

TE Lvwg Erkenntnis 2020/11/10 VGW-123/077/7868/2020/E

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.11.2020

Entscheidungsdatum

10.11.2020

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

50/01 Gewerbeordnung

L72009 Beschaffung Vergabe Wien

Norm

BVergG 2006

GewO 1994 §32

GewO 1994 §154 Abs1

WVRG 2014 §15

WVRG 2014 §16

1. GewO 1994 § 32 heute
 2. GewO 1994 § 32 gültig ab 18.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
 3. GewO 1994 § 32 gültig von 15.01.2005 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
 4. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2003 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 48/2003
 5. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2002 bis 31.07.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
 6. GewO 1994 § 32 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
 7. GewO 1994 § 32 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997
-
1. GewO 1994 § 154 heute
 2. GewO 1994 § 154 gültig ab 27.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
 3. GewO 1994 § 154 gültig von 01.08.2003 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 48/2003
 4. GewO 1994 § 154 gültig von 01.08.2002 bis 31.07.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
 5. GewO 1994 § 154 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
 6. GewO 1994 § 154 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997

Anmerkung

VwGH v. 7.6.2022, Ra 2021/04/0014; Zurückweisung

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Drin Lettner als Vorsitzende, den Richter Dr. Oppel und die

Richterin Mag.a Mandl über den Antrag der A. HandelsgmbH, vertreten durch Rechtsanwälte OG, auf Feststellung betreffend das Vergabeverfahren „Verpflegung an öffentlichen Wiener Kindergärten“, Rechtswidrige Vergabe ohne vorherige Bekanntmachung, der Stadt Wien, Magistratsabteilung 10,

zu Recht e r k a n n t:

I. Dem Antrag vom 14.3.2018, präzisiert am 2.9.2020, festzustellen, dass die Lieferung von Fertigmenüs für das Mittagessen in Kindertagesheimen der Stadt Wien ab dem 2.1.2017, in eventu ab dem 2.1.2018 wegen eines Verstoßes gegen das BVergG bzw. der hierzu ergangenen Verordnungen bzw. unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, in eventu festzustellen, dass die Beauftragung der mitbeteiligten Partei mit der Lieferung von Fertigmenüs für das Mittagessen in Kindertagesheimen der Stadt Wien zum Zeitpunkt der letzten Vertragsverlängerung vor Einbringung des Feststellungsantrags am 14.3.2018 wegen eines Verstoßes gegen das BVergG bzw. der hierzu ergangenen Verordnungen bzw. unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, wird nicht stattgegeben. römisch eins. Dem Antrag vom 14.3.2018, präzisiert am 2.9.2020, festzustellen, dass die Lieferung von Fertigmenüs für das Mittagessen in Kindertagesheimen der Stadt Wien ab dem 2.1.2017, in eventu ab dem 2.1.2018 wegen eines Verstoßes gegen das BVergG bzw. der hierzu ergangenen Verordnungen bzw. unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, in eventu festzustellen, dass die Beauftragung der mitbeteiligten Partei mit der Lieferung von Fertigmenüs für das Mittagessen in Kindertagesheimen der Stadt Wien zum Zeitpunkt der letzten Vertragsverlängerung vor Einbringung des Feststellungsantrags am 14.3.2018 wegen eines Verstoßes gegen das BVergG bzw. der hierzu ergangenen Verordnungen bzw. unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, wird nicht stattgegeben.

II. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen römisch zwei. 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. römisch drei. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Paragraph 25 a, VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die Antragstellerin hat am 14.03.2018 beim Verwaltungsgericht Wien den Antrag eingebracht, festzustellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das BVergG bzw. die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht gemäß § 33 Abs. 1 Ziffer 2 WVRG 2014 rechtswidrig war. Dieser Antrag betrifft einen laufenden - jeweils verlängerten oder jeweils nicht gekündigten - Auftrag betreffend die „Lieferung“ von Fertigmenüs für das Mittagessen für die öffentlichen Kindergärten der Stadt Wien. Leistungsbeginn für die „Lieferung“ von Mittagessen war der 2.1.2003. Die Antragstellerin hat am 14.03.2018 beim Verwaltungsgericht Wien den Antrag eingebracht, festzustellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das BVergG bzw. die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht gemäß Paragraph 33, Absatz eins, Ziffer 2 WVRG 2014 rechtswidrig war. Dieser Antrag betrifft einen laufenden - jeweils verlängerten oder jeweils nicht gekündigten - Auftrag betreffend die „Lieferung“ von Fertigmenüs für das Mittagessen für die öffentlichen Kindergärten der Stadt Wien. Leistungsbeginn für die „Lieferung“ von Mittagessen war der 2.1.2003.

Das Verwaltungsgericht Wien hat den Feststellungsantrag nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung mit Erkenntnis vom 28.5.2018, VGW-123/077/3411/2018-9, abgewiesen.

Die Antragstellerin hat gegen dieses Erkenntnis Revision an den VwGH erhoben. Auf Grund dieser Revision hat der VwGH das oben genannte Erkenntnis mit Erkenntnis vom 16.06.2020, Ro 2018/04/0015-5, behoben.

In diesem Erkenntnis hat der VwGH unter anderem ausgeführt:

„21

§ 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014 räumt einem Marktteilnehmer die Möglichkeit ein, die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer aufgrund der oben wiedergegebenen Rechtsprechung in einer - entsprechend wesentlichen - Vertragsänderung zu erblickenden Neuvergabe durch den Auftraggeber mangels Einhaltung der in Hinblick auf den konkreten Auftrag einzuhaltenden vergaberechtlichen Bestimmungen zu erlangen. Damit steht jedoch dem Marktteilnehmer keineswegs auch die Möglichkeit offen, eine verpflichtende Entscheidung darüber zu erlangen, dass der Auftraggeber den Auftrag neu auszuschreiben hätte. Das Vergabekontrollverfahren hat eine nachprüfende - und damit auf eine ex-post

Betrachtung beschränkte - Funktion. Ein Marktteilnehmer kann damit nicht die Verpflichtung des Auftraggebers zur künftigen Neuausschreibung eines bestimmten Auftrags selbst zum Antragsgegenstand des Vergabekontrollverfahrens machen. Für einen Antrag „auf Neuvergabe“ eines bestimmten Auftrages bietet das WVRG 2014 nämlich keine Grundlage. Paragraph 33, Absatz eins, Ziffer 2, WVRG 2014 räumt einem Marktteilnehmer die Möglichkeit ein, die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer aufgrund der oben wiedergegebenen Rechtsprechung in einer - entsprechend wesentlichen - Vertragsänderung zu erblickenden Neuvergabe durch den Auftraggeber mangels Einhaltung der in Hinblick auf den konkreten Auftrag einzuhaltenden vergaberechtlichen Bestimmungen zu erlangen. Damit steht jedoch dem Marktteilnehmer keineswegs auch die Möglichkeit offen, eine verpflichtende Entscheidung darüber zu erlangen, dass der Auftraggeber den Auftrag neu auszuschreiben hätte. Das Vergabekontrollverfahren hat eine nachprüfende - und damit auf eine ex-post Betrachtung beschränkte - Funktion. Ein Marktteilnehmer kann damit nicht die Verpflichtung des Auftraggebers zur künftigen Neuausschreibung eines bestimmten Auftrags selbst zum Antragsgegenstand des Vergabekontrollverfahrens machen. Für einen Antrag „auf Neuvergabe“ eines bestimmten Auftrages bietet das WVRG 2014 nämlich keine Grundlage.

22

4.4.1. Die Revisionswerberin macht eine vergaberechtsrelevante Abänderung des von der Auftraggeberin mit der mitbeteiligten Partei im Jahr 2002 geschlossenen Vertrages geltend. Das Verwaltungsgericht stützte sich in seiner Begründung auf Bestimmungen der Richtlinie 2014/24/EU. Dies würde die Annahme eines vergaberechtlichen Vorgangs nach Ablauf der Umsetzungsfrist (18. April 2016) voraussetzen. Dem angefochtenen Erkenntnis ist jedoch nicht zu entnehmen, auf welchen Zeitpunkt sich die dort getroffenen Feststellungen über erfolgte Änderungen in der Vertragsabwicklung jeweils beziehen. Dies ist aber Voraussetzung, um die anzuwendende Rechtslage (und damit auch die Maßgeblichkeit der Richtlinie 2014/24/EU) zu bestimmen, das Vorliegen der Antragslegitimation der Revisionswerberin - insbesondere die Voraussetzung, dass der Revisionswerberin durch die rechtswidrige Auftragsvergabe ein Schaden entstanden sei oder drohe - zu prüfen und die inhaltliche Berechtigung des Antrages zu beurteilen.

23

4.4.2. § 35 Abs. 1 Z 8 WVRG 2014 verlangt, dass ein Antrag gemäß § 33 leg. cit. jedenfalls einen bestimmten Antrag auf Feststellung zu enthalten hat. An das Antragsbegehren ist die belangte Behörde im Nachprüfungsverfahren gebunden (vgl. dazu VwGH 14.3.2012, 2008/04/0228, mit Verweis auf das - zum Tiroler Vergabegesetz 1998 ergangene, in seinen hier relevanten Erwägungen aber verallgemeinerungsfähige - Erkenntnis vom 17.11.2004, 2002/04/0176, mwN). Die antragstellende Partei hat daher klar zu bezeichnen, welche Feststellung sie anstrebt, was bedeutet, dass das als rechtswidrig festzustellende Vorgehen des Auftraggebers auch in zeitlicher Hinsicht festzumachen ist. In diesem Sinne erfordert § 35 Abs. 1 Z 1 WVRG 2014 die „genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens“. 4.4.2. Paragraph 35, Absatz eins, Ziffer 8, WVRG 2014 verlangt, dass ein Antrag gemäß Paragraph 33, leg. cit. jedenfalls einen bestimmten Antrag auf Feststellung zu enthalten hat. An das Antragsbegehren ist die belangte Behörde im Nachprüfungsverfahren gebunden vergleiche , dazu VwGH 14.3.2012, 2008/04/0228, mit Verweis auf das - zum Tiroler Vergabegesetz 1998 ergangene, in seinen hier relevanten Erwägungen aber verallgemeinerungsfähige - Erkenntnis vom 17.11.2004, 2002/04/0176, mwN). Die antragstellende Partei hat daher klar zu bezeichnen, welche Feststellung sie anstrebt, was bedeutet, dass das als rechtswidrig festzustellende Vorgehen des Auftraggebers auch in zeitlicher Hinsicht festzumachen ist. In diesem Sinne erfordert Paragraph 35, Absatz eins, Ziffer eins, WVRG 2014 die „genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens“.

24

Diese Notwendigkeit der Konkretisierung des verfahrenseinleitenden Antrags ergibt sich auch aus der rechtlichen Bindungswirkung einer rechtskräftigen, verfahrensbeendenden Entscheidung, da diese nur innerhalb der Grenzen der Rechtskraft gegeben ist. Der Umfang der Rechtskraft wird durch den Verfahrensgegenstand bestimmt, wobei in einem antragsbedürftigen Verwaltungsverfahren der Antrag festlegt, was Gegenstand des Verfahrens ist (vgl. VwGH 12.9.2016, Ro 2016/04/0014). Im vorliegenden Zusammenhang wird der Verfahrensgegenstand und damit der Umfang der Rechtskraft durch den Antrag auf Anfechtung bzw. - wie hier - auf Feststellung der Rechtswidrigkeit eines bestimmten Vorgehens des Auftraggebers im Rahmen eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens begrenzt (vgl. VwGH 27.6.2007, 2005/04/0111). Diese Notwendigkeit der Konkretisierung des verfahrenseinleitenden Antrags ergibt sich auch aus der rechtlichen Bindungswirkung einer rechtskräftigen, verfahrensbeendenden Entscheidung, da diese nur innerhalb der Grenzen der Rechtskraft gegeben ist. Der Umfang der Rechtskraft wird durch

den Verfahrensgegenstand bestimmt, wobei in einem antragsbedürftigen Verwaltungsverfahren der Antrag festlegt, was Gegenstand des Verfahrens ist (vergleiche, VwGH 12.9.2016, Ro 2016/04/0014). Im vorliegenden Zusammenhang wird der Verfahrensgegenstand und damit der Umfang der Rechtskraft durch den Antrag auf Anfechtung bzw. - wie hier - auf Feststellung der Rechtswidrigkeit eines bestimmten Vorgehens des Auftraggebers im Rahmen eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens begrenzt (vergleiche, VwGH 27.6.2007, 2005/04/0111).

25

Darüber hinaus verlangt § 33 Abs. 1 iVm § 35 Abs. 1 Z 5 WVRG 2014 von einem Antragsteller im Feststellungsverfahren auch die Antragsvoraussetzung des entstandenen oder drohenden Schadens bezogen auf die geltend gemachte Rechtswidrigkeit darzutun. Dies ist ebenfalls nur dann möglich, wenn der Antragsteller in seinem gemäß § 35 Abs. 1 WVRG 2014 bestimmten zu formulierenden Antrag der Gegenstand der Feststellung in zeitlicher Hinsicht konkretisiert wird. Darüber hinaus verlangt Paragraph 33, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 35, Absatz eins, Ziffer 5, WVRG 2014 von einem Antragsteller im Feststellungsverfahren auch die Antragsvoraussetzung des entstandenen oder drohenden Schadens bezogen auf die geltend gemachte Rechtswidrigkeit darzutun. Dies ist ebenfalls nur dann möglich, wenn der Antragsteller in seinem gemäß Paragraph 35, Absatz eins, WVRG 2014 bestimmten zu formulierenden Antrag der Gegenstand der Feststellung in zeitlicher Hinsicht konkretisiert wird.

26

Darüber hinaus erfordert § 35 Abs. 1 Z 4 WVRG 2014 die Darstellung des maßgeblichen Sachverhalts. Darüber hinaus erfordert Paragraph 35, Absatz eins, Ziffer 4, WVRG 2014 die Darstellung des maßgeblichen Sachverhalts.

27

4.4.3. Unter Berücksichtigung dieser rechtlichen Voraussetzungen ergibt sich fallbezogen, dass der Feststellungsantrag in dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht von der Revisionswerberin - wie bereits von der Auftraggeberin dort vorgebracht wurde - nicht ausreichend im Sinne der Bestimmung des § 35 WVRG 2014 konkretisiert wurde: 4.4.3. Unter Berücksichtigung dieser rechtlichen Voraussetzungen ergibt sich fallbezogen, dass der Feststellungsantrag in dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht von der Revisionswerberin - wie bereits von der Auftraggeberin dort vorgebracht wurde - nicht ausreichend im Sinne der Bestimmung des Paragraph 35, WVRG 2014 konkretisiert wurde:

28

Es geht aus dem wiedergegebenen Antrag der Revisionswerberin - und demzufolge auch aus dem Spruch des angefochtenen Erkenntnisses - nicht hervor, welcher zeitlich konkretisierte Sachverhalt als derjenige ins Treffen geführt wird, der als eine - im Sinne der jeweils geltenden Rechtslage - derart wesentliche Änderung des ursprünglichen Auftrages anzusehen sei, dass daraus auf eine rechtswidrig erfolgte Neuvergabe des Auftrages geschlossen werden müsse, weshalb der Tatbestand der rechtswidrigen Vergabe ohne vorherige Bekanntmachung erfüllt sei.

29

Der Revisionswerberin obliegt jedoch nach dem oben Gesagten auch unter Berücksichtigung der eingeschränkten Möglichkeit der Kenntnisaufnahme von der konkreten Vertragsabwicklung die Verpflichtung, ihren Antrag betreffend die festzustellende rechtswidrige Vergabe auf einen Zeitpunkt zu beziehen, zu dem ihrer Ansicht nach eine tatsächliche Beschaffung vorliege, die de facto ein derart wesentliches Abgehen von dem ursprünglichen Vertrag darstelle, dass vor dem Hintergrund der vergaberechtlichen Bestimmungen und der einschlägigen Judikatur von einer rechtswidrigen Neuvergabe ausgegangen werden müsse.

30

Indem das Verwaltungsgericht die Notwendigkeit der Konkretisierung des Feststellungsantrages durch die nunmehrige Revisionswerberin verkannte, hat es seine Entscheidung mit Rechtswidrigkeit des Inhalts belastet, was zur Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG führen muss. Indem das Verwaltungsgericht die Notwendigkeit der Konkretisierung des Feststellungsantrages durch die nunmehrige Revisionswerberin verkannte, hat es seine Entscheidung mit Rechtswidrigkeit des Inhalts belastet, was zur Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG führen muss.

31

4.4.4. Im fortgesetzten Verfahren wird der Revisionswerberin Gelegenheit zu geben sein, den verfahrensgegenständlichen Antrag im Sinne der oben dargestellten Inhaltserfordernisse eines zulässigen Feststellungsantrages gemäß § 33 Abs. 1 WVRG 2014, die von ihr der Vergabekontrolle unterzogene Auftraggeberentscheidung in zeitlicher Hinsicht zu konkretisieren und auf diesen Zeitpunkt bezogen den ihr Begehren

begründenden Sachverhalt vorzubringen. Erst auf Grundlage dieses Vorbringens wird das Verwaltungsgericht in der Lage sein, die in 4.4.1. dargelegten Rechtsfragen auf Basis der in zeitlicher Hinsicht maßgeblichen Feststellungen zu beurteilen. Die Frage der Antragslegitimation wird dabei auch im vorliegenden Fall auf Basis einer Plausibilitätsprüfung zu klären sein, für die alle maßgeblichen vorgebrachten Umstände in der Person des Antragstellers, die Eigenart des Leistungsgegenstandes und die vom Auftraggeber gestellten Anforderungen berücksichtigt werden können (vgl. zur Frage der Antragslegitimation im Feststellungsverfahren etwa VwGH 1.10.2018, Ra 2015/04/0060). 4.4.4. Im fortgesetzten Verfahren wird der Revisionswerberin Gelegenheit zu geben sein, den verfahrensgegenständlichen Antrag im Sinne der oben dargestellten Inhaltserfordernisse eines zulässigen Feststellungsantrages gemäß Paragraph 33, Absatz eins, WVRG 2014 die von ihr der Vergabekontrolle unterzogene Auftraggeberentscheidung in zeitlicher Hinsicht zu konkretisieren und auf diesen Zeitpunkt bezogen den ihr Begehren begründenden Sachverhalt vorzubringen. Erst auf Grundlage dieses Vorbringens wird das Verwaltungsgericht in der Lage sein, die in 4.4.1. dargelegten Rechtsfragen auf Basis der in zeitlicher Hinsicht maßgeblichen Feststellungen zu beurteilen. Die Frage der Antragslegitimation wird dabei auch im vorliegenden Fall auf Basis einer Plausibilitätsprüfung zu klären sein, für die alle maßgeblichen vorgebrachten Umstände in der Person des Antragstellers, die Eigenart des Leistungsgegenstandes und die vom Auftraggeber gestellten Anforderungen berücksichtigt werden können vergleiche , zur Frage der Antragslegitimation im Feststellungsverfahren etwa VwGH 1.10.2018, Ra 2015/04/0060).

32

4.5. Der Vollständigkeit halber wird zu der - im angefochtenen Erkenntnis behandelten - Frage der allfälligen Verfristung des Antrages wegen Verstreichens der in § 36 Abs. 2 WVRG 2014 normierten sechsmonatigen Einbringungsfrist Stellung genommen: 4.5. Der Vollständigkeit halber wird zu der - im angefochtenen Erkenntnis behandelten - Frage der allfälligen Verfristung des Antrages wegen Verstreichens der in Paragraph 36, Absatz 2, WVRG 2014 normierten sechsmonatigen Einbringungsfrist Stellung genommen:

33

Mit Urteil vom 26. November 2015 in der Rechtssache C-166/14, MedEval - Qualitäts-, Leistungs- und Struktur-Evaluierung im Gesundheitswesen GmbH, beantwortete der EuGH die mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs vom 25. März 2014, EU 2014/0002 (2011/04/0121), zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage nach dem allfälligen Entgegenstehen des Unionsrechts einer nationalen Rechtslage gegenüber, nach der ein Antrag auf Feststellung eines vergaberechtlichen Verstoßes binnen sechs Monaten nach Vertragsschluss gestellt werden muss, wenn die Feststellung eines vergaberechtlichen Verstoßes nicht nur Voraussetzung für die Nichtigkeitsklärung des Vertrages, sondern auch für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches ist, wie folgt:

„Das Recht der Europäischen Union, insbesondere der Grundsatz der Effektivität, steht einer nationalen Regelung entgegen, nach der die Erhebung einer Klage auf Schadenersatz wegen eines vergaberechtlichen Verstoßes von der vorherigen Feststellung abhängig gemacht wird, dass das Vergabeverfahren mangels vorheriger Bekanntgabe rechtswidrig war, und der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit binnen einer sechsmonatigen Ausschlussfrist gestellt werden muss, die ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag zu laufen beginnt - und zwar unabhängig davon, ob der Antragsteller von der Rechtswidrigkeit dieser Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers Kenntnis haben konnte.“

34

Aus diesem Urteil hat der Verwaltungsgerichtshof darauf geschlossen, dass die für einen Feststellungsantrag gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVergG 2006) geltende Sechsmonatsfrist des § 332 Abs. 3 BVergG 2006 infolge Verdrängung durch unmittelbar anwendbares Unionsrecht unangewendet zu bleiben hat (vgl. VwGH 16.3.2016, 2015/04/0004). Aus diesem Urteil hat der Verwaltungsgerichtshof darauf geschlossen, dass die für einen Feststellungsantrag gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVergG 2006) geltende Sechsmonatsfrist des Paragraph 332, Absatz 3, BVergG 2006 infolge Verdrängung durch unmittelbar anwendbares Unionsrecht unangewendet zu bleiben hat vergleiche , VwGH 16.3.2016, 2015/04/0004).

35

Diese unionsrechtlich gebotene Auslegung kommt auch bei entsprechender Anwendung inhaltlich gleichzuhaltender Bestimmungen des WVRG 2014 zum Tragen.“

Durch die Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses ist die Rechtssache in die Lage zurückgetreten, in der sie sich vor Erlassung des angefochtenen Erkenntnisses gefunden hat. Es ist daher unter Zugrundelegung der Rechtsansicht des VwGH das Verfahren zu ergänzen und ein neues Erkenntnis zu erlassen.

Im fortgesetzten Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Wien präzisierte die Antragstellerin ihren Antrag auf die Aufforderung des Verwaltungsgerichtes vom 9.7.2020 mit Schriftsatz vom 1.9.2020 dahingehend, dass die Vertragsverlängerung vom 2.1.2017, in eventuelle vom 2.1.2018 eine unzulässige Neubeauftragung darstelle. Da die Antragstellerin ihre unternehmerische Tätigkeit durch Erlangung der ersten Gewerbeberechtigung am 13.1.2014 aufgenommen habe, sei ihr damit bereits zum nächsten Zeitpunkt der Vertragsverlängerung am 2.1.2015 die Möglichkeit einer Verfahrensbeteiligung zuzuerkennen gewesen. Das Verwaltungsgericht Wien möge nach Verfahrensergänzung feststellen, dass eine Beschaffung vorliege, die de facto ein derart wesentliches Abgehen vom ursprünglichen Vertrag darstelle, dass von einer rechtswidrigen Neuvergabe ausgegangen werden müsse. Die wesentliche Vertragsänderung liege insbesondere in der jeweils jährlichen Vertragsverlängerung zum 2.1. jedes Kalenderjahres, in der Verschiebung der Menülinien gegenüber dem ursprünglichen Vertrag, in der Änderung der Speisepläne gegenüber dem ursprünglichen Vertrag, in der Änderung der Standorte gegenüber dem ursprünglichen Vertrag, in der Änderung des Bestellsystems gegenüber dem ursprünglichen Vertrag und in der Änderung des Auftragnehmers gegenüber dem ursprünglichen Vertrag. Zur Präzisierung in zeitlicher Hinsicht begehrte die Antragstellerin, das Verwaltungsgericht Wien möge gemäß § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014 (i.d.F. 14.03.2018; aktuell § 28 Abs. 1 Z 2 WVRG 2020) feststellen, dass

Im fortgesetzten Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Wien präzisierte die Antragstellerin ihren Antrag auf die Aufforderung des Verwaltungsgerichtes vom 9.7.2020 mit Schriftsatz vom 1.9.2020 dahingehend, dass die Vertragsverlängerung vom 2.1.2017, in eventuelle vom 2.1.2018 eine unzulässige Neubeauftragung darstelle. Da die Antragstellerin ihre unternehmerische Tätigkeit durch Erlangung der ersten Gewerbeberechtigung am 13.1.2014 aufgenommen habe, sei ihr damit bereits zum nächsten Zeitpunkt der Vertragsverlängerung am 2.1.2015 die Möglichkeit einer Verfahrensbeteiligung zuzuerkennen gewesen. Das Verwaltungsgericht Wien möge nach Verfahrensergänzung feststellen, dass eine Beschaffung vorliege, die de facto ein derart wesentliches Abgehen vom ursprünglichen Vertrag darstelle, dass von einer rechtswidrigen Neuvergabe ausgegangen werden müsse. Die wesentliche Vertragsänderung liege insbesondere in der jeweils jährlichen Vertragsverlängerung zum 2.1. jedes Kalenderjahres, in der Verschiebung der Menülinien gegenüber dem ursprünglichen Vertrag, in der Änderung der Speisepläne gegenüber dem ursprünglichen Vertrag, in der Änderung der Standorte gegenüber dem ursprünglichen Vertrag, in der Änderung des Bestellsystems gegenüber dem ursprünglichen Vertrag und in der Änderung des Auftragnehmers gegenüber dem ursprünglichen Vertrag. Zur Präzisierung in zeitlicher Hinsicht begehrte die Antragstellerin, das Verwaltungsgericht Wien möge gemäß Paragraph 33, Absatz eins, Ziffer 2, WVRG 2014 in der Fassung 14.03.2018; aktuell Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer 2, WVRG 2020) feststellen, dass

1. Die Beauftragung der mitbeteiligten Partei mit der Lieferung von Fertigménüs für das Mittagessen in Kindertagesheimen der Stadt Wien ab dem 2.1.2017 (aufgrund der Ausweitung auf neue Standorte) wegen eines Verstoßes gegen das BVergG bzw. der hierzu ergangenen Verordnungen bzw. unmittelbar anwendbaren Unionsrechts rechtswidrig war;

2. In eventuelle die Beauftragung der mitbeteiligten Partei mit der Lieferung von Fertigménüs für das Mittagessen in Kindertagesheimen der Stadt Wien ab dem 2.1.2018 (aufgrund wesentlicher Vertragsanpassungen durch Änderung des Leistungsinhalts) wegen eines Verstoßes gegen das BVergG bzw. der hierzu ergangenen Verordnungen bzw. unmittelbar anwendbaren Unionsrechts rechtswidrig war;

3. In eventuelle die Beauftragung der mitbeteiligten Partei mit der Lieferung von Fertigménüs für das Mittagessen in Kindertagesheimen der Stadt Wien zum Zeitpunkt der letzten Vertragsverlängerung vor Einbringung des Feststellungsantrags am 14.3.2018 (aufgrund wesentlicher Vertragsanpassungen durch Änderung des Leistungsinhalts) wegen eines Verstoßes gegen das BVergG bzw. der hierzu ergangenen Verordnungen bzw. unmittelbar anwendbaren Unionsrechts rechtswidrig war.

Nach erfolgtem Schriftsatzwechsel wurde am 5.11.2020 eine mündliche Verhandlung durchgeführt.

Aufgrund des durchgeführten Verfahrens wird folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt festgestellt:

Die Stadt Wien hat im Jahr 2002 durch die damals zuständige Magistratsabteilung 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 an öffentliche Wiener Kindergärten.

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 damals zuständige Magistratsabteilung der damaligen B. GmbH den Zuschlag auf deren Alternativangebot erteilt.

Zum wesentlichen Vertragsinhalt werden folgende weiteren Feststellungen getroffen:

Der Inhalt des im Jahr 2002 schriftlich abgeschlossenen Vertrages sowie das diesem Vertragsabschluss vorausgegangene Vergabeverfahren sind umfassend dokumentiert und eine wesentliche Grundlage der nachfolgenden Feststellungen. 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.

Die Antragsgegnerin und die Teilnahmeberechtigten haben sich in weiten Bereichen hauptsächlich darauf beschränkt, das Sachverhaltsvorbringen der Antragstellerin 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 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 bestehen 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 steigernder – 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 bzw. sind 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 Auftragnehmerin 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 in den Ausschreibungsunterlagen 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:

Die Antragstellerin wurde mit der Errichtung der Gesellschaft vom 21.8.2013 gegründet, wobei der Geschäftszweig mit der Gründung im Wesentlichen den Lebensmittelhandel umfasst. Die Antragstellerin verfügt über folgende Gewerbeberechtigungen:

1. Handelsgewerbe, seit 13.01.2014;
2. Gastgewerbe Restaurant, seit 13.06.2016;
3. Gastgewerbe Imbissstube, seit 1.12.2017;
4. Gastgewerbe Lieferküche, seit 11.01.2018;
5. Fleischer, seit 27.09.2018.

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, D.-Straße (GISA-Zahl ...).

Dem Firmenbuchauszug der ehemaligen B. GmbH (FN ...) ist zu entnehmen, dass diese in E. GmbH umbenannt wurde und mit Spaltungs- und Übernahmevertrag vom 20.6.2006 der Betrieb „Frischküche“ 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 E. GmbH eingereicht und am 28.7.2006 bei dieser Gesellschaft im Firmenbuch eingetragen.

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 „Frischküche“ 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 „Frischküche“ 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.

Im Einzelnen wird zum Antragsvorbringen Folgendes festgestellt:

1. Antragslegitimation: die Antragstellerin verfügt erst seit 11.1.2018 über ein Gastgewerbe in der Betriebsart einer Lieferküche. Ihr Feststellungsantrag in der nunmehrigen präzisierten Fassung bezieht sich jedoch auf nachträgliche Vertragsänderungen zu den Zeitpunkten 2.1.2017 und - in eventu - 2.1.2018. Zu diesen beiden Zeitpunkten hat die Antragstellerin unstrittig nicht über eine Befugnis für das Gastgewerbe in der Betriebsart einer Lieferküche verfügt. Sie hat zu diesen Zeitpunkten jedoch bereits über eine Befugnis für das Handelsgewerbe und eine Befugnis für das Gastgewerbe in der Betriebsart eines Restaurants sowie ab 1.12.2017 darüber hinaus über eine Befugnis für das Gastgewerbe in der Betriebsart einer Imbissstube verfügt. Die Tätigkeit als Lieferküche ist nach den eigenen Angaben der Antragstellerin deren zentrales Geschäftsfeld.

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“ bis zum 2.1.2017 bzw. bis zum 2.1.2018 auf etwa 12 % gesunken, der Anteil des „Menüs ohne Schweinefleisch“ auf etwa 85 % und der Anteil des „Menüs fleischlos“ auf etwa 3 % gestiegen ist. Dies wurde auf Grund des Vorbringens der Antragstellerin 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 zum 2.1.2017 sowie zum 2.1.2018 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 bis zum 2.1.2017 bzw. bis zum 2.1.2018 um etwa 50% 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 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.

Dieses Vorbringen der Antragstellerin wurde insbesondere deswegen als erwiesen angenommen, weil es dem Verwaltungsgericht schlüssig und glaubhaft erscheint und weder aus dem Vergabeakt noch aus dem Vorbringen der Antragsgegnerin und der Teilnahmeberechtigten Gegenteiliges substantiiert hervorgeht.

In rechtlicher Hinsicht wurde 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. Die Antragstellerin argumentiert in ihrem Antrag im Wesentlichen, es würden verschiedene nachträgliche Vertragsänderungen vorliegen, welche gegen Artikel 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 ist zunächst auszuführen, dass die Antragstellerin erst seit 11.1.2018 über ein Gastgewerbe in der Betriebsart einer Lieferküche verfügt, der Feststellungsantrag jedoch die Feststellung unzulässiger Vertragsverlängerungen bzw. unzulässiger nachträglicher Vertragsänderungen jeweils zum Stichtag 2.1.2017 und zum Stichtag 2.1.2018 betrifft. Zu den antragsgegenständlichen Zeitpunkten hat die Antragstellerin nicht über die für die Erbringung der gegenständlichen Leistung erforderlichen Befugnis für ein Gastgewerbe in der Betriebsart einer Lieferküche verfügt. Mit der zu diesen Zeitpunkten bei der Antragstellerin bereits vorhandenen Befugnis für das Handelsgewerbe hätte die Antragstellerin insoweit nur einen Teil des Leistungsgegenstandes abdecken können, als sie Fertigmenüs von einem befugten Hersteller kaufen und im Rahmen ihrer Befugnis für das Handelsgewerbe die von ihr käuflich erworbenen Fertigmenüs hätte liefern können.

Zwar stand Lebensmittelhändlern gemäß § 154 Abs. 1 GewO 1994 in der Fassung zum 2.1.2018 das Recht zu, Speisen in einfacher Art zu verabreichen nichtalkoholische Getränke und Bier auszuschenken, wenn bei nicht mehr als 8 Verabreichungsplätze (zum Genuss von Speisen und Getränken bestimmte Plätze) bereitgestellt werden, sowie, vorparierte Stücke Frischfleisch von nicht mehr als 10 kg zu zerteilen und zu verkaufen. Dieses damalige „Nebenrecht“ des Lebensmittelhandels war jedoch keine einschlägige Grundlage für die Herstellung der auftragsgegenständlichen Fertigmenüs im Rahmen der Befugnis für den Lebensmittelhandel. Insbesondere enthält der gegenständliche Auftrag keine Einschränkung dahingehend, dass als Fertigmenüs nur „Speisen in einfacher Art“ in Betracht kommen würden. Das angeführte „Nebenrecht“ ist daher bereits wegen seiner Einschränkung auf „Speisen in einfacher Art“ keine als Befugnis geeignete Grundlage, Fertigmenüs für die öffentlichen Kindergärten der Stadt Wien herstellen zu können. Zwar stand Lebensmittelhändlern gemäß Paragraph 154, Absatz eins, GewO 1994 in der Fassung zum 2.1.2018 das Recht zu, Speisen in einfacher Art zu verabreichen nichtalkoholische Getränke und Bier auszuschenken, wenn bei nicht mehr als 8 Verabreichungsplätze (zum Genuss von Speisen und Getränken bestimmte Plätze) bereitgestellt werden, sowie, vorparierte Stücke Frischfleisch von nicht mehr als 10 kg zu zerteilen und zu verkaufen. Dieses damalige „Nebenrecht“ des Lebensmittelhandels war jedoch keine einschlägige Grundlage für die Herstellung der auftragsgegenständlichen Fertigmenüs im Rahmen der Befugnis für den Lebensmittelhandel. Insbesondere enthält der gegenständliche Auftrag keine Einschränkung dahingehend, dass als Fertigmenüs nur „Speisen in einfacher Art“ in Betracht kommen würden. Das angeführte „Nebenrecht“ ist daher bereits wegen seiner Einschränkung auf „Speisen in einfacher Art“ keine als Befugnis geeignete Grundlage, Fertigmenüs für die öffentlichen Kindergärten der Stadt Wien herstellen zu können.

Weiters stand den Lebensmittelhändlern - wie allen Gewerbetreibenden - gemäß § 32 Abs. 1 Ziffer 1 in Verbindung mit Abs. 1a und Abs. 2 GewO 1994 idF 2.1.2018 das Recht zu, alle Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe vorzunehmen, die dazu dienen, die Produkte, die sie erzeugen oder vertreiben, sowie Dienstleistungen, die sie erbringen, absatzfähig zu machen. Dabei dürfen die ergänzenden Leistungen gemäß § 32 Abs. 1a GewO 1994 jedoch insgesamt 30 % des im Wirtschaftsjahr vom Gewerbetreibenden erzielten Gesamtumsatzes nicht überschreiten, wobei ergänzende Leistungen reglementierter Gewerbe lediglich bis zu 15 % der gesamten Leistung ausmachen dürfen. Darüber hinaus müssen gemäß § 32 Abs. 2 GewO 1994 der wirtschaftliche Schwerpunkt und die

Eigenart des Betriebes erhalten bleiben. Weiters stand den Lebensmittelhändlern - wie allen Gewerbetreibenden - gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 1 in Verbindung mit Absatz eins a und Absatz 2, GewO 1994 in der Fassung 2.1.2018 das Recht zu, alle Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe vorzunehmen, die dazu dienen, die Produkte, die sie erzeugen oder vertreiben, sowie Dienstleistungen, die sie erbringen, absatzfähig zu machen. Dabei dürfen die ergänzenden Leistungen gemäß Paragraph 32, Absatz eins a, GewO 1994 jedoch insgesamt 30 % des im Wirtschaftsjahr vom Gewerbetreibenden erzielten Gesamtumsatzes nicht überschreiten, wobei ergänzende Leistungen reglementierter Gewerbe lediglich bis zu 15 % der gesamten Leistung ausmachen dürfen. Darüber hinaus müssen gemäß Paragraph 32, Absatz 2, GewO 1994 der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleiben.

Die Herstellung von Fertighenüs fällt in den Vorbehaltsbereich des reglementierten Gewerbes „Gastgewerbe in der Betriebsart einer Lieferküche“, soweit der Erstellung nicht im Rahmen eines anderen reglementierten Gewerbes (insbesondere Gastgewerbe in einer anderen Betriebsart) oder im Rahmen eines Industriebetriebes (§ 7 GewO 1994) erfolgen sollte. Die Tätigkeit als Lieferküche ist im eigenen Vorbringen der Antragstellerin zufolge deren Hauptgeschäftsfeld. Darüber hinaus umfasst der gegenständliche Auftrag sämtliche öffentliche Kindergärten der Stadt Wien. Das Hauptgeschäftsfeld der Antragstellerin lässt sich rechtlich nicht mit einem mit 15 % der Geschäftstätigkeit limitierten „Nebenrecht“ abdecken. Das genannte Nebenrecht des Handelsgewerbes kommt daher als befugnismäßige Grundlage für die Herstellung von Fertighenüs im Umfang des gegenständlichen Auftrages gegenständlich nicht in Betracht. Die Herstellung von Fertighenüs fällt in den Vorbehaltsbereich des reglementierten Gewerbes „Gastgewerbe in der Betriebsart einer Lieferküche“, soweit der Erstellung nicht im Rahmen eines anderen reglementierten Gewerbes (insbesondere Gastgewerbe in einer anderen Betriebsart) oder im Rahmen eines Industriebetriebes (Paragraph 7, GewO 1994) erfolgen sollte. Die Tätigkeit als Lieferküche ist im eigenen Vorbringen der Antragstellerin zufolge deren Hauptgeschäftsfeld. Darüber hinaus umfasst der gegenständliche Auftrag sämtliche öffentliche Kindergärten der Stadt Wien. Das Hauptgeschäftsfeld der Antragstellerin lässt sich rechtlich nicht mit einem mit 15 % der Geschäftstätigkeit limitierten „Nebenrecht“ abdecken. Das genannte Nebenrecht des Handelsgewerbes kommt daher als befugnismäßige Grundlage für die Herstellung von Fertighenüs im Umfang des gegenständlichen Auftrages gegenständlich nicht in Betracht.

Der gegenständliche Auftrag ist umfangsmäßig zu groß, um von der Antragstellerin im Rahmen des angeführten „Nebenrechtes“ ausgeführt werden zu können. Wie bereits festgestellt wurde, handelt es sich bei der Tätigkeit der Lieferküche um das hauptsächliche Geschäftsfeld der Antragstellerin. Die Antragstellerin verfügt somit nicht über einen derart umfangreichen Lebensmittelhandel, dass sich die auftragsgegenständliche Herstellung und Lieferung von Fertighenüs in einem Rahmen bis zu 15 % der Geschäftstätigkeit unterordnen würde und der Lebensmittelhandel das hauptsächliche Geschäftsfeld der Antragstellerin geblieben wäre.

Die Antragstellerin hat daher bis 11.1.2018 die auftragsgegenständliche Herstellung und Lieferung von Fertighenüs mit ihrer Befugnis für das Handelsgewerbe (Handel mit Lebensmitteln) nicht abgedeckt.

Die im Zeitraum 2.1.2017 bis 11.1.2018 bei der Antragstellerin bereits vorhandene Befugnis für das Gastgewerbe in der Betriebsart eines Restaurants deckt die Herstellung der in Rede stehenden Fertighenüs von der Befugnis her ebenfalls nicht ab. Für die Betriebsart eines Restaurants ist die Herstellung von Fertighenüs nicht betriebsarttypisch. Die Herstellung von Fertighenüs in dem in Rede stehenden Umfang hätte das Erscheinungsbild des Restaurants in Richtung einer Lieferküche verschoben und wäre daher durch die Befugnis für die Betriebsart Restaurant nicht abgedeckt gewesen. Auch hier ist darauf hinzuweisen, dass die Tätigkeit der Lieferküche das hauptsächliche Betätigungsfeld der Antragstellerin ist und die Antragstellerin nicht über ein derart umfangreiches Geschäftsfeld als Restaurant verfügt hat, dass sich die Herstellung der auftragsgegenständlichen Fertighenüs als „Nebenrecht“ dem Betreiben des Restaurants untergeordnet hätte.

Für die Befugnis der Antragstellerin betreffend das Gastgewerbe in der Betriebsart einer Imbissstube gilt das gleiche. Hinzu kommt bei der Betriebsart Imbissstube, dass diese Betriebsart Speisen einfacher Art - im Unterschied etwa zu Betriebsart Restaurant - zum Gegenstand hat, der gegenständliche Auftrag in inhaltlicher Hinsicht jedoch keine Einschränkung der zu liefernden Fertighenüs auf Speisen einfacher Art enthält.

Aus den genannten Gründen stellen die beiden Befugnisse für das Gastgewerbe, nämlich in den Betriebsarten eines Restaurants und einer Imbissstube, ebenfalls keine ausreichende Befugnis für die Übernahme des gegenständlichen

Auftrages in der Zeit vom 2.1.2017 bis zur Erlangung der Befugnis für das Gastgewerbe in der Betriebsart einer Lieferküche mit 11.1.2018 dar.

Die Antragstellerin hat daher zu den von ihr beantragten Feststellungszeitpunkten 2.1.2017 und 2.1.2018 nicht über die für die Ausführung des Auftrags erforderlichen Befugnisse verfügt. Erst mit 11.1.2018 hat der Antragstellerin dadurch, dass sie mit diesem Zeitpunkt eine Befugnis für das Gastgewerbe in der Betriebsart einer Lieferküche begründet hat, über die für die Ausführung des Auftrages erforderliche Befugnis verfügt.

Die Antragstellerin hat im Feststellungsverfahren durchgehend argumentiert, dass sie über alle für die Erbringung der Leistung erforderlichen Befugnisse selbst verfügt, wobei die Antragstellerin insbesondere ihre Befugnis für das Handelsgewerbe als für die Erbringung des Auftrages ausreichend angesehen hat. Dass die Antragstellerin die ihr bis zur Begründung ihrer Befugnis für das Gastgewerbe einer Lieferküche fehlende Befugnis für die Herstellung der Fertigen durch Eingehen einer Bietergemeinschaft oder durch Beiziehung eines notwendigen Subunternehmers substituiert hätte, hat die Antragstellerin nicht vorgebracht.

Es konnte der Antragstellerin daher durch die von ihr beanstandeten nachträglichen Vertragsänderungen zum 2.1.2017 und zum 2.1.2018 kein Schaden entstehen, weshalb ihr diesbezüglich kein rechtliches Interesse an den beantragten Feststellungen und damit keine Antragslegitimation zukommt.

Im Übrigen hätte die Antragstellerin mit ihrem Vorbringen auch dann keine Vergaberechtswidrigkeit zum 2.1.2017 und zum 2.1.2018 aufgezeigt, wenn man von einer Antragslegitimation der Antragstellerin ausginge. Dazu ist in rechtlicher Hinsicht Folgendes auszuführen:

Zunächst liegt eine „nachträgliche Vertragsänderung“ im Sinne des österreichischen Zivilrechts nicht vor. Es liegt ein unbefristeter Vertrag mit der Möglichkeit der Kündigung jeweils zum Jahresende vor, der jedoch so flexibel gefasst ist, dass er zivilrechtlich die von der Antragstellerin dargelegten Änderungen des Leistungsinhaltes in der Zeit vom Beginn der Leistungserbringung bis zum 2.1.2017 bzw. bis zum 2.1.2018 einschließt. Die zeitliche „Verlängerung“ um jeweils ein weiteres Jahr ergibt sich daraus, dass es jeweils nicht zu einer Beendigung des Vertrages mittels Kündigung zum Ende des Jahres 2016 bzw. zum Ende des Jahres 2017 gekommen ist. Die Veränderung der Leistungsinhalte ergibt sich daraus, dass von den im Vertrag vorgesehenen Möglichkeiten, die Leistungsinhalte zu verändern, in der Zeit vom Beginn der Leistungserbringung bis zum 2.1.2017 bzw. bis zum 2.1.2018 laufend Gebrauch gemacht wurde.

In vergaberechtlicher Hinsicht muss eine „nachträgliche Vertragsänderung“ jedoch nicht zwangsläufig eine Änderung eines Vertrages im Sinne des österreichischen Zivilrechts sein. Der vergaberechtliche Begriff der „nachträglichen Vertragsänderung“ umfasst vielmehr auch sonstige Änderungen bestehender öffentlicher Aufträge (vergleiche Art. 2 Abs. 1 Ziffer 5 der Richtlinie 2014/24/EU), die lediglich Änderungen im Leistungsinhalt betreffen und nicht auf einer Änderungsklausel beruhen, die „klar, bestimmt und eindeutig“ ist. Ob eine nachträgliche Leistungsänderung eine „nachträgliche Vertragsänderung“ darstellt, richtet sich daher nach den europarechtlich weitgehend vorgegebenen vergaberechtlichen Kriterien (vgl. dazu Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, Band I, 3. Auflage, Rz 6-267) und nicht etwa danach, ob ein Vertrag im Sinne des österreichischen Zivilrechts durch eine neuerliche vertragliche Einigung im Sinne des österreichischen Zivilrechts abgeändert wird. In vergaberechtlicher Hinsicht muss eine „nachträgliche Vertragsänderung“ jedoch nicht zwangsläufig eine Änderung eines Vertrages im Sinne des österreichischen Zivilrechts sein. Der vergaberechtliche Begriff der „nachträglichen Vertragsänderung“ umfasst vielmehr auch sonstige Änderungen bestehender öffentlicher Aufträge (vergleiche Artikel 2, Absatz eins, Ziffer 5 der Richtlinie 2014/24/EU), die lediglich Änderungen im Leistungsinhalt betreffen und nicht auf einer Änderungsklausel beruhen, die „klar, bestimmt und eindeutig“ ist. Ob eine nachträgliche Leistungsänderung eine „nachträgliche Vertragsänderung“ darstellt, richtet sich daher nach den europarechtlich weitgehend vorgegebenen vergaberechtlichen Kriterien (vergleiche dazu Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, Band I, 3. Auflage, Rz 6-267) und nicht etwa danach, ob ein Vertrag im Sinne des österreichischen Zivilrechts durch eine neuerliche vertragliche Einigung im Sinne des österreichischen Zivilrechts abgeändert wird.

Die Antragstellerin hat im Feststellungsverfahren Änderungen der Leistungsinhalte des gegenständlichen Auftrages in der Zeit zwischen dem Beginn der Leistungserbringung und dem 2.1.2017 bzw. 2.1.2018 glaubhaft gemacht, welche zumindest zum Teil in inhaltlicher Hinsicht nicht durch Leistungsänderungsklauseln bzw. „Vertragsänderungsklauseln“, aus denen sich der geänderte Leistungsinhalt „klar, eindeutig und bestimmt“ ableiten lässt, determiniert sind.

An dieser Stelle ist festzuhalten, dass im Anlassfall das BVergG 2006 weiterhin anzuwenden ist, weil die beantragten

Feststellungszeitpunkte 2.1.2017 und 2.1.2018 jeweils vor der Kundmachung und vor dem Inkrafttreten des Bundesvergabegesetzes 2018 liegen, welches erst am 2.8.2018 im Bundesgesetzblatt I Nr. 65/2018 kundgemacht worden ist. § 365 BVergG 2018 ist daher für das gegenständliche Feststellungsverfahren nicht einschlägig. An dieser Stelle ist festzuhalten, dass im Anlassfall das BVergG 2006 weiterhin anzuwenden ist, weil die beantragten Feststellungszeitpunkte 2.1.2017 und 2.1.2018 jeweils vor der Kundmachung und vor dem Inkrafttreten des Bundesvergabegesetzes 2018 liegen, welches erst am 2.8.2018 im Bundesgesetzblatt römisch eins Nr. 65 aus 2018, kundgemacht worden ist. Paragraph 365, BVergG 2018 ist daher für das gegenständliche Feststellungsverfahren nicht einschlägig.

In diesem Zusammenhang ist auch festzuhalten, dass im gegenständlichen Feststellungsverfahren das WVRG 2014 im Hinblick auf § 34 Abs. 4 WVRG 2020 weiterhin anzuwenden ist, weil das Feststellungsverfahren bereits vor Inkrafttreten des am 11. August 2020 kundgemachten WVRG 2020 anhängig war. In diesem Zusammenhang ist auch festzuhalten, dass im gegenständlichen Feststellungsverfahren das WVRG 2014 im Hinblick auf Paragraph 34, Absatz 4, WVRG 2020 weiterhin anzuwenden ist, weil das Feststellungsverfahren bereits vor Inkrafttreten des am 11. August 2020 kundgemachten WVRG 2020 anhängig war.

Dies bedeutet, dass § 365 BVergG 2018 für die Beurteilung der Rechtsfrage, ob der ursprüngliche Auftrag zu den antragsgegenständlichen Zeitpunkten 2.1.2017 und 2.1.2018 wesentlich geändert wurde und damit eine wesentliche und unzulässige nachträgliche Vertragsänderung vorliegt, nicht anzuwenden ist. Diese Rechtsfrage ist daher auf der Grundlage des BVergG 2006, der einschlägigen Judikatur des EuGH und allfälliger unmittelbar anwendbare Bestimmungen der Richtlinie 2014/24/EU zu beurteilen. Dies bedeutet, dass Paragraph 365, BVergG 2018 für die Beurteilung der Rechtsfrage, ob der ursprüngliche Auftrag zu den antragsgegenständlichen Zeitpunkten 2.1.2017 und 2.1.2018 wesentlich geändert wurde und damit eine wesentliche und unzulässige nachträgliche Vertragsänderung vorliegt, nicht anzuwenden ist. Diese Rechtsfrage ist daher auf der Grundlage des BVergG 2006, der einschlägigen Judikatur des EuGH und allfälliger unmittelbar anwendbare Bestimmungen der Richtlinie 2014/24/EU zu beurteilen.

Wenn sich die Antragstellerin insoweit darauf beruft, dass ihrer Ansicht nach Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU unmittelbar anwendbar sei, so ist ihr Folgendes entgegenzuhalten: Wenn sich die Antragstellerin insoweit darauf beruft, dass ihrer Ansicht nach Artikel 72, der Richtlinie 2014/24/EU unmittelbar anwendbar sei, so ist ihr Folgendes entgegenzuhalten:

Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, Band II, Rz 14-180 und Rz 14-181, hat eingehend dargelegt, dass und aus welchen Gründen Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU auf Besondere Dienstleistungen im Sinne von Art. 74 der Richtlinie 2014/24/EU nicht anzuwenden ist. Diese Ausführungen sind in Österreich und, soweit ersichtlich, auch über Österreich hinausgehend unwidersprochen geblieben. Auch das Erkenntnis des VwGH vom 16.6.2020, Ro 2018/04/0015, steht den zitierten Rechtsausführungen von Arrowsmith nicht entgegen. Das Verwaltungsgericht folgt daher den rechtlichen Ausführungen von Arrowsmith, wonach Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU auf Besondere Dienstleistungen nicht unmittelbar anwendbar ist. Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, Band römisch zwei, Rz 14-180 und Rz 14-181, hat eingehend dargelegt, dass und aus welchen Gründen Artikel 72, der Richtlinie 2014/24/EU auf Besondere Dienstleistungen im Sinne von Artikel 74, der Richtlinie 2014/24/EU nicht anzuwenden ist. Diese Ausführungen sind in Österreich und, soweit ersichtlich, auch über Österreich hinausgehend unwidersprochen geblieben. Auch das Erkenntnis des VwGH vom 16.6.2020, Ro 2018/04/0015, steht den zitierten Rechtsausführungen von Arrowsmith nicht entgegen. Das Verwaltungsgericht folgt daher den rechtlichen Ausführungen von Arrowsmith, wonach Artikel 72, der Richtlinie 2014/24/EU auf Besondere Dienstleistungen nicht unmittelbar anwendbar ist.

Daraus folgt, dass sich die Antragstellerin dann vergeblich auf eine vermeintliche unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU beruft, wenn die auftragsgegenständliche Leistung eine Besondere Dienstleistung im Sinne des Art. 74 der Richtlinie 2014/24/EU sein sollte. Daraus folgt, dass sich die Antragstellerin dann vergeblich auf eine vermeintliche unmittelbare Anwendbarkeit des Artikel 72, der Richtlinie 2014/24/EU beruft, wenn die auftragsgegenständliche Leistung eine Besondere Dienstleistung im Sinne des Artikel 74, der Richtlinie 2014/24/EU sein sollte.

Vor diesem Hintergrund hat das Verwaltungsgericht zunächst erwogen, dass die Einstufung des Auftrags 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): Gemäß Anhang römisch vierzehn 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 Anlassfall 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.

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 Anlassfall ohne rechtliche Relevanz ist, zu welcher von diesen angeführten Besonderen Dienstleistungen die gegenständliche Verpflegung von Kindergärten mit Mittagessen zuzuordnen ist.

Die Versorgung mit frisch hergestellten und zur sofortigen Konsumation bestimmten Speisen ist somit eine Dienstleistung und nicht eine Lieferleistung. Es handelt sich hierbei bei zutreffender rechtlicher Beurteilung um Dienstleistungen im Sinne des Anhangs XIV der Richtlinie 2014/24/EU, welche durch die irrtümliche Bezeichnung als Lieferauftrag in der Ausschreibung nicht zu einem Lieferauftrag werden. Die Versorgung mit frisch hergestellten und zur sofortigen Konsumation bestimmten Speisen ist somit eine Dienstleistung und nicht eine Lieferleistung. Es handelt sich hierbei bei zutreffender rechtlicher Beurteilung um Dienstleistungen im Sinne des Anhangs römisch vierzehn der Richtlinie 2014/24/EU, welche durch die irrtümliche Bezeichnung als Lieferauftrag in der Ausschreibung nicht zu einem Lieferauftrag werden.

Daraus folgt, dass die Berufung auf Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU durch die Antragstellerin ins Leere geht. Daraus folgt, dass die Berufung auf Artikel 72, der Richtlinie 2014/24/EU durch die Antragstellerin ins Leere geht.

Die Berufung auf Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU durch die Antragstellerin geht darüber hinaus auch deswegen ins Leere, weil eine erfolgreiche Berufung auf Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU gemäß Punkt 22 des Erkenntnisses des VwGH vom 16.6.2020, 2018/04/0015, einen vergaberechtlich relevanten Vorgang nach Ablauf der Umsetzungsfrist der genannten Richtlinie (18.4.2016) voraussetzen würde. Die von der Antragstellerin revidierten inhaltlichen Änderungen des Vertrages stellen jedoch einen fließenden, kontinuierlichen Vorgang dar, welcher bereits mit Beginn der Leistungserbringung im Jahr 2002 begonnen hat und sich bis zu dem beantragten Feststellungszeitpunkt 2.1.2017 bzw. 2.1.2018 fortsetzt. Eine als etwaige wesentliche nachträgliche Vertragsänderung in Betracht kommende vergaberechtsrelevante Abänderung kann daher nicht auf einen konkreten Zeitpunkt nach dem 18.4.2016 bezogen werden. Insbesondere bestehen auch keine Anhaltspunkte für die etwaige Annahme, dass genau zum Feststellungszeitpunkt 2.1.2017 bzw. 2.1.2018 eine vergaberechtsrelevante Abänderung gegenüber der unmittelbar vorangegangenen Phase der Ausführung des Vertrages vorliegen würde. Die Berufung auf Artikel 72, der Richtlinie 2014/24/EU durch die Antragstellerin geht darüber hinaus auch deswegen ins Leere, weil eine erfolgreiche Berufung auf Artikel 72, der Richtlinie 2014/24/EU gemäß Punkt 22 des Erkenntnisses des VwGH vom 16.6.2020, 2018/04/0015, einen vergaberechtlich relevanten Vorgang nach Ablauf der Umsetzungsfrist der genannten Richtlinie (18.4.2016)

voraussetzen würde. Die von der Antragstellerin relevierten inhaltlichen Änderungen des Vertrages stellen jedoch einen fließenden, kontinuierlichen Vorgang dar, welcher bereits mit Beginn der Leistungserbringung im Jahr 2002 begonnen hat und sich bis zu dem beantragten Feststellungszeitpunkt 2.1.2017 bzw. 2.1.2018 fortsetzt. Eine als etwaige wesentliche nachträgliche Vertragsänderung in Betracht kommende vergaberechtsrelevante Abänderung kann daher nicht auf einen konkreten Zeitpunkt nach dem 18.4.2016 bezogen werden. Insbesondere bestehen auch keine Anhaltspunkte für die etwaige Annahme, dass genau zum Feststellungszeitpunkt 2.1.2017 bzw. 2.1.2018 eine vergaberechtsrelevante Abänderung gegenüber der unmittelbar vorangegangenen Phase der Ausführung des Vertrages vorliegen würde.

Die Tatsache, dass der Auftraggeber den bestehenden Auftrag zum Ablauf des Jahres 2016 bzw. zum Ablauf des Jahres 2017 nicht gekündigt hat, womit der Auftrag jeweils mit 2.1.2017 bzw. mit 2.1.2018 fortgedauert hat, kann für sich nicht als wesentliche Vertragsänderung angesehen werden. Dies ergibt sich daraus, dass die gegenteilige Ansicht auf eine vergaberechtlich gerade nicht bestehende unbedingte Verpflichtung hinauslaufen würde, unbefristete Verträge sonst bei Vorliegen einer wesentlichen Vertragsänderung aufkündigen zu müssen.

Der Vollständigkeit halber ist rechtlich noch Folgendes auszuführen:

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, 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 müssen, und diesbezüglich keine vergaberechtsrelevante Abänderung für einen Zeitpunkt nach dem 18.4.2016 festgestellt werden kann. 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, diese Vertragsbestimmung auf Grund des Vorliegens einer Besonderen Dienstleistung im Sinne des Artikel 74, der Richtlinie 2014/24/EU nicht an der Anforderung des Artikel 72, Absatz eins, Litera a, der Richtlinie 2014/24/EU zu messen ist, als Vertragsänderungsklausel „klar, präzise und eindeutig“ sein müssen, und diesbezüglich keine vergaberechtsrelevante Abänderung für einen Zeitpunkt nach dem 18.4.2016 festgestellt werden kann.

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. Darüber hinaus kann diesbezüglich keine vergaberechtsrelevante Abänderung für einen Zeitpunkt nach dem 18.4.2016 festgestellt werden. 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 Artikel 72, der Richtlinie 2014/24/EU sei. Dieses Vorbringen geht ins Leere, weil Artikel 72, der Richtlinie 2014/24/EU auf den gegenständlichen Auftrag nicht anzuwenden ist und sich die gegenständliche Vertragsklausel daher nicht an der Anforderung des Artikel 72, Absatz eins, Litera a, der Richtlinie 2014/24/EU messen lassen muss, klar, präzise und eindeutig sein zu müssen. Darüber hinaus kann diesbezüglich keine vergaberechtsrelevante Abänderung für einen Zeitpunkt nach dem 18.4.2016 festgestellt werden.

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. Darüber hinaus kann diesbezüglich keine vergaberechtsrelevante Abänderung für einen Zeitpunkt nach dem 18.4.2016 festgestellt werden. 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 Artikel 74, der Richtlinie 2014/24/EU nicht an der Anforderung des Artikel 72, Absatz eins, Litera a, der Richtlinie 2014/24/EU zu messen, wonach Vertragsänderungsklauseln klar, präzise und eindeutig sein müssen. Darüber hinaus kann diesbezüglich keine vergaberechtsrelevante Abänderung für einen Zeitpunkt nach dem 18.4.2016 festgestellt werden.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass sich während der nunmehr mehr als 15-jährigen Vertragslaufzeit der Anbietermarkt maßgeblich geändert habe, so besteht auf Grund des durchgeführten Beweisverfahrens kein Anlass, diesem Vorbringen auf Sachverhaltsebene entgegen zu treten. 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. Darüber hinaus kann auch diesbezüglich keine vergaberechtsrelevante Abänderung für einen Zeitpunkt nach dem 18.4.2016 festgestellt werden, zumal die von der Antragstellerin argumentierte Fluktuation des Anbieterkreises ein fließender Vorgang ist, der seit dem Beginn der Leistungserbringung andauert. Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass sich während der nunmehr mehr als 15-jährigen Vertragslaufzeit der Anbietermarkt maßgeblich geändert habe, so besteht auf Grund des durchgeführten Beweisverfahrens kein Anlass, diesem Vorbringen auf Sachverhaltsebene entgegen zu treten. Auch hier ist jedoch darauf hinzuweisen, dass gegenständlich eine Besondere Dienstleistung im Sinne des Artikel 74, der Richtlinie 2014/24/EU vorliegt und auf Besondere Dienstleistungen die Einschränkungen des Artikel 72, der Richtlinie 2014/24/EU für nachträgliche Vertragsänderungen nicht anzuwenden sind. Darüber hinaus kann auch diesbezüglich keine vergaberechtsrelevante

Abänderung für einen Zeitpunkt nach dem 18.4.2016 festgestellt werden, zumal die von der Antragstellerin argumentierte Fluktuation des Anbieterkreises ein fließender Vorgang ist, der seit dem Beginn der Leistungserbringung andauert.

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. Eine solche europarechtliche Grundlage konnte jedoch nicht aufgefunden werden. Darüber hinaus kann auch hier in zeitlicher Hinsicht eine nachträgliche Vertragsänderung für den antragsgegenständlichen Feststellungszeitpunkt 2.1.2017 bzw. 2.1.2018 nicht festgestellt werden, zumal ein fließender Vorgang vorliegt und sich insoweit zu den beiden genannten Stichtagen jeweils keine Änderung ergeben hat, welche allenfalls als neue Auftragsvergabe zum jeweiligen Stichtag hätte angesehen werden können.

In diesem Zusammenhang ist die Antragstellerin auch darauf zu verweisen, dass dem zit. Erkenntnis des VwGH zu Folge dem Marktteilnehmer keinesfalls auch die Möglichkeit offen steht, eine verpflichtende Entscheidung darüber zu verlangen, dass der Auftraggeber den Auftrag neu auszuschreiben hätte. Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass sich die Leistungsinhalte des Vertrages seit Leistungsbeginn, dh seit 2.1.2003, soweit verändern hätten, dass dies insgesamt eine wesentliche Vertragsänderung ergeben und damit eine Pflicht zur Neuausschreibung begründen würde, so ist der Antragstellerin gerade diese Feststellung des VwGH entgegen zu halten.

Zum Vorbringen der Antragstellerin, der Auftrag sei mit maximal 6 Jahren befristet gewesen, ist festzuhalten, dass der objektive Erklärungswert der Regelung der Vertragsdauer im ursprünglichen Vertrag dahingehend verstanden werden muss, dass nach diesem Zeitraum ein unbefristeter Vertrag mit der Möglichkeit der Kündigung jeweils zum Jahresende vorliegt. Die Antragsgegnerin hat nach Ablauf dieser Zeitspanne den Vertrag nicht zum jeweiligen Jahresende aufgekündigt und die Auftragnehmerin hat es dabei bewenden lassen. Soweit der Vertrag nicht bereits mit Beginn der Leistungserbringung im Jahr 2002 ein unbefristeter Vertrag mit jährlicher Kündigungsmöglichkeit nach Ablauf von 5 Jahren gewesen sein sollte, so wurde er spätestens nach Ablauf von 6 Jahren konkludent dahingehend präzisiert, dass ein unbefristeter Vertrag mit Kündigungsmöglichkeit zum jeweiligen Jahresende vorliegt. Der diesbezügliche, allenfalls vergaberechtsrelevante Vorgang liegt in einer Zeit, zu der die Antragstellerin noch nicht gegründet war und den die Antragstellerin bereits aus diesem Grund nicht relevieren kann. Die Antragstellerin wurde erst Jahre nach diesem Zeitpunkt, und zwar im Jahr 2013, gegründet.

Zur Frage des Wechsels des Auftragnehmers ist rechtlich auszuführen, dass die (ursprüngliche) Auftragnehmerin den Betriebsteil „Frischküche“, 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.

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 weiter einzugehen.

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

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.

Zusammengefasst war daher dem Feststellungsantrag aus folgenden Gründen keine Folge zu geben:

Zum einen hat der Antragstellerin über die für die Erbringung des Auftrages erforderliche Befugnis für das Gastgewerbe in der Betriebsart einer Lieferküche erst seit 11.1.2018 verfügt und war daher für die beiden Zeitpunkte, auf die sich ihr Feststellungsantrag bezieht – nämlich den 2.1.2017, in eventu den 2.1.2018 - noch nicht ausreichend befugt, die gegenständliche Leistung zu erbringen. Bis einschließlich 10.1.2018 lag daher auf Seiten der Antragstellerin ein Mangel der für die Ausführung des Auftrages erforderlichen Befugnis vor. Ihr fehlt insoweit bereits die Antragslegitimation.

Sollte man jedoch von einer Antragslegitimation der Antragstellerin ausgehen, so geht der Antrag dennoch ins Leere, weil sie sich nicht erfolgreich auf Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU berufen kann. Dies ist zum einen darin begründet, dass nach Ablauf der Umsetzungsfrist der genannten Richtlinie (18.4.2016) keine vergaberechtsrelevante Abänderung des gegenständlichen Auftrages vorliegt, sondern diese ein fließender Prozess ist, der bereits mit dem Beginn der Leistungserbringung im Jahr 2002 begonnen hat. Zum anderen wäre Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU auf Besondere Dienstleistungen gemäß Art. 74 der genannten Richtlinie selbst dann nicht unmittelbar anwendbar, wenn eine vergaberechtsrelevante Abänderung nach dem 18.4.2016 vorläge. Sollte man jedoch von einer Antragslegitimation der Antragstellerin ausgehen, so geht der Antrag dennoch ins Leere, weil sie sich nicht erfolgreich auf Artikel 72, der Richtlinie 2014/24/EU berufen kann. Dies ist zum einen darin begründet, dass nach Ablauf der Umsetzungsfrist der genannten Richtlinie (18.4.2016) keine vergaberechtsrelevante Abänderung des gegenständlichen Auftrages vorliegt, sondern diese ein fließender Prozess ist, der bereits mit dem Beginn der Leistungserbringung im Jahr 2002 begonnen hat. Zum anderen wäre Artikel 72, der Richtlinie 2014/24/EU auf Besondere Dienstleistungen gemäß Artikel 74, der genannten Richtlinie selbst dann nicht unmittelbar anwendbar, wenn eine vergaberechtsrelevante Abänderung nach dem 18.4.2016 vorläge.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

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

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

Schlagworte

Reglementiertes Gewerbe; Lieferküche; fehlende Befugnis; Antragslegitimation; vergaberechtsrelevante Abänderung; Pflicht zur Neuausschreibung; Richtlinie 2014/24/EU; unmittelbare Anwendbarkeit

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWl:2020:VGW.123.077.7868.2020.E

Zuletzt aktualisiert am

03.08.2022

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