schwankungen entsprächen den üblichen Lebensumständen und Bedürfnissen der Kinder und Familien. Die Vereinbarung eines fixen Verhältnisses wäre daher nicht im Sinne einer abwechslungsreichen Kost gelegen und sei auch nicht ausgeschrieben gewesen.

Aus statistischen Veröffentlichungen könne nicht auf eine wesentliche Leistungsänderung geschlossen werden. Die aktuellen Leistungen würden innerhalb des Vereinbarten liegen und den vertraglich vorgesehenen Umfang von 30.000 Essensportionen nicht annähernd erreichen. Die Antragstellerin würde ihre Schlüsse aus statistischem Datenmaterial betreffend alle Kindergärten in

Wien ziehen. Rückschlüsse auf die Essensversorgung in den Kindergärten der Stadt Wien würde dieses Datenmaterial nicht zulassen.

Die behauptete Kostensteigerung liege nicht vor. Berücksichtige man die zwischenzeitige Wertanpassung, so sei der um die Wertanpassung bereinigte Auftragswert tatsächlich gefallen und nicht gestiegen.

Auch die Veränderung, Schließung und Neueröffnung von Standorten würde keine wesentliche Vertragsänderung begründen. Das Gleiche treffe auf das Vorbringen zu, dass sich der Anbietermarkt wesentlich geändert habe.

Zur Vertragslaufzeit sei auszuführen, dass nach dem BVergG auch unbefristete Verträge vorgesehen und zulässig seien. Die Verlängerungsoption sei bereits in der damaligen Ausschreibung vorgesehen gewesen. Die Vertragslaufzeit von inzwischen mehr als 15 Jahren würde keine Pflicht zur Neuausschreibung begründen.

III. Die Antragstellerin replizierte dazu mit Schriftsatz vom 9.4.2018 im Wesentlichen Folgendes:

1. Es habe im Jahr 2002 keine EU-weite Bekanntmachung der Ausschreibung stattgefunden. Das Suchergebnis der Antragstellerin im Supplement zum Amtsblatt der EU sei negativ verlaufen. Daher sei bereits die seinerzeitige Ausschreibung nicht rechtskonform erfolgt.

2. Die Tatsache, dass die Antragstellerin rund elf Jahre nach dem Vergabeverfahren gegründet worden sei, belaste nicht ihre Antragslegitimation. Die Antragstellerin bekämpfe nicht die seinerzeitige Ausschreibung, sondern die letzte unzulässige Vertragsänderung in mehr als 15 Jahren Vertragslaufzeit. Unter Heranziehung der ständigen Rechtsprechung des EuGH und deren Umsetzung im Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU betreffend „Neu-Ausschreibungspflicht“ bei wesentlichen Vertragsänderungen sei die Vorgehensweise der Auftraggeberin jedenfalls EU-rechtswidrig. Die aufgezeigten wesentlichen Vertragsanpassungen im Laufe der letzten 15 Jahre hätten vergaberechtskonform zu einer Neuausschreibung führen müssen. Da die Antragsgegnerin dies verabsäumt habe und die Leistung weiterhin zu wesentlich

geänderten Konditionen beziehe, entspreche dies jährlich durchgeführten unzulässigen Direktvergaben.

3. Die Ausschreibungsunterlagen hätten im Punkt 4.2.3 betreffend Liefermengen konkrete Kalkulationsgrundlagen für die zu liefernden Menüs beinhaltet. Auch die zu beliefernden Standorte seien Geschäftsgrundlage gewesen, zumal sie bei der geforderten Lieferung frei Haus zwangsläufig Kalkulationsgrundlage gewesen seien. Die Antragsgegnerin würde nunmehr ein Leistungsänderungsrecht argumentieren. Ein solches Leistungsänderungsrecht würde seine vergaberechtlichen Grenzen in der Anforderung finden, dass Vertragsanpassungsklauseln nur in Form von klar, präzise und eindeutig formulierten Überprüfungsklauseln zulässig seien (Art. 72 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 2014/24/EU). Entsprechende Klauseln müssten Angaben zu Umfang und Art möglicher Änderungen sowie zu den Bedingungen enthalten, unter denen sie zur Anwendung gelangen. Sie dürften keine Änderungen vorsehen, die den Gesamtcharakter des Auftrags verändern würden. Diese Vorgaben seien in der Ausschreibung im Jahr 2002 nicht getroffen worden. Wenn die Auftraggeberin die Lieferleistung „frei Haus“ als nicht standortgebunden bezeichne und sich jegliche Änderung des Lieferortes vorbehalten möchte, so widerspreche das dem Grundsatz der Transparenz und der Rechtsprechung zu den Vertragsänderungen und den allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen (§ 19 BVergG).

4. Auch die zwischenzeitige Auftragswerterhöhung stelle eine wesentliche Vertragsänderung dar, weil sie unzulässiger Weise das wirtschaftliche Gleichgewicht zugunsten des Auftragnehmers verschiebe (EuGH 19.6.2008, C-454/06, Presstext).

5. Eine wesentliche Änderung sei auch durch die neuen Speisepläne erfolgt. Die nunmehr angebotenen Leistungen (2 x Hauptspeise mit Suppe und 3 x Hauptspeise mit Dessert) hätte im ursprünglichen Vergabeverfahren im Jahr 2002 gar nicht angeboten werden können bzw. hätte zum Ausscheiden geführt. Auch müssten sich die Speisepläne nach den neuesten Empfehlungen der Österreichischen Gesellschaft für Ernährung richten und seien zweifellos im Laufe der letzten 15 Jahre mehrfach angepasst und daher entsprechend den „neuesten Empfehlungen“ auch aktuell wieder adaptiert worden.

Die Angebote seien im seinerzeitigen Vergabeverfahren anhand der Zuschlagskriterien bewertet und dabei unter dem Zuschlagskriterium „Qualität“ die bieterspezifischen Speisepläne einer Bewertung unterzogen worden. Wenn nunmehr die Speisepläne geändert worden seien, liege darin eine wesentliche Vertragsänderung. Eine Änderung der im Zuge der Bestbieterermittlung herangezogenen Kriterien sei nach der ständigen Rechtsprechung geeignet, den Bieterkreis zu beeinflussen, weshalb eine neuerliche Ausschreibung vorzunehmen sei.

Die nachträgliche Änderung der im Zuge der Bestbieterermittlung bewerteten Speisepläne erfolge nicht aufgrund einer in den Ausschreibungsbestimmungen vorgesehenen einseitigen Änderungsoption. Die Änderung müsse daher auf einer gegenseitigen zivilrechtlichen Willensbildung basieren, die einem neuen Vertragsabschluss gleichkomme (§§ 1376f ABGB). Dies führe zivilrechtlich zu einem neuen Vertragsabschluss (Novation gemäß § 1376 ABGB) und damit vergaberechtlich zur Ausschreibungspflicht.

6. Die Antragstellerin gehe begründet davon aus, dass es sich bei der Zuschlagsempfängerin aus dem Vergabeverfahren im Jahr 2002 um die B. GmbH gehandelt habe, die vermutlich aktuelle tätige Auftragnehmerin allerdings die C. GmbH sei. Ein Wechsel des Auftragnehmers stelle jedenfalls eine wesentliche Vertragsänderung dar und begründe eine zwingende neuerliche Ausschreibung.

7. Gemäß Punkt 4.2.1 des Liefervertrages sei für die Bestellung ein System anzubieten, das für das Kindertagesheim mit möglichst geringem bürokratischen Aufwand verbunden ist. Die Antragstellerin gehe begründet davon aus, dass das angebotene Bestellsystem im Laufe der letzten 15 Jahre dem Stand der Technik angepasst worden sei. Darin würde wiederum eine wesentliche Leistungsänderung liegen.

8. Die nachträglichen Änderungen seien funktional als neuer öffentlicher Auftrag zu werten. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn nachträglich die Leistung derart geändert werde, dass diese Leistung zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung nicht erlaubt gewesen sei (zum Ausscheiden des Angebotes geführt hätte).

IV. Die Antragsgegnerin replizierte mit Schriftsatz vom 17.4.2018 im Wesentlichen Folgendes:

1. Die Ausschreibung sei im Jahr 2001 ordnungsgemäß EU-weit bekannt gemacht worden. Außerdem sei die Antragstellerin im Zeitraum der Ausschreibung noch nicht gegründet gewesen und hätte daher keine Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt.

2. Das pauschale, unbegründete Vorbringen der Antragstellerin, dass es in den mehr als 15 Jahren der Laufzeit des Vertrages zu wesentlichen Vertragsänderungen gekommen sei, werde bestritten.

3. Es würde weder die behauptete drastische Veränderung der Menüsorten noch eine wesentliche Änderung der Liefermengen noch der Standorte vorliegen. Die Antragstellerin würde übersehen, dass es sich beim gegenständlichen Auftrag um einen sogenannten Rahmenvertrag handle. Solche Verträge würden typischer Weise bei der Beschaffung wiederkehrender Leistungen eingesetzt, insbesondere wenn die Leistungen in einem zeitlich und quantitativ nicht genau vorhersehbaren Bedarf während der Laufzeit abgerufen werden sollen. Die Abrufe würden jedenfalls im vertraglich vereinbarten Rahmen erfolgen. Es würde daher weder eine Vertragsänderung vorliegen, noch sei der Gesamtcharakter des Auftrags verändert.

4. Es sei nochmals darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin aus statistischen Veröffentlichungen zur (Gesamt-) Kinderzahl in Wien auf die Anzahl der Kinder rückzuschließen versuche, die in den städtischen Kindergärten Essen beziehen. Darüber hinaus lasse die Antragstellerin vollkommen außer Acht, dass eine große Zahl an Kindern in den städtischen Kindergärten nur halbtagsbetreut werde und daher kein Essen beziehe. Wie die Antragstellerin richtig zitiere, sei in den damaligen Ausschreibungsunterlagen von ca. 30.000 Tagesportionen ausgegangen. Das Gesamtplatzangebot der städtischen Einrichtungen betrage X Plätze, zum Vergleich waren es im Jahr 2002 mit ... Plätzen etwas mehr. Die Zahl der Essensportionen betrage täglich Y, diese Zahl liege unter der ausgeschriebenen Grenze von 30.000 Tagesportionen.

5. Die Antragstellerin würde hinsichtlich der Speisepläne eine wesentliche Veränderung erblicken und auf einen aktuellen Produktfolder verweisen. Tatsächlich würde sich die Antragstellerin damit selbst widerlegen, da die angebotene Leistung für Kindergarten und Hort (2 x Hauptspeise mit Suppe und 3 x Hauptspeise mit Dessert) im Vergabeverfahren 2002 exakt in dieser Zusammensetzung definiert worden sei. Die Leistungserbringung sei somit in keiner Weise adaptiert worden.

Die Antragstellerin würde mit ihren widersprüchlichen Ausführungen fortfahren, indem sie befinde, dass jegliche Änderung des Speiseplans die ausgeschriebene Leistung verändere. Abgesehen davon, dass ein fixer und unveränderlicher, sich damit permanent wiederholender Speiseplan für eine gesunde Kinderernährung nicht vorteilhaft und im Grunde auch weltfremd sei, sei er auch nicht in der Ausschreibung als Ziel vorgesehen gewesen. Die Ausschreibungsunterlagen würden festhalten, dass bei der Zusammenstellung der Kostformen auf die Essgewohnheiten bzw. Verbrauchserwartungen von durchschnittlichen Kindern im Großraum Wien Bedacht zu nehmen sei, die Speisen modernen, ernährungsphysiologischen Gesichtspunkten zu entsprechen hätten und auch eine höchstmögliche Vielfalt anzustreben sei. Des Weiteren würden die Ausschreibungsunterlagen festlegen, dass die Speisepläne – eben zum Zweck einer größtmöglichen Vielfalt – regelmäßig im Einvernehmen zu überarbeiten seien.

6. Es würde eine bloße Änderung des Firmennamens vorliegen.

7. Das Vorbringen, die Änderung des Bestellsystems würde eine wesentliche Vertragsänderung darstellen, sei aus der Luft gegriffen, absolut unbegründet und substanzlos.

8. Der achte Punkt der Replik der Antragstellerin sei bloß eine allgemeine Wiederholung der unbegründeten bzw. bereits wiederlegten Behauptungen und Annahmen der Antragstellerin, welche keine Umstände aufzeigen würden, die auf ein gesetzwidrig durchgeführtes, unterlassenes oder neues Vergabeverfahren oder auf eine wesentliche Vertragsänderung schließen ließen.



V. Die Antragstellerin replizierte mit Schriftsatz vom 25.4.2018 im Wesentlichen Folgendes:

1. Die Antragsgegnerin habe in ihren Schriftsätzen entscheidungswesentliche Informationen geschwärzt. Die Antragstellerin müsse die Gelegenheit haben, zu allen im Vergabekontrollverfahren entscheidungsrelevanten Sachverhaltselementen Stellung zu nehmen. Die vermutlichen Angaben über die Anzahl der Kindergartenplätze und Essensportionen könne weder Geschäfts- noch Betriebsgeheimnisse umfassen, ebenso könnten keine Interessen Dritter oder der Öffentlichkeit berührt werden, weshalb die vorgenommene Anonymisierung („Schwärzung“) nicht begründet sei. Es werde daher beantragt, der Antragstellerin die nicht geschwärzte Fassung der Stellungnahme der Auftraggeberin vom 17.4.2018 zur Verfügung zu stellen.

2. Die Vertragsdauer sei mit fünf Jahren mit Verlängerungsoption um ein weiteres Jahr befristet. Der Vertrag habe daher eine Laufzeit von maximal sechs Jahren und habe daher – ausgehend von einem Vertragsbeginn mit 1.1.2003 – mit 1.1.2009 geendet. Konkret erfolge daher ab 2.1.2009 jedes Jahr eine neue unzulässige Direktvergabe.

3. Bei der Änderung des Auftragnehmers würde es sich nicht um eine bloße Änderung des Firmennamens handeln. Zwar sei die B. GmbH (FN ...) tatsächlich umfirmiert worden, jedoch in die D. GmbH. Letztere sei jedoch nach Kenntnisstand der Antragstellerin nicht die aktuelle Auftragnehmerin.

VI. Dazu hat die Antragsgegnerin mit Schriftsätzen vom 3.5.2018 und vom 7.5.2018 im Wesentlichen Folgendes repliziert:

1. Bei den Schwärzungen würde es sich um Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse handeln.

2. Die Festlegung, wonach sich der Vertrag automatisch um ein weiteres Jahr verlängere, lasse nach ihrem objektiven Erklärungswert keinesfalls auf eine nur einmalige Verlängerung schließen. Die Interpretation der Antragstellerin sei einzig ihrem gegenständlichen Ansinnen, die gesetzeskonforme Vergabe und den gültigen Vertrag zu torpedieren, geschuldet.

3. Es sei rechtlich unproblematisch, wenn ein anderer Unternehmer, der die ursprünglich festgelegten Eignungskriterien erfülle, im Zuge einer Unternehmensumstrukturierung an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers trete.

4. Als reine Vorsichtsmaßnahme werde für den Fall, dass das Gericht es unvorhergesehen dennoch in Erwägung ziehen sollte, das gegenständliche Vergabeverfahren bzw. den gegenständlichen Vertrag als gesetzwidrig einzustufen, im Hinblick auf die essentielle Notwendigkeit der Essensverpflegung ersucht, von einer Nichtigkeit des Vertrages abzusehen bzw. den Vertrag nicht unmittelbar aufzuheben, damit die Verpflegung der Kindergärten sichergestellt sei bzw. ausreichend Zeit für eine Neuausschreibung gewährt werde. Zwingende Gründe des Allgemeininteresses (Notwendigkeit der Essensverpflegung bei Kindern) würden es in diesem Fall rechtfertigen, den Vertrag aufrecht zu erhalten. Es werde daher aus Vorsicht der Antrag gestellt, von der Nichtigkeitserklärung des Vertrages abzusehen.

5. Der Geschäftsführer der Antragstellerin sei zumindest seit Dezember 2013 von der gegenständlichen Sachlage informiert, weil er im Dezember 2013 in seiner Funktion als Geschäftsführer der E. KG mit der Antragsgegnerin betreffend Essensversorgung in Kontakt getreten sei. Außerdem habe die E. KG ihren Firmensitz an derselben Adresse wie die Antragstellerin und würde offensichtlich die Antragstellerin hinter der E. KG stehen.

Im Hinblick auf die Judikatur des EuGH in der Rechtssache MedEval sei der gegenständliche Feststellungsantrag daher verfristet, zumal entweder eine sechswöchige oder eine sechsmonatige Antragsfrist bestünde.

VII. Die jetzige Vertragspartnerin der Antragsgegnerin brachte als Teilnahmeberechtigte mit Schriftsatz vom 9.5.2018 im Wesentlichen Folgendes vor:

1. Die B. GmbH habe mit Spaltungs- und Übernahmevertrag vom 20.6.2006 als übertragende Gesellschaft nach den Bestimmungen des SpaltG mit Gesamtrechtsnachfolgewirkung und unter Inanspruchnahme der umgründungssteuerlichen Begünstigungen des Art. VI UmgrStG der F. GmbH als

übernehmender Gesellschaft den Betrieb „G.“ insbesondere mit allen in § 11 dieses Vertrages ausgewiesenen Vermögensgegenständen und Schulden mit Stichtag 31.12.2005 übertragen. In § 11.2 dieses Vertrages sei angeführt, dass auch sämtliche Arbeitnehmer des Betriebes „G.“ sowie der Vertrag über die Belieferung der Kindertagesheime der Stadt Wien vom 16.9.2002 (lit. f) und auch die dazugehörenden Gewerbebewilligungen (lit. g) am die F. GmbH übertragen werden. Die F. GmbH habe als Gesamtrechtsnachfolgerin den gesamten Betriebsteil, der für den Vertrag über die Belieferung der Kindertagesheime zuständig ist, mitsamt allen Dienstnehmern und Gewerbeberechtigungen, und dementsprechend auch die fachliche Eignung für die Ausführung des Auftrags übernommen.

Auf Grund des – unmittelbar anwendbaren – Art. 72 Abs. 1 lit. d sublit. ii der Richtlinie 2014/24/EU, würde eine bloße Umstrukturierung auf Seite des Auftragnehmers vorliegen, die keine wesentliche Vertragsänderung darstelle.

2. Zur behaupteten Steigerung des Auftragswertes sei auszuführen, dass die Mittagsportionen seit dem Jahr der Beauftragung entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin keine steigende Tendenz, sondern eine sogar leicht rückläufige Tendenz hätten. Dies sei zum einen dadurch bedingt, dass die privaten Kinderbetreuungseinrichtungen, die in den von der Antragstellerin herangezogenen statistischen Daten mitberücksichtigt seien, im Verhältnis zu den städtischen Kinderbetreuungseinrichtungen zugenommen hätten und mehr Kinder als früher nur halbtags im Kindergarten wären und demnach kein Mittagessen konsumieren würden.

Tatsächlich stelle die in der Ausschreibung genannte Zahl von 30.000 Tagesportionen eine Höchstgrenze dar, auf die sich der Auftragnehmer einzustellen hatte, die aber in der Regel nicht bzw. nur in ganz seltenen Fällen erreicht worden sei. Vielmehr schwanke der jährliche Bedarf von Beginn an zwischen rund 25.000 und rund 28.000 Portionen pro Tag.

3. Zur behaupteten Änderung der Menüs sei auszuführen, dass keineswegs eine statisch zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses festgelegte Qualität und/oder Gestaltung der Speisepläne vereinbart sei, sondern vielmehr vom Auftragnehmer

eine stetige Anpassung an die Bedürfnisse und Erwartungen der Auftragnehmer verlangt sei.

Die Aufteilung in 60 % „Menü Standard“, 40 % „Menü ohne Schweinefleisch“ und marginal „Menü fleischlos“ sei nicht Vertragsbestandteil, sondern stelle lediglich, wie auch aus der Formulierung in Punkt 4.2.3 des Liefervertrages eindeutig hervorgehe, eine Information über den Bedarf des Jahres 2001 dar. In dieser Vertragsbestimmung werde auch eindeutig festgelegt, dass es Schwankungen im Verhältnis der Liefermengen der einzelnen Kostformen zueinander geben werde und der Auftragnehmer verpflichtet sei, den jeweiligen Bedarf abzudecken.

Ganz abgesehen davon seien die von der Antragstellerin genannten angeblichen erheblichen Änderungen für die mitbeteiligte Partei auch nicht nachvollziehbar. Die Antragstellerin würde offenkundig davon ausgehen, dass das „Menü Standard“ automatisch – quasi im Gegensatz zum „Menü ohne Schweinefleisch“ – stets ein solches mit Schweinefleisch sei. Das sei aber nicht der Fall. Im „Menü Standard“ werde lediglich zum Ausdruck gebracht, dass dieses Menü auch Schweinefleisch enthalten kann, nicht aber muss. Dementsprechend sei eine Beurteilung nach den Benennungen der Menülinien nicht aussagekräftig, man müsse vielmehr das Gesamtsortiment betrachten. So seien beispielsweise auch die Gerichte Eiernockerl, Fischstäbchen, Spaghetti mit Tomatensauce und Kaiserschmarren typische Kindergerichte und der Kategorie „Menü Standard“ zugeordnet. Dies stehe auch im Einklang mit der vom Auftragnehmer im Liefervertrag geforderten Verpflichtung, bei der Zusammenstellung der Kostformen auf die Essgewohnheiten bzw. Verbrauchserwartungen von durchschnittlichen Kindern im Großraum Wien Bedacht zu nehmen. Bei einer solchen Gesamtbetrachtung werde klar ersichtlich, dass sich an der grundsätzlichen Aufteilung in Menüs mit oder ohne Schweinefleisch kaum etwas geändert habe. Menüs mit Schweinefleisch seien schon damals nur zu einem geringen Anteil Bestandteil des Gesamtsortiments gewesen, dies sei unverändert auch heute so der Fall.

4. Zur Aktivlegitimation der Antragstellerin werde zunächst darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin nicht näher konkretisiert habe, zu welchem Zeitpunkt konkret eine wesentliche Vertragsänderung und damit eine unzulässige Direktvergabe stattgefunden haben soll, weshalb ihr die Antragsgegnerin auch in

dieser Hinsicht zu Recht vorhalte, dass mangels entsprechender Angaben unklar bleibe, welche weitere Auftragsvergabe überhaupt einer Prüfung unterzogen werden solle.

Der von der Antragstellerin offenkundig vertretenen Rechtsauffassung, dass im Fall einer wesentlichen Vertragsänderung nicht nur zu diesem Zeitpunkt, sondern auch danach jedes Jahr eine unzulässige Direktvergabe entstünde, könne nicht gefolgt werden.

Nach der Rechtsprechung (VwGH 26.2.2014, 2011/04/0134) sei ein Bieter dann nicht antragslegitimiert, wenn er die ausgeschriebene Leistung nicht über die gesamte Vertragsdauer erbringen könne. Die Antragstellerin habe zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe noch nicht bestanden und könne bereits deswegen die Leistung nicht über die gesamte Vertragsdauer erbringen. Wenn die Antragstellerin vorbringe, dass zu einem bestimmten Zeitpunkt – auf Grund einer wesentlichen Vertragsänderung – eine unzulässige Direktvergabe vorliege, dann sei ebenfalls zu prüfen, ob die Antragstellerin zum Zeitpunkt der behaupteten Direktvergabe die Leistung hätte erbringen können.

Die Antragstellerin verfüge entsprechend ihrem eigenen Vorbringen in der Urkundenvorlage vom 18.4.2018 erst seit 11.1.2018 über die Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe in der Betriebsart Lieferküchen. Die Antragstellerin habe sich daher vor dem 11.1.2018 auch aus einem Befugnismangel nicht an einer etwaigen Ausschreibung betreffend Essenslieferung beteiligen können, sodass ihr auch aus diesem Grund die Antragslegitimation fehle.

Darüber hinaus seien in den Ausschreibungsunterlagen zum Nachweis der Eignung unter anderem „mindestens 2 Referenzen über die Durchführung von Lieferungen innerhalb der letzten fünf Jahre, die in Größe und/oder Versorgungsstruktur ähnlich sind“ gefordert. Nach Kenntnisstand der mitbeteiligten Partei hätte die Antragstellerin diese Referenzen zu keinem Zeitpunkt aufbringen können und wäre daher offensichtlich auszuschneiden gewesen, weshalb sie aus diesem Grund nicht antragslegitimiert sei (LVwG NÖ 28.3.2017, LVwG-VG-6/001-2017).

5. Zur behaupteten Befristung des Liefervertrages würde die Antragsgegnerin völlig zu Recht ausführen, dass der objektive Erklärungswert der Formulierung, wonach sich der Vertrag automatisch um ein weiteres Jahr verlängere, keinesfalls auf eine nur einmalige Verlängerung schließen lasse. In diesem Sinne habe auch die mitbeteiligte Partei schon die damaligen Ausschreibungsunterlagen verstanden. Unterstrichen werde dieses Verständnis dadurch, dass Punkt 5, letzter Satz des Liefervertrages vorsehe, dass der Vertrag von jedem der beiden Vertragsteile ohne Angabe von Gründen unter Einhaltung einer einjährigen Kündigungsfrist gekündigt werden könne. Dies deute darauf hin, dass der Vertrag nach Ablauf der ursprünglichen Befristung einer entsprechenden Kündigung bedürfe. Letztlich enthalte der Vertrag auch keine der ansonsten üblichen Bestimmungen, wie etwa „... und endet, ohne dass es einer Kündigung durch eine der Vertragsparteien bedarf“, die auf eine Befristung des Vertrages schließen lassen würde.

VIII. Es wurde am 17.5.2018 eine mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien durchgeführt. Verlauf und Inhalt sind dem im Akt befindlichen Verhandlungsprotokoll zu entnehmen.

Folgender entscheidungswesentliche Sachverhalt wurde festgestellt:

Die Stadt Wien hat im Jahr 2002 durch die Magistratsabteilung 11, diese vertreten durch die Magistratsabteilung 24, nach dem damaligen Wiener Landesvergabegesetz ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines als Lieferauftrag bezeichneten Auftrags nach dem Bestbieterprinzip geführt. Die Ausschreibung wurde EU-weit bekannt gemacht (Im Vergabeakt sind diesbezüglich sowohl die Absendung an das Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften als auch die Veröffentlichung dokumentiert). Leistungsgegenstand war die „Lieferung“ von Fertigménüs für das Mittagessen.

Der Leistungsinhalt umfasste die Herstellung, den Transport und die Lieferung der Speisen (Punkt 2.1 der Leistungsbeschreibung betreffend allgemeine Anforderungen). Die Herstellung der Speisen war somit Teil der zu erbringenden Leistung.

Die Antragsgegnerin hat durch die damalige Magistratsabteilung 11A der damaligen B. GmbH den Zuschlag auf deren Alternativangebot erteilt.

Zum wesentlichen Vertragsinhalt werden folgende weiteren Feststellungen getroffen:

Die Feststellungen sind dem im Jahr 2002 schriftlich abgeschlossenen Vertrag entnommen und beziehen sich, soweit die Vergangenheitsform verwendet wird, auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, und, soweit die Gegenwartsform verwendet wird und nicht Gegenteiliges angegeben ist, auf den Zeitraum von Vertragsschluss bis zur Antragstellung. Über die Ausführungsphase des Vertrages sind an Unterlagen lediglich die Beträge des jährlichen Entgeltes für den Auftrag, der von der Teilnahmeberechtigten vorgelegte Spaltungs- und Übernahmevertrag sowie die von Amts wegen hergestellten Firmenbuch- und Gewerberegisterauszüge vorhanden. Hingegen sind der Inhalt des ursprünglich geschlossenen Vertrages und der Inhalt und Verlauf des Vergabeverfahrens im Vergabeakt wesentlich umfangreicher dokumentiert. Die Antragsgegnerin und die Teilnahmeberechtigte haben sich in weiten Bereichen hauptsächlich darauf beschränkt, das Sachverhaltsvorbringen betreffend der vorgebrachten Änderungen des Vertrages in der Ausführungsphase zu bestreiten und sowohl das von der Antragstellerin herangezogene Datenmaterial für irrelevant als auch die daraus gezogenen Schlüsse für nicht nachvollziehbar zu erklären, ohne aber selbst ein diesbezüglich nachvollziehbares Datenmaterial in Form einer schriftlichen Dokumentation vorzulegen. Das Verwaltungsgericht konnte daher auf der Grundlage der verfügbaren Daten – soweit nicht ausdrücklich anders angegeben - nicht nachvollziehen, welche Änderungen des Vertrages während der Abwicklungsphase tatsächlich erfolgt sind und wann diese jeweils eingetreten sind. Das Verwaltungsgericht ist daher – soweit nicht ausdrücklich anders angegeben - davon ausgegangen, dass die von der Antragstellerin vorgebrachten Änderungen des Vertrages in dem Ausmaß, in dem diese vorgebracht und nicht durch Fakten widerlegt wurden, auch tatsächlich eingetreten sind. Die Beweislast, dass diese Änderungen nicht eingetreten sind, liegt im Hinblick auf die die Antragsgegnerin treffenden Transparenzpflichten sowie im Hinblick darauf, dass die Antragstellerin keinen Zugang zu den relevanten Daten hat (die Antragsgegnerin hat diesbezüglich das Vorliegen von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen geltend gemacht) bei der Antragsgegnerin und allenfalls

auch bei der Teilnahmeberechtigten. Das weitgehende Fehlen einer Dokumentation über die Ausführungsphase des Vertrages musste daher dazu führen, dass vom Vorbringen der Antragstellerin – soweit diesem nicht ausnahmsweise die Dokumentation der Vorgänge im Akt entgegenstand – auszugehen war.

Leistungsgegenstand des abgeschlossenen Vertrages war die Versorgung mit Mittagessen (zweigängige Menüs) für rund 30.000 Kinder an etwa 370 Standorten (damals 502 Küchen als Anlieferstellen). Zu versorgen waren Krippen mit etwa 5.000 Kindern im Alter von 0 bis 3 Jahren, Kindergärten mit etwa 15.000 Kindern im Alter von 3 bis 6 Jahren und Horte mit etwa 10.000 Kindern im Alter von 6 bis 14 Jahren.

Die allgemeinen Anforderungen bestanden darin, dass die Speisen alters- und entwicklungsgerecht für die jeweilige Altersstufe (Krippe, Kindergarten, Hort) zusammengestellt sein und modernen, ernährungsphysiologischen Gesichtspunkten entsprechen müssen. Bei Herstellung und Transport der Speisen sind die aktuellen hygienischen und technologischen Standards einzuhalten und im Rahmen evaluierter Eigenkontrollsysteme zu dokumentieren. Dabei ist auf eine nachhaltige ökologische Wirtschaftsweise in allen Stufen der Wertschöpfung zu achten. Es ist ein festgelegter – innerhalb der Vertragslaufzeit zu steigender – Mindestanteil an Produkten aus biologischer Erzeugung einzuhalten. Bei der Zusammenstellung der Kostformen ist auf die Essgewohnheiten bzw. Verbrauchserwartungen von durchschnittlichen Kindern im Großraum Wien Bedacht zu nehmen.

Das Speisenangebot hat getrennt für Krippe, Kindergarten und Hort zu erfolgen. Es hat aus folgenden Kostformen zu bestehen:

- „Menü Standard“
- „Menü ohne Schweinefleisch“
- „Menü fleischlos“
- Zwei Wahlmenüs je Woche als Alternative zu einzelnen Tagesangeboten der Kostformen „Menü Standard“ und „Menü ohne Schweinefleisch“



Die Kostformen „Menü Standard“, „Menü ohne Schweinefleisch“ und „Menü fleischlos“ haben dabei jeweils zumindest einmal pro Woche folgende Komponenten zu enthalten:

- Fleisch
- Gemüse
- Fisch
- Teigwaren oder Reis
- Süßspeise

Für die Kostform „Menü fleischlos“ entfällt die Komponente Fleisch.

Die Zusammensetzung der Gänge ist für Krippe einerseits sowie für Kindergarten und Hort andererseits gesondert geregelt. Dabei ist jeweils festgelegt, dass die Menüs zweigängig sind und aus jeweils einer Hauptspeise sowie einer Vorspeise (bei Krippen an 3 von 5 Tagen, bei Kindergarten und Hort an 2 von 5 Tagen) bzw. einem Dessert (bei Krippen an 2 von 5 Tagen, bei Kindergarten und Hort an 3 von 5 Tagen) zu bestehen hat. Weiters ist festgelegt, welche Zusammensetzungen bei den einzelnen Komponenten jeweils zu berücksichtigen sind, und zwar nach Gruppen von Nahrungsmitteln (z.B. „Obst (frisch, Kompott, Fruchtsalat)“ oder „Milchprodukte“).

Zu den Preisen ist festgelegt, dass für alle Kostformen jeweils ein Einheitspreis anzubieten ist. Diese Preise gelten im ersten Jahr als Festpreise und sind danach nach dem Verbraucherpreisindex 1996 wertgesichert.

Als Vertragsgrundlage waren jeweils Speisepläne für einzelne Gruppen und Menüs anzuschließen. In den Speiseplänen waren die täglich erreichten Nährwerte, die Einheiten an Eiweiß, Fett und Kohlehydraten, die Broteinheiten für Diabetiker, die Gewichtsanteile der wertbestimmenden Menübestandteile und die Angaben betreffend biologische Menübestandteile anzugeben. In den Speiseplänen war eine höchstmögliche Vielfalt an Hauptspeisen anzustreben.

Im Vertrag ist eine Anpassung der Speisepläne dahingehend vorgesehen, dass die Speisepläne zur Sicherstellung der Akzeptanz der Speisen durch die Kunden von der Auftraggeberin regelmäßig zu überarbeiten sind. Zu diesem Zweck sind

vom Auftragnehmer längstens zum 1.6. und 1.12. eines jeden Jahres überarbeitete Speisepläne vorzulegen, die der Zustimmung der Auftraggeberin bedürfen.

Für die Bestellung ist ein System anzubieten, welches für das einzelne Kindertagesheim mit möglichst geringem bürokratischen Aufwand verbunden ist.

Zu den Liefermengen ist festgehalten, dass die Höhe der Bestellungen vom tatsächlichen Bedarf abhängt und daher von der Auftraggeberin für den Jahresverlauf nicht im Vorhinein genau bekannt gegeben werden kann. Beispielhaft ist die Nachfragestruktur für das Jahr 2000 angeführt, worin Prozentsätze für die Verminderung der Bestellmengen für Wochen mit Feiertagen, Semesterferien, Ostern, Sommerferien und die beiden Weihnachtswochen angegeben sind.

Weiters ist angegeben, dass im Jahr 2001 der Anteil für das „Menü Standard“ etwa 60% und der Anteil für das „Menü ohne Schweinefleisch“ etwa 40% betragen hat, während der Anteil für das „Menü fleischlos“ marginal gewesen ist.

Dazu ist festgehalten, dass der Auftragnehmer verpflichtet ist, ungeachtet von jahreszeitlichen Bedarfsschwankungen, von Schwankungen aufgrund von Änderungen bei der Anzahl und der Größe von Standorten und von Schwankungen im Verhältnis der Liefermengen der einzelnen Kostformen zueinander alle Bedingungen des Angebotes einzuhalten.

Zur Vertragsdauer ist Folgendes festgehalten:

„Die Vertragsdauer beträgt 5 Jahre.

Der Vertrag verlängert sich automatisch um 1 weiteres Jahr, wenn nicht vor Ablauf der Kündigungsfrist von einem der beiden Vertragspartner gekündigt wird. Der Vertrag kann von jeder der beiden Vertragspartner ohne Angabe von Gründen unter Einhaltung einer 1-jährigen Kündigungsfrist gekündigt werden.“

Die Zuschlagsempfängerin hat für die drei Leistungsgruppen Krippe, Kindergarten und Hort jeweils einen Einheitspreis pro Mittagessen angeboten.

Eine Differenzierung der Preise nach den Menüformen „Menü Standard“, „Menü ohne Schweinefleisch“ und „Menü fleischlos“ erfolgte nicht.

Betreffend die Ausführungsphase hat die Antragsgegnerin Buchhaltungsunterlagen für den Zeitraum ab dem Jahr 2012 bis laufend vorgelegt. Aus diesen geht hervor, dass die jährlichen Ausgaben für die Essensversorgung im Jahr 2012 den höchsten Stand des Auswertungszeitraumes hatten und seitdem um etwa 10 bis 20 % unter dem Wert des Jahres 2012 liegen.

Die Antragstellerin verfügt über folgende Gewerbeberechtigungen:

- Gastgewerbe in der Betriebsart Imbissstube mit dem Gewerbestandort Wien, S.-gasse (GISA-Zahl: ...).
- Handelsgewerbe mit Ausnahme der reglementierten Handelsgewerbe und Handelsagent mit dem Gewerbestandort Wien, S.-gasse (GISA-Zahl: ...).

Aktuelle Auftragnehmerin ist die C. GmbH (FN ...). Diese verfügt neben anderen Gewerbeberechtigungen über eine Befugnis für das Gastgewerbe in der Betriebsart einer Lieferküche mit dem Standort Wien, O.-Straße (GISA-Zahl ...).

Aus dem Firmenbuchauszug der ehemaligen B. GmbH (FN ...) ist zu entnehmen, dass diese in D. GmbH umbenannt wurde und mit Spaltungs- und Übernahmevertrag vom 20.6.2006 der Betrieb „G.“ von der (nunmehrigen) B. GmbH abgespalten und an die damalige F. GmbH übertragen wurde. Diese Umgründung (Spaltung) wurde am 8.8.2006 zur Eintragung im Firmenbuch bei der D. GmbH eingereicht und am 28.7.2006 bei dieser Gesellschaft im Firmenbuch eingetragen.

Aus dem Firmenbuchauszug der ehemaligen F. GmbH (FN ...) ist zu entnehmen, dass diese in C. GmbH umbenannt wurde und auf Grund des Spaltungs- und Übernahmevertrages vom 20.6.2006 den Betrieb „G.“ von der (nunmehrigen) B. GmbH übernommen hat. Die Übernahme dieses Betriebs wurde am 28.7.2006 bei der (nunmehrigen) C. GmbH zur Eintragung im Firmenbuch eingereicht und am 8.8.2006 bei dieser Gesellschaft eingetragen.

Darüber hinaus hat die Teilnahmeberechtigte durch Vorlage des Spaltungs- und Übernahmevertrages zwischen der B. GmbH und der F. GmbH vom 20.6.2006, nachgewiesen, dass mit dem Betrieb „G.“ neben anderen ausdrücklich aufgelisteten Verträgen auch der verfahrensgegenständliche Vertrag über die Belieferung der Kindergärten der Stadt Wien, die dazugehörigen Gewerbeberechtigungen, das dazugehörige Personal und die dazugehörigen Ressourcen übertragen wurden. Ob die übernehmende Gesellschaft mit der Übernahme auch über die ausschreibungsgegenständlichen Referenzen verfügt hat, geht aus der Aktenlage nicht hervor.

Im Einzelnen wird zum Antragsvorbringen Folgendes festgestellt:

1. Interesse am Vertragsschluss: Die Antragstellerin verfügt unter anderem über eine Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe in der Betriebsart einer Imbissstube und ist mit dieser Betriebsart als Lieferküche tätig, wobei die Tätigkeit als Lieferküche ihr zentrales Geschäftsfeld ist.

2. Verschiebung der Menüs:

a) Im Jahr 2001 hatten das „Menü Standard“ einen Anteil von etwa 60 %, das „Menü ohne Schweinefleisch“ einen Anteil von etwa 40 % und der Anteil des „Menüs fleischlos“ war marginal. Dieses Verhältnis hat sich über die Vertragslaufzeit kontinuierlich dahingehend verschoben, dass der Anteil des „Menüs Standard“ auf 12 % gesunken, der Anteil des „Menüs ohne Schweinefleisch“ auf 85 % und der Anteil des „Menüs fleischlos“ auf 3 % gestiegen ist. Dies wurde insbesondere deswegen als erwiesen angenommen, weil weder aus dem Vergabeakt noch aus dem Vorbringen der Antragsgegnerin und der Teilnahmeberechtigten Gegenteiliges substantiiert hervorgeht.

Für die drei genannten Menüs gilt jeweils der gleiche Einheitspreis. Eine Verschiebung des Verhältnisses dieser Menüs zueinander hat daher keine Auswirkungen auf den Preis.

Auf der Kostenseite bestehen keine relevanten Unterschiede zwischen diesen drei Menüs. Dies ist darin begründet, dass alle drei Menülinien so abstrakt und flexibel festgelegt sind, dass keine dieser Menülinien im Vergleich zu den

anderen Menülinien als kostenmäßig aufwändiger oder weniger aufwendig festgestellt werden kann.

b) Die Antragstellerin bringt vor, dass der Auftragswert während der Vertragslaufzeit um 51% angestiegen sei. Die Zahl der Menüs habe während der Vertragslaufzeit zugenommen und liege über der im Auftrag festgelegten Anzahl.

Dazu ist festzustellen, dass der Auftragswert während der Vertragslaufzeit nicht zugenommen hat. Aus dem Vergabeakt und insbesondere aus der darin enthaltenen Auswertung der Budgetdaten der Antragsgegnerin geht hervor, dass der Auftragswert seit dem Jahr 2012 ungefähr stagniert und kontinuierlich unter dem Wert für das Jahr 2012 bleibt. Auch steht als erwiesen fest, dass die im Auftrag festgehaltene Maximalzahl von 30.000 Mittagsmenüs pro Tag im Jahresschnitt regelmäßig unterschritten wird und dass die Zahl der Kinder, die mit Mittagessen versorgt werden, über die Vertragslaufzeit leicht rückläufig ist.

Die von der Antragstellerin herangezogenen statistischen Daten haben insoweit einen falschen Eindruck erweckt, als in diesen statistischen Daten auch private Kinderbetreuungseinrichtungen sowie halbtags betreute Kinder berücksichtigt sind und der Anteil sowohl der privaten Kinderbetreuungseinrichtungen als auch der halbtags betreuten Kinder während der Vertragslaufzeit kontinuierlich zugenommen hat.

Die gegenständliche, von der Antragstellerin argumentierte wesentliche Änderung im Sinne einer Ausweitung der Essensversorgung liegt daher nicht vor.

c) Die Antragstellerin bringt vor, dass der ursprüngliche Auftrag nicht europaweit ausgeschrieben worden sei. Dazu genügt es festzuhalten, dass sich die erfolgte europaweite Ausschreibung des ursprünglichen Auftrages aus dem vorgelegten Vergabeakt ergibt.

d) Die Antragstellerin bringt vor, dass die Menüs im Laufe der Zeit kontinuierlich angepasst worden sind.

Dazu ist festzustellen, dass im Auftrag festgelegt ist, dass die Auftragnehmerin zweimal pro Jahr überarbeitete Menüpläne vorzulegen hat und diese mit der

Auftraggeberin abzustimmen sind, sowie dass die jeweils aktuellen Erkenntnisse der Ernährungswissenschaft zu berücksichtigen sind. Das Vorbringen der Antragstellerin, dass die Menüpläne über die Vertragslaufzeit hindurch kontinuierlich weiterentwickelt worden sind, trifft daher zu und ist im Auftrag so vereinbart.

e) Die Antragstellerin bringt vor, dass sich seit dem Vertragsabschluss die Standorte laufend geändert hätten.

Dazu wird festgestellt, dass im Vertrag eine laufende Änderung sowohl der Standorte als auch der zu beliefernden Küchen vorgesehen ist. Die von der Antragstellerin argumentierte laufende Änderung der Standorte wurde mangels gegenteiliger Anhaltspunkte aus dem Vergabeakt und aus den von den Verfahrensparteien vorgelegten Unterlagen als erwiesen angenommen.

f) Die Antragstellerin hat vorgebracht, dass sich während der mittlerweile mehr als 15-jährigen Vertragslaufzeit der Anbietermarkt wesentlich verändert habe.

Dazu ist festzustellen, dass im Gastgewerbe allgemein eine vergleichsweise große Fluktuation der Anbieter besteht und 15 Jahre ein im Wirtschaftsleben verhältnismäßig langer Zeitraum sind. Die von der Antragstellerin vorgebrachte wesentliche Änderung des Anbietermarktes ist insoweit plausibel und wurde im Zweifel der weiteren Beurteilung als gegeben zu Grunde gelegt.

g) Änderung des Bestellsystems: Die Antragstellerin hat mit Replik vom 9.4.2017 erstmals vorgebracht, dass gemäß Punkt 4.2.1 des Liefervertrages für die Bestellung ein System anzubieten sei, das für das Kindertagesheim mit möglichst geringem bürokratischen Aufwand verbunden ist. Die Antragstellerin gehe begründet davon aus, dass das angebotene Bestellsystem im Laufe der letzten 16 Jahre dem Stand der Technik angepasst worden und damit eine wesentliche Leistungsänderung erfolgt sei.

Dazu geht der Senat mangels Nachvollziehbarkeit eines gegenteiligen Sachverhaltes aus dem Vergabeakt davon aus, dass das ursprünglich angebotene Bestellsystem während der mehr als 15-jährigen Vertragslaufzeit kontinuierlich weiterentwickelt und an den jeweiligen Stand der Technik

angepasst wurde. Auf Grund des zwischenzeitigen technischen Fortschrittes entspricht es der Lebenserfahrung und wird davon ausgegangen, dass die laufende Weiterentwicklung des Bestellsystems zu laufenden Verbesserungen sowohl für den Auftraggeber als auch für den Auftragnehmer geführt hat. Weiters wird festgestellt, dass der hauptsächliche Leistungsgegenstand die Essenslieferung im Sinne von Herstellung und Lieferung ist und es sich beim Bestellsystem um eine sogenannte „Nebenleistung“ im wirtschaftlichen Sinn handelt, der als unterstützende Tätigkeit – vergleichbar der Abrechnung – unterstützende Funktion zukommt. Es wird weiters festgestellt, dass die Qualität des Bestellsystems im Vergabeverfahren kein Zuschlagskriterium war.

In rechtlicher Hinsicht hat der Senat erwogen:

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin und hat mit Schreiben vom 16.9.2002 an die B. GmbH einen Auftrag vergeben, der die Versorgung von Kinderkrippen, Kindergärten und Horten der Antragsgegnerin mit Mittagessen für Kinder bzw. Schüler mit Leistungsbeginn 2.1.2003 zum Gegenstand hat. Die Antragsgegnerin hat diesen Auftrag als Lieferauftrag bezeichnet und ausgeschrieben.

Die Antragstellerin argumentiert in ihrem Antrag im Wesentlichen, es würden verschiedene nachträgliche Vertragsänderungen vorliegen, welche gegen Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU vom 26.2.2014 verstoßen. Da Österreich mit der Umsetzung dieser Bestimmung in Verzug sei, sei diese unmittelbar anwendbar.

Dazu hat das Verwaltungsgericht zunächst erwogen, dass die Einstufung des Auftragsgegenstandes als Lieferung, Dienstleistung oder Bauleistung eine Rechtsfrage ist und sich aus dem Leistungsgegenstand ergibt. Der Bezeichnung als Lieferauftrag durch den Auftraggeber kommt insoweit keine Bestandsfestigkeit zu, als ein Dienstleistungsauftrag durch seine Bezeichnung als Lieferauftrag nicht zu einem Lieferauftrag wird. Dies geht bereits daraus hervor, dass die ständige Rechtsprechung der Vergabekontrollinstanzen zu Abgrenzungsfragen zwischen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen obsolet wäre, wenn die Zuordnung des Auftraggebers zu einer dieser Kategorien bestandsfest würde.

Gemäß Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU stellen unter anderen folgenden Leistungen Dienstleistungen nach Artikel 74 der Richtlinie 2014/24/EU dar (die Zahlen bezeichnen jeweils den CPV-Code):

„55100000-1 bis 55410000-7; 55521000-8 bis 55521200-0 [55521000-8 Verpflegungsdienste für Privathaushalte, 55521100-9 Essen auf Rädern, 55521200-0 Auslieferung von Mahlzeiten] 55520000-1 Verpflegungsdienste, 55522000-5 Verpflegungsdienste für Transportunternehmen, 55523000-2 Verpflegungsdienste für sonstige Unternehmen oder andere Einrichtungen, 55524000-9 Verpflegungsdienste für Schulen 55510000-8 Dienstleistungen von Kantinen, 55511000-5 Dienstleistungen von Kantinen und anderen nicht öffentlichen Cafeterias, 55512000-2 Betrieb von Kantinen, 55523100-3 Auslieferung von Schulmahlzeiten.“

Die hier aufgelisteten Leistungen umfassen Leistungen der Gastronomie in den angeführten Bereichen, im Gegensatz zu Leistungen des Lebensmittelhandels. Im Anfall liegen Leistungen der Gastronomie und nicht etwa des Lebensmittelhandels vor, weil der Leistungsinhalt die frische Zubereitung der Speisen umfasst und die Speisen weiters für die sofortige Konsumation am Bestimmungsort bestimmt sind. Dem entspricht auch, dass nach übereinstimmender – und rechtlich zutreffender – Einschätzung sämtlicher Parteien des Feststellungsverfahrens für den Auftrag eine einschlägige Berechtigung für Gastronomie erforderlich ist und es sich nicht um einen an Handelsgewerbetreibende gerichteten Auftrag handelt. Insbesondere CPV 55521200-0 Auslieferung von Mahlzeiten ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes einschlägig, wobei die genaue Abgrenzung zu CPV 55520000-1 Verpflegungsdienste, CPV 55523000-2 Verpflegungsdienste für sonstige Unternehmen oder andere Einrichtungen, CPV 55524000-9 Verpflegungsdienste für Schulen und CPV 55523100-3 Auslieferung von Schulmahlzeiten dahingestellt bleiben kann, weil es für den Anfall ohne rechtliche Relevanz ist, zu welcher von diesen angeführten Besonderen Dienstleistungen die gegenständliche Verpflegung von Kindergärten mit Mittagessen zuzuordnen ist.

Die Versorgung mit frisch hergestelltem und zur sofortigen Konsumation bestimmtem Essen durch Unternehmen der Gastronomie ist jedoch eine Dienstleistung und nicht eine Lieferleistung. Es handelt sich hierbei bei zutreffender rechtlicher Beurteilung um Dienstleistungen im Sinne des Anhanges



XIV der Richtlinie 2014/24/EU, welche durch die irrtümliche Bezeichnung als Lieferauftrag in der Ausschreibung nicht zu einem Lieferauftrag werden.

Die Art. 74 bis 77 der Richtlinie 2014/24/EU regeln abschließend, welche Bestimmungen auf die Vergabe von Besonderen Dienstleistungen im Sinne des Art. 74 der Richtlinie 2014/24/EU anzuwenden sind. Die von der Antragstellerin geltend gemachte Bestimmung des Art. 72 Richtlinie 2014/24/EU ist in den Art. 74 bis 77 Richtlinie 2014/24/EU nicht angeführt und folglich auf Besondere Dienstleistungen auch nicht unmittelbar anzuwenden.

Zur bisherigen Rechtsprechung des EuGH betreffend nachträgliche Vertragsänderungen genügt es an dieser Stelle, festzuhalten, dass diese Rechtsprechung durch die Richtlinie 2014/24/EU weiterentwickelt und kodifiziert wurde. Da die Umsetzungsfrist für die Richtlinie 2014/24/EU abgelaufen ist, ist für die Frage, ob eine nachträgliche Vertragsänderung europarechtlich zulässig ist, die Richtlinie 2014/24/EU maßgeblich. Darüber hinaus hat die bisherige Rechtsprechung des EuGH zur Frage der Zulässigkeit von nachträglichen Vertragsänderungen weder die damaligen nicht prioritären Dienstleistungen noch die nunmehrigen Besonderen Dienstleistungen betroffen, weshalb aus dieser Rechtsprechung für die Frage der nachträglichen Änderung von Verträgen über Besondere Dienstleistungen für die Antragstellerin nichts gewonnen ist.

Der EuGH hat im Erkenntnis vom 19.4.2018, C-65/17, Oftalma Hospital Srl, betreffend nicht prioritäre Dienstleistungen der Augenheilkunde erkannt, dass für die dort verfahrensgegenständlichen Dienstleistungen ausschließlich die Art. 14 bis 16 der damaligen Richtlinie 92/50/EWG gelten und etwa die Vergabegrundsätze des AEUV sowie andere, nicht angeführte Bestimmungen der Richtlinie 92/50/EWG nicht gelten, soweit nicht ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse nachgewiesen ist. Dieses Erkenntnis ist nach Ansicht des Senates auf den gegenständlichen Fall sinngemäß übertragbar. Solange ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse nicht konkret nachgewiesen ist, kommen europarechtlich die Vergabegrundsätze des AEUV nicht zum Tragen und kann aus diesen ein etwaiges, dem Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU sinngemäß entsprechendes, Verbot wesentlicher nachträglicher Vertragsänderungen nicht abgeleitet werden. Auch kann die Liste der auf Besondere Dienstleistungen anzuwendenden Bestimmungen der Richtlinie

2014/24/EU nicht interpretativ um den Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU erweitert werden.

Die Anforderungen an den Nachweis des Vorliegens eines eindeutigen grenzüberschreitenden Interesses sind nach ständiger Rechtsprechung des EuGH streng auszulegen (vgl. zuletzt EuGH 19.4.2018, C-65/17, Oftalma Hospital Srl). Die bloße Absicht eines inländischen Unternehmers, einen Unternehmer aus einem anderen EU-Mitgliedstaat als Subunternehmer oder als Mitglied einer Bietergemeinschaft heranzuziehen, reicht für den Nachweis des Vorliegens eines eindeutigen grenzüberschreitenden Interesses nicht aus. Im Anlassfall handelt es sich – unbestritten – bei der ursprünglichen und bei der gegenwärtigen Auftragnehmerin sowie bei der Antragstellerin um in Österreich niedergelassene Unternehmen und kommt ein gewisser grenzüberschreitender Aspekt lediglich allenfalls dadurch zu Stande, dass die Antragstellerin die unterstützende Beziehung eines Partners oder von Partnern aus anderen EU-Mitgliedstaaten in Form entweder einer Bietergemeinschaft oder als Subunternehmer beabsichtigt.

Die von der Antragstellerin zum Nachweis dieses Vorbringens beantragte Einvernahme des mit dieser Angelegenheit näher befassten Geschäftsführers der Antragstellerin war nicht erforderlich, weil bereits durch die Urteile des EuGH in den Rechtssachen An Post (C-507/03), SECAP (C-147/06 und C-148/06) und Strong Seguranca (C-412/04) klargestellt ist, dass es für den Nachweis eines eindeutigen grenzüberschreitenden Interesses nicht ausreicht, wenn der nachgewiesene grenzüberschreitende Aspekt lediglich darin besteht, dass die inländische Antragstellerin plant, Subunternehmer oder Partner aus anderen EU-Mitgliedstaaten beizuziehen. Diese Auslegung der EuGH-Rechtsprechung zum Nachweis eines eindeutigen grenzüberschreitenden Interesses wird auch in der Literatur von führenden Experten des europäischen Vergaberechts bestätigt (vgl. näher Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement I*, 3. Auflage, Randzahlen 4-13 ff mwN). Das Vorliegen eines eindeutigen grenzüberschreitenden Interesses vermochte die Antragstellerin daher selbst unter der Annahme nicht nachweisen, dass sie die Richtigkeit ihres Vorbringens, Unternehmer aus anderen EU-Mitgliedstaaten als Subunternehmer oder als Partner einer Bietergemeinschaft konkret vorgesehen hat, durch die von ihr beantragte Einvernahme ihres informierten Vertreters unter Beweis gestellt hätte.

Die Argumentation der Antragstellerin, dass Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU mangels zeitgerechter Umsetzung in Österreich unmittelbar anwendbar sei, geht damit für den Anlassfall des Vorliegens einer Besonderen Dienstleistung ins Leere. Auch wenn Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU mangels zeitgerechter Umsetzung durch das bereits beschlossene BVergG 2018 grundsätzlich unmittelbar anwendbar sein mag, so trifft das auf Besondere Dienstleistungen gerade nicht zu.

Die Antragstellerin vermag ihre Rechtsansicht, dass die Zulässigkeit von nachträglichen Vertragsänderungen nach den Kriterien des Art. 72 Richtlinie 2014/24/EU bzw. nach den Vergabegrundsätzen der Transparenz und der Bietergleichbehandlung zu beurteilen sind, auch nicht auf Art. 76 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU zu stützen. Zwar sieht diese Bestimmung vor, dass die Mitgliedstaaten innerstaatliche Regelungen zu treffen haben, „um sicherzustellen, dass die öffentlichen Auftraggeber die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer einhalten“. Die Bestimmung räumt den Mitgliedstaaten dabei jedoch einen weiten Umsetzungsspielraum ein, durch welchen dem sensiblen Charakter der Besonderen Dienstleistungen Rechnung getragen wird (Erwägungsgrund 114 der Richtlinie 2014/24/EU sowie Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement I*, 3. Auflage, Randzahl 6-45 mwN). Der innerstaatliche Gesetzgeber ist daher keinesfalls gehalten, für Besondere Dienstleistungen einen dem Art. 72 Richtlinie 2014/24/EU entsprechenden Regelungsinhalt zu treffen, sondern kann auch andere und dem sensiblen Charakter der Besonderen Dienstleistung entsprechend weniger weitgehende Regelungen für nachträgliche Vertragsänderungen treffen. Von einer unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 76 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU konnte daher im Hinblick auf den weiten Umsetzungsspielraum dieser Bestimmung nicht ausgegangen werden. Diese Bestimmung ist für ihre unmittelbare Anwendbarkeit nicht ausreichend konkret, weil sie diesen weiten Umsetzungsspielraum eröffnet.

Darüber hinaus geht das Verwaltungsgericht davon aus, dass selbst dann, wenn die Kriterien des Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU auf Besondere Dienstleistungen und damit auf den Anlassfall anzuwenden sein sollten, beispielsweise wegen Vorliegens eines nachgewiesenen eindeutigen grenzüberschreitenden Interesses oder wegen einer innerstaatlichen gesetzgeberischen Maßnahme, die Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU auch für

Besondere Dienstleistungen in Kraft setzt, die Kriterien für die Zulässigkeit nachträglicher Vertragsänderungen dennoch für Besondere Dienstleistungen auf Grund des in Erwägungsgrund 114 der Richtlinie 2014/24/EU angeführten sensiblen Charakters dieser Gruppe von Dienstleistungen flexibler ausgelegt werden müsste als bei sonstigen Aufträgen. So wäre etwa das Erfordernis des Art. 72 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 2014/24/EU, wonach Vertragsänderungen nur dann auf eine Änderungsklausel gestützt werden können, wenn diese eine „klar, präzise und eindeutig formulierte Überprüfungsklausel“ ist, auf den vom EuGH in der Rechtssache Oftalma Hospital Srl (C-65-17) behandelten Fall von Dienstleistungen der Augenheilkunde nicht übertragbar, weil ein solcher Vertrag auf Grund seines Charakters für den jeweiligen Stand der Medizin und den jeweiligen Bedarf der Patienten und damit auch für neue Methoden der Augenheilkunde zu gegebenenfalls auch neuen Preisen offen sein muss. Eine undifferenzierte Übertragung dieser Kriterien auf Dienstleistungen der Augenheilkunde würde dem spezifischen Charakter dieser Dienstleistungen nicht gerecht werden und dazu führen, dass längerfristige Aufträge über solche Dienstleistungen und damit eine gewisse Kontinuität nicht möglich wären.

Die Speisenversorgung gehört als Besondere Dienstleistung der gleichen Kategorie an wie die dem zit. Erkenntnis des EuGH zu Grunde liegenden Dienstleistungen der Augenheilkunde. Die Antragstellerin hat auch eine Reihe von Änderungen angesprochen, die mit dem Charakter der auftragsgegenständlichen Dienstleistung als Besondere Dienstleistung verbunden sind. Dazu zählt insbesondere die Tatsache, dass die Speisenpläne im Einvernehmen zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber zumindest zweimal jährlich überarbeitet und angepasst werden, dass die Speisepläne entsprechend dem sich ändernden Stand der Ernährungswissenschaft und den sich ändernden Erwartungen der Kinder anzupassen sind, dass sich das Verhältnis der Menülinien zueinander mengenmäßig verändert und dass die Zusammensetzung der Speisen insgesamt sehr flexibel gestaltet ist und für Abwechslung gesorgt sein soll. Auch den einschlägigen Erkenntnissen des EuGH zur Frage der Zulässigkeit von nachträglichen Vertragsänderungen lagen – soweit ersichtlich – weder Besondere Dienstleistungen noch die früheren nicht prioritären Dienstleistungen zu Grunde, sodass der EuGH die Frage, ob und bejahendenfalls in welchem Ausmaß und mit welchen Modifikationen die in der Rechtssache Priesetext (EuGH 19.06.2008, C-454/06) entwickelten Kriterien auf nicht prioritäre bzw. nunmehr auf

Besondere Dienstleistungen wie eben Dienstleistungen der Augenheilkunde oder Dienstleistungen der Essensversorgung übertragen werden können, noch nicht behandelt hat. Nach der vom Verwaltungsgericht vertretenen Rechtsansicht wäre eine Übertragbarkeit der vom EuGH in der Rechtssache Pressetext entwickelten Kriterien allenfalls nur mit Einschränkungen möglich, die dem sensiblen Charakter der Besonderen Dienstleistungen und dem damit oft einhergehenden besonderen Bedarf nach im Vergleich zu sonstigen Dienstleistungen weitergehenden Flexibilität gerecht werden.

Der Vollständigkeit halber ist rechtlich noch Folgendes auszuführen:

Die Antragstellerin verfügt den Feststellungen des Verwaltungsgerichtes zu Folge über eine Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe in der Betriebsart einer Imbissstube, nicht aber über eine Berechtigung für das Gastgewerbe in der Betriebsart einer Lieferküche. Die Betriebsart Imbissstube ist für den beabsichtigten Betrieb einer Lieferküche in dem auftragsgegenständlichen Umfang unzureichend. Allerdings genügt für eine Änderung der Betriebsart – etwa von Imbissstube auf Lieferküche – gemäß § 111 Abs. 5 GewO 1994 eine bloße Anzeige bei der Gewerbebehörde, und hat die Antragstellerin außerdem darauf hingewiesen, dass sie ihre bereits vorhandene Befugnis für das Gastgewerbe in der Betriebsart einer Imbissstube auch durch Beiziehung eines Partners oder Subunternehmers, der über eine Befugnis für das Gastgewerbe in der Betriebsart einer Lieferküche verfügt, ergänzen könnte. Die Antragslegitimation der Antragstellerin war aus diesen befugnisrechtlichen Erwägungen daher nicht zu verneinen.

Das Vorbringen der Antragstellerin, dass sich das Verhältnis der Menüs – „Standard“, „Ohne Schweinefleisch“ und „Fleischlos“ – zueinander wesentlich verschoben hat, wurde im Zweifel als zutreffend erachtet, zumal sich aus dem Vergabeakt nichts Gegenteiliges ergibt. Alle drei Menüs haben jedoch jeweils den gleichen Einheitspreis und sind jeweils so flexibel gestaltet, dass eine Verschiebung des Verhältnisses dieser Menüs zueinander keine kostenmäßigen Auswirkungen hat. Vor allem ist festzuhalten, dass der gegenständliche Auftrag die Möglichkeit der Änderung des Verhältnisses der Menülinien zueinander ausdrücklich vorsieht und diese Vertragsbestimmung auf Grund des Vorliegens einer Besonderen Dienstleistung im Sinne des Art 74 der Richtlinie 2014/24/EU

nicht an der Anforderung des Art. 72 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 2014/24/EU zu messen ist, als Vertragsänderungsklausel „klar, präzise und eindeutig“ sein zu müssen.

Zum Vorbringen der Antragstellerin, dass der Auftragswert während der Vertragslaufzeit erheblich angestiegen sei, genügt es festzuhalten, dass dieses Vorbringen unzutreffend ist. Aus den Jahressummen der im Zeitraum von 2012 bis 2017 bezahlten Entgelte für die gegenständliche Essensversorgung geht hervor, dass der Auftragswert stagniert bzw. bei inflationsbereinigter Beurteilung sogar leicht rückläufig ist.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, das ursprüngliche Vergabeverfahren sei nicht EU-weit bekannt gemacht worden, ist ihr entgegen zu halten, dass ihre Antragslegitimation die Frage der Rechtmäßigkeit des ursprünglichen Vergabeverfahrens nicht einschließt, zumal sie zum Zeitpunkt der Durchführung des ursprünglichen Vergabeverfahrens in den Jahren 2001 und 2002 noch nicht bestanden hat (sie wurde erst im Jahr 2013 gegründet) und folglich in den Jahren 2001 und 2002 auch keine Chance auf Erteilung des Zuschlags hatte. Darüber hinaus ist die ordnungsgemäße EU-weite Bekanntmachung der seinerzeitigen Ausschreibung im Vergabeakt dokumentiert und trifft das Vorbringen daher auch inhaltlich nicht zu.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass die Menüs im Einvernehmen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer kontinuierlich angepasst werden, so trifft dieses Vorbringen zu. Eine derartige Anpassung der Speisepläne erfolgt zweimal jährlich, was auch im Vertrag ausdrücklich vorgesehen ist. Das Ausmaß und der Umfang dieser laufenden Adaptierungen sind im Vergabeakt nicht dokumentiert. Die Antragstellerin argumentiert im Wesentlichen, dass der Auftrag ein vergaberechtlich unzulässig weites Ermessen für die einvernehmliche Adaptierung der Menüpläne vorsehe und eine Ausschöpfung dieses weiten Ermessens eine unzulässige Vertragsänderung im Sinne des Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU sei. Dieses Vorbringen geht ins Leere, weil Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU auf den gegenständlichen Auftrag nicht anzuwenden ist und sich die gegenständliche Vertragsklausel daher nicht an der Anforderung des Art. 72 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 2014/24/EU messen lassen muss, klar, präzise und eindeutig sein zu müssen.

Die Antragstellerin bringt weiters vor, die laufende Änderung der Standorte sei eine wesentliche Vertragsänderung. Bei einem Lieferauftrag sei nämlich wesentlicher Vertragsbestandteil, wohin die Lieferung zu erfolgen habe. Dem ist zunächst entgegen zu halten, dass die unzutreffende Einstufung der gegenständlichen gastronomischen Leistungen als Lieferauftrag nicht bestandsfest wurde, sondern zutreffender Weise von einem Dienstleistungsauftrag auszugehen ist, der für die Frage der Zulässigkeit von nachträglichen Vertragsänderungen nunmehr nach der Richtlinie 2014/24/EU als Besondere Dienstleistung einzustufen ist. Der Vertrag sieht ausdrücklich vor, dass sich die Standorte ändern können. Diese Vertragsklausel ist auf Grund des Vorliegens einer Besonderen Dienstleistung im Sinne des Art. 74 der Richtlinie 2014/24/EU nicht an der Anforderung des Art. 72 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 2014/24/EU zu messen, wonach Vertragsänderungsklauseln klar, präzise und eindeutig sein müssen.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass sich während der nunmehr mehr als 15-jährigen Vertragslaufzeit der Anbietermarkt maßgeblich geändert habe, so besteht nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes kein Anlass, diesem Vorbringen auf Sachverhaltsebene entgegen zu treten. Insbesondere haben weder die Antragsgegnerin noch die Teilnahmeberechtigte dazu ein Sachverhaltsvorbringen erstattet, welches dieses Vorbringen der Antragstellerin widerlegt oder zumindest als unplausibel erscheinen lässt. Es ist amtsbekannt, dass die Gastronomie insgesamt eine hohe Fluktuation der Unternehmen aufweist, es hat die Antragstellerin bei Durchführung der Vergabeverfahrens noch nicht bestanden und es ist auch die mittlerweile mehr als 15-jährige Vertragsdauer ein Indiz für eine Änderung des Anbietermarktes, die sich während der langen Vertragslaufzeit auf ein hohes Maß kumuliert hat. Es war daher zumindest im Zweifel zu Gunsten der Antragstellerin davon auszugehen, dass dieses Sachverhaltsvorbringen zutrifft. Auch hier ist jedoch darauf hinzuweisen, dass gegenständlich eine Besondere Dienstleistung im Sinne des Art. 74 der Richtlinie 2014/24/EU vorliegt und auf Besondere Dienstleistungen die Einschränkungen des Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU für nachträgliche Vertragsänderungen nicht anzuwenden sind. Ob Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU dahingehend auszulegen sind, dass allenfalls auch wesentliche Änderungen des Anbieterkreises über die Länge der Vertragsdauer als wesentliche Vertragsänderungen erfasst sind, kann dahingestellt bleiben, weil die genannte

Einschränkung der Zulässigkeit von nachträglichen Vertragsänderungen für Besondere Dienstleistungen insgesamt nicht gilt. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU wesentliche Änderungen des Anbietermarktes nicht als wesentliche Vertragsänderungen umfasst, und auch die „Presetext-Judikatur“ des EuGH (EuGH 19.06.2008, C-454/06, und Folgejudikatur) dies nicht tut. Nach dem aktuellen Stand der Judikatur des EuGH und der Richtlinie 2014/24/EU stellt daher eine wesentliche Änderung des Anbietermarktes keine wesentliche Vertragsänderung dar.

Die Ausführungen betreffend die wesentliche Änderung des Anbieterkreises gelten sinngemäß auch für das Vorbringen der Antragstellerin, die bisherige Vertragsdauer sei bereits übermäßig lang. Eine diesbezügliche Limitierung der Vertragsdauer kann dem BVergG 2006 selbst nicht entnommen werden und könnte sich daher allenfalls auf europarechtliche Grundlagen stützen. Wie bereits ausgeführt wurde, kommen dafür jedoch weder der AEUV noch die Richtlinie 2014/24/EU in Betracht.

Zum Vorbringen der Antragstellerin, der Auftrag sei mit maximal 6 Jahren befristet gewesen, ist zunächst festzuhalten, dass der objektive Erklärungswert der Regelung der Vertragsdauer im ursprünglichen Vertrag zweideutig ist. Wie die Antragsgegnerin zutreffend ausgeführt hat, bestehen gewisse Anhaltspunkte für ein Verständnis dahingehend, dass mit einer Verlängerung „um ein Jahr“ eine Verlängerung „um jeweils ein Jahr“ und damit eine unbefristete Vertragsdauer gemeint sein kann, zumal ein solches Verständnis besser mit der vorgesehenen Kündigungsmöglichkeit übereinstimmt. Auf der anderen Seite kann ein redlicher Bieter die Formulierung „Verlängerung um ein Jahr“ aber auch so verstehen, dass nur eine einmalige Verlängerung gemeint ist, zumal bei beiden Interpretationsmöglichkeiten in gleicher Weise der klärende Zusatz – „einmalige“ oder „jeweilige“ Verlängerung – fehlt. Auf das Verständnis der Bestimmung durch die Antragsgegnerin und durch die Auftragnehmerin kommt es nicht an, weil Vertragsbestimmungen im vergaberechtlichen Nachprüfungs- und Feststellungsverfahren nicht nach der Absicht der Parteien, sondern nach dem objektiven Erklärungswert auszulegen sind, zumal nur die letztere Auslegung sicherstellen kann, dass Vertragsbestimmungen im vergaberechtlichen Zusammenhang von allen Bietern in der gleichen Weise verstanden werden.



Aus einer etwaigen Auslegung dahingehend, dass der Vertrag nur einmalig um ein Jahr verlängert werden darf, ist jedoch für die Antragstellerin gegenständlich nichts gewonnen. In diesem Fall hätte der Vertrag mit 2.1.2009 nach sechsjähriger Vertragslaufzeit geendet. Die Verlängerung zunächst bis 2.1.2010 hätte in diesem Fall den konkludenten Erklärungswert, dass sich die Vertragsparteien von zwei möglichen Auslegungen der unklaren Regelung betreffend die Vertragslaufzeit für die andere Auslegungsmöglichkeit entschieden haben. Wenn daher der Vertrag bei Beginn seiner Laufzeit am 2.1.2003 noch nicht als unbefristeter Vertrag verstanden werden konnte, so war das spätestens mit 2.1.2009 der Fall. Wenn die Antragstellerin von einer jährlich neuerlich erfolgenden Direktvergabe ausgeht, so übersieht sie dabei, dass Beurteilungsgegenstand die tatsächliche nachträgliche Vertragsänderung ist. Die zweite Verlängerung um ein Jahr musste aber objektiv so verstanden werden, dass die Vertragsparteien die unklare Regelung der Vertragsdauer im Sinne einer unbefristeten Vertragsdauer mit Verlängerung um jeweils ein Jahr verstehen, und nicht etwa, dass sie nach Ablauf der Vertragsdauer eine Direktvergabe für ein Jahr durchführen wollten. Spätestens ab diesem Zeitpunkt war somit – wenn auch allenfalls mittels nachträglicher Vertragsänderung – präzisiert, dass ein unbefristeter Vertrag vorliegt.

Die Antragstellerin hat am 2.1.2009 noch nicht bestanden. Sie wurde erst im Jahr 2013 gegründet. Im Fall der Ausschreibung eines unbefristeten Vertrages im Jahr 2009 hätte die Antragstellerin daher keine Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt. Sie war bereits aus diesem Grund nicht legitimiert, eine am 2.1.2009 erfolgte wesentliche Vertragsänderung geltend zu machen.

Darüber hinaus hat am 2.1.2009 und zumindest bis 26.11.2015 gemäß § 36 Abs. 2 Einleitungssatz WVRG 2014 für Feststellungsanträge eine absolute Frist von sechs Monaten ab Zuschlagserteilung gegolten. Die Frage, ob diese absolute Frist nach Erlassung des Urteils des EuGH vom 26.11.2015, C-166/14, MedEval, in eine subjektive Frist umgedeutet werden kann, hat für den gegenständlichen Fall keine Bedeutung. Das Urteil des EuGH vom 26.11.2015, C-166/14, MedEval, wirkt nach Ansicht des Senates nicht zurück. Die mit 2.1.2009 erfolgte Präzisierung des Vertrages dahingehend, dass ein unbefristeter Vertrag gemeint und die Verlängerungsmöglichkeit daher im Sinne von „jeweils“ zu verstehen ist, ist daher jedenfalls im Jahr 2009 – nach erfolgtem Ablauf von sechs Monaten –

unanfechtbar geworden. Aus der Tatsache, dass die Antragstellerin zum Zeitpunkt des Laufes dieser objektiven Frist noch nicht bestanden hat, folgt nicht, dass für sie diese Frist erst nach ihrer Gründung zu laufen begonnen hätte.

Wenn die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vorbringt, dass sie im Fall einer Ausschreibung im Jahr 2009 bereits zu diesem Zeitpunkt durch ein früheres Unternehmen eine Chance auf Erhalt des Zuschlages gehabt hätte, und zum Beweis dafür die Einvernahme des informierten Vertreters der Antragstellerin beantragt, so ist ihr entgegen zu halten, dass es ihr bei Zutreffen dieses Vorbringens offen gestanden wäre, die Vertragsänderung im Jahr 2009 während des Laufes der sechsmonatigen Antragsfrist anzufechten und die Antragstellerin durch dieses Vorbringen lediglich den oben ausgeführten Tatbestand der Fristversäumnis untermauert.

Zur Frage des Wechsels des Auftragnehmers ist rechtlich auszuführen, dass die ursprüngliche Auftragnehmerin den Betriebsteil „G.“, dem die Ausführung des gegenständlichen Auftrages zugeordnet war, im Wege einer steuerrechtlichen und unternehmensrechtlichen Umgründung auf die nunmehrige Auftragnehmerin übertragen hat. Der mit der Speisenzubereitung und Speisenauslieferung befasste Betriebsteil wurde dabei mit dem zivilrechtlichen Vertrag, mit den Gewerbeberechtigungen sowie mit dem zugeordneten Personal und den Ressourcen auf die nunmehrige Auftragnehmerin übertragen. Dies wurde im gesellschaftsrechtlichen Vertrag über diese Umgründung dokumentiert und die Umgründung bei beiden Gesellschaften im Firmenbuch eingetragen. Der Umgründungsvertrag datiert vom 20.6.2006. Die Eintragung der Umgründung erfolgte bei beiden Gesellschaften jeweils im August 2006.

Wenn die Antragstellerin zu diesem Umgründungsvorgang vorbringt und näher ausführt, dass dieser einen unzulässigen Auftragnehmerwechsel darstellen würde, so ist sie neuerlich auf die objektive Frist des § 36 Abs. 2 Einleitungssatz WVRG 2014 zu verweisen. Ein diesbezüglicher Feststellungsantrag hätte längstens binnen sechs Monaten ab August 2006 eingebracht werden müssen. Wenn die Antragstellerin vorbringt, durch ein Vorgängerunternehmen bereits zu dieser Zeit im Fall einer Ausschreibung die Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt zu haben, so ist sie darauf zu verweisen, dass sie im Fall des Zutreffens ihres Vorbringens auch die Möglichkeit gehabt hätte, durch dieses

Vorgängerunternehmen innerhalb der sechsmonatigen Antragsfrist einen entsprechenden Feststellungsantrag einzubringen. Wie ausgeführt, können die Auswirkungen des Urteils des EuGH vom 26.11.2015, C-166/14, MedEval, auf diese Frist im gegenständlichen Fall unberücksichtigt bleiben, weil dieses Urteil nicht auf die Zeit vor seiner Erlassung zurückwirkt.

Auf die inhaltlichen Ausführungen der Antragstellerin, warum die gegenständliche Umgründung für eine Übertragung des Auftrages vom ursprünglichen Auftragnehmer auf den neuen Auftragnehmer nicht ausgereicht habe, war daher inhaltlich nicht einzugehen.

Zu den Beweisanträgen der Antragstellerin betreffend die Einvernahme ihres Geschäftsführers, Herrn K., als informierten Vertreter ist auszuführen, dass jeweils das Vorbringen, zu dessen Nachweis seine Einvernahme beantragt worden ist, ohnedies im Zweifel als erwiesen angenommen wurde. Durch die beantragte Einvernahme des Herrn K. als informierten Vertreter hätte daher kein für die Antragstellerin günstigerer Sachverhalt festgestellt werden können. Die Antragstellerin ist daher durch die nicht erfolgte Einvernahme des Herrn K. nicht beschwert.

Zu den Anträgen der Antragstellerin auf Gewährung von Akteneinsicht ist auszuführen, dass der Antragstellerin die jährlichen Auftragssummen in der mündlichen Verhandlung ohnedies in groben Beträgen mitgeteilt wurden und nicht ersichtlich ist, welche Daten die Antragstellerin allenfalls noch benötigt hätte, um ihre Rechte geltend zu machen.

Zum Vorbringen der Teilnahmeberechtigten, dass die Antragstellerin nicht ausreichend konkretisiert habe, welche nachträglichen Vertragsänderungen sie bekämpfe und wann diese erfolgt sein sollen, ist auszuführen, dass für die Antragstellerin diesbezügliche Informationen nicht zugänglich waren, diese außerdem von der Antragsgegnerin – soweit überhaupt im Vergabeakt dokumentiert – als Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse geltend gemacht wurden und daher von der Antragstellerin eine weitergehende Konkretisierung ihres Vorbringens nicht verlangt werden konnte und der Antragstellerin auch nicht zumutbar war.

Der Antrag war daher spruchgemäß abzuweisen.

Die Pauschalgebühren wurden von der Antragstellerin in der gesetzlich vorgesehenen Höhe entrichtet und sind gemäß §§ 15 und 16 WVRG 2014, da der Feststellungsantrag nicht erfolgreich war, von der Antragstellerin selbst zu tragen.

Die ordentliche Revision ist zulässig, da Rechtsprechung des VwGH zur Frage fehlt, ob und gegebenenfalls inwieweit Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU auf Besondere Dienstleistungen im Sinne des Art. 74 der Richtlinie 2014/24/EU anzuwenden ist. Die Frage der nachträglichen Vertragsänderungen bei Besonderen Dienstleistungen im Sinne des Art. 74 der Richtlinie 2014/24/EU wurde auch vom EuGH bisher nicht unmittelbar behandelt. Es fehlt insoweit Rechtsprechung sowohl des VwGH als auch des EuGH, das die hier entscheidungswesentlichen Rechtsfragen unmittelbar behandelt. Es liegt daher nach Einschätzung des Verwaltungsgerichtes eine grundsätzliche Rechtsfrage vor, die für die Entscheidung im Feststellungsverfahren wesentlich ist.

### B e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer ordentlichen 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 ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel zu entrichten.

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.

Dr.<sup>in</sup> Lettner