

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00584 vom 16. Januar 2013

ZH Verwaltungsgericht, 2013-01-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2012.00584

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00584 du 16 janvier 2013

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00584 del 16 gennaio 2013

Regeste

Submission | Vergabe der Lieferung von Mittagessen für Schulkinder: Begründungspflicht; Qualifikation von beigezogenen Dritten als Subunternehmer; Zulässigkeit des Ausschlusses von Subunternehmern. Die Beschwerdegegnerin hat den Vergabeentscheid nur summarisch begründet. Im Beschwerdeverfahren hat sie auf Beschwerdeantwort verzichtet. Damit hat die Beschwerdegegnerin ihre Begründungspflicht verletzt (E. 4.3). Die Mitbeteiligte und die von ihr beigezogenen Unternehmen können nicht als Einheit behandelt werden. Sollen wesentliche Leistungen, die Teil des Vergabegegenstands sind, von verschiedenen Unternehmen erbracht werden, zwischen denen keinerlei konzernrechtliche Verbindung besteht, liegt entweder eine Arbeits- bzw. Bietergemeinschaft oder ein Subunternehmerverhältnis vor (E. 5.2). Die Leistungen, die vom beigezogenen Drittunternehmen erbracht werden sollen, beinhalten unter anderem die Zubereitung der Mahlzeiten. Damit sind sie derart wesentlich, dass dieses als Subunternehmerin zu qualifizieren ist (E. 5.3). Die Mitbeteiligte kann nicht erst im Beschwerdeverfahren geltend machen, der Ausschluss von Subunternehmern sei nicht zulässig gewesen (E. 5.4). Gutheissung.

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBI 100/1999, S. 372; vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 41 N. 22). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) sowie die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 zur Anwendung.

E. 2

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen den Vergabeentscheid legitimiert, wenn sie bei deren Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen, oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem sie ein neues Angebot einreichen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11; § 21 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Vorliegend wendet sich die

Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde gegen die Berücksichtigung des Angebots der Mitbeteiligten, da dieses den Beizug von Subunternehmern vorsehe, obwohl dies in den Ausschreibungsunterlagen ausgeschlossen worden sei. Dringt die Beschwerdeführerin mit diesem Standpunkt durch, ist ihr der Zuschlag zu erteilen. Ihre Legitimation ist somit zu bejahen. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

E. 3

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdegegnerin bzw. die von dieser mit der Durchführung der Submission betraute G AG, für die Zuschlagsempfängerin fälschlicherweise die Firmenbezeichnung H-Gruppe verwendete. Obwohl sowohl der Teilnahmeantrag als auch die Offerte ausdrücklich und klar ersichtlich im Namen der C AG eingereicht wurden, verwendete die G AG – soweit ersichtlich – konsequent die Bezeichnung H-Gruppe. Erst das Schreiben der Schulpflege vom 3. September 2012, mit dem der Mitbeteiligten der Zuschlag mitgeteilt wurde, richtete sich an die C AG. Die falsche Bezeichnung der Anbieterin durch die G AG dürfte dadurch gefördert worden sein, dass in der Offerte selber praktisch ausschliesslich von der H-Gruppe die Rede ist. Nur deren Logo befindet sich auf der Titelseite, und auch der Text nimmt nicht auf die C AG, sondern ausschliesslich auf die H-Gruppe Bezug. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Offerte von der C AG stammt. Die Offerte bildet Bestandteil der klarerweise auf die C AG lautenden Offertunterlagen. Zudem wurde sie von zwei Personen unterzeichnet, die gemäss Internet-Handelsregisterauszug für die C AG, nicht aber für die H-Gruppe zeichnungsberechtigt sind. Schliesslich stammen auch das eingereichte Preisblatt (Anhang 7) sowie der eingereichte Betreibungsregisterauszug (Anhang 6) von der C AG. Die falsche Firmenbezeichnung im Zuschlagsentscheid darf der Mitbeteiligten, die diesen Fehler nicht zu vertreten hat, nicht zum Nachteil gereichen. Die Beschwerdeführerin macht dies denn auch nicht geltend. Die Frage, ob die Offerte von der C AG oder von der H-Gruppe erfolgte, ist im vorliegenden Fall auch nicht von entscheidender Bedeutung. Strittig ist der Beizug von Drittunternehmen, die weder mit der C AG noch mit der H-Gruppe konzernrechtlich verbunden sind. Deren Beizug durch die H-Gruppe wäre daher nicht anders zu beurteilen als der im Folgenden zu prüfende Beizug durch die C AG (vgl. unten, E. 5). Aufgrund der falschen Firmenbezeichnung durch die G AG ist allerdings nicht auszuschliessen, dass diese hinsichtlich der bei einer Vertragserfüllung durch die Mitbeteiligte involvierten Unternehmen und deren "Gruppenzugehörigkeit" von falschen Annahmen ausging. Allenfalls wurde seitens der G AG angenommen, die im Angebot der Mitbeteiligten erwähnten "Partner" würden zur H-Gruppe gehören. Darauf scheint neben der falschen Firmenbezeichnung der Umstand hinzudeuten, dass die G AG die Mitbeteiligte nach erteiltem Zuschlag – wohl nachdem die Beschwerdeführerin Kontakt mit ihr aufgenommen hatte, um eine Nachbesprechung zu vereinbaren (vgl. Beschwerdeschrift, Rz. 44) – noch aufforderte, Angaben betreffend Subunternehmen zu machen. Da die Beschwerdegegnerin auf eine Beantwortung der Beschwerde verzichtet hat, besteht diesbezüglich keine Klarheit. Es darf unter diesen Umständen nicht zuungunsten der Mitbeteiligten angenommen werden, die Beschwerdegegnerin bzw. die G AG sei von falschen Annahmen ausgegangen. Ebenso wenig kann aber ohne Weiteres davon ausgegangen werden, die Beschwerdegegnerin habe in Kenntnis aller massgeblichen Umstände entschieden, die von der Mitbeteiligten beigezogenen Partner der I-Gruppe seien nicht als Subunternehmen im Sinn der Präqualifikationsunterlagen zu qualifizieren.

E. 4

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Beschwerdegegnerin habe durch den Verzicht auf Beschwerdeantwort ihre Begründungspflicht verletzt. Der Zuschlag sei schon aus diesem Grund aufzuheben.

E. 4.1

Die Begründungspflicht ergibt sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör, der in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV) verankert ist (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, § 10 N. 36); sie wird überdies in § 10 Abs. 1 VRG ausdrücklich festgehalten. Nach den Spezialvorschriften von Art. 13 lit. h IVöB und § 38 Abs. 2 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) ist die Vergabestelle indessen bei der Eröffnung des Zuschlags lediglich zu einer summarischen Begründung verpflichtet; nur auf Gesuch eines Anbieters hin hat sie diesem die wesentlichen Gründe für seine Nichtberücksichtigung bekannt zu geben (§ 38 Abs. 3 SubmV). Die Rechtsprechung lässt sodann zu, dass die Vergabeinstanzen die Begründung eines Vergabeentscheids noch im Rahmen der Beschwerdeantwort ergänzen und damit eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs, die aus dem ursprünglichen Fehlen einer ausreichenden Begründung erwachsen konnte, beheben (VGr, 25. Januar 2012, VB.2011.00329, E. 5.1.2; 17. Februar 2000, VB.1999.00015, E. 4a = RB 2000 Nr. 59 = BEZ 2000 Nr. 25).

E. 4.2

Die Beschwerdegegnerin begründete den Zuschlag an die Mitbeteiligte im Vergabeentscheid lediglich damit, dass diese "im Rahmen der Gesamtbewertung der definierten Kriterien das beste Resultat erzielt und (...) somit das wirtschaftlich günstigste Angebot" eingereicht habe. Dem beigelegten Beschluss der Schulpflege war sodann zu entnehmen, dass "bei gleichwertiger Qualität, aufgrund des günstigeren Preises, die H-Gruppe mit einer Gesamtnote von 5,3 gegenüber der A AG mit einer Gesamtnote von 5,0" obsiege. Anlässlich einer Nachbesprechung vom 6. September 2012 erhielt die Beschwerdeführerin nach eigenen Angaben mündliche Informationen und Einsicht in bestimmte Dokumente betreffend die Benotung der Offerten (Beschwerdeschrift, Rz. 44). Warum die Offerte der Mitbeteiligten trotz des Bezugs von Subunternehmern berücksichtigt wurde, habe die Beschwerdegegnerin nicht begründet.

E. 4.3

Die Begründung des Vergabeentscheids erweist sich damit nicht als ausreichend, nachdem die Beschwerdegegnerin auf die Beantwortung der Beschwerde verzichtet hat. Für die Beschwerdeführerin wurden die massgeblichen Entscheidungsgründe nicht genügend ersichtlich. Die Beantwortung der Beschwerde durch die Mitbeteiligte kann die Begründung, zu der die Beschwerdegegnerin verpflichtet war, nicht ersetzen. Der Zuschlag ist schon aus diesem Grund aufzuheben. Aus prozessökonomischen Gründen ist jedoch im Folgenden auch zu klären, ob das Angebot der Mitbeteiligten wegen des Einbezugs von Subunternehmern hätte ausgeschlossen werden müssen.

E. 5

Die Beschwerdeführerin macht geltend, in den Präqualifikations- und Offertunterlagen sei ausdrücklich festgehalten worden, dass der Rückgriff auf Subunternehmer nicht zulässig sei. Die Mitbeteiligte habe dem mit der Unterschrift unter den Teilnahmeantrag vorbehaltlos zugestimmt. Trotzdem wolle die Mitbeteiligte zu weiten Teilen unter Rückgriff auf Subunternehmer leisten. Betroffen seien dabei die wesentlichen Leistungen Einkauf, Zubereitung, Verpackung, Etikettierung und Transport. Die Beschwerdegegnerin

habe die ausgeschriebene Vorschrift, wonach der Beizug von Subunternehmern nicht zulässig sei, nicht nachträglich ausser Kraft setzen dürfen. Zum einen sei diese Vorschrift von wesentlicher Natur, zum anderen sei sie von der Mitbeteiligten in erheblichem Umfang verletzt worden. Die Mitbeteiligte wendet ein, sie führe den Geschäftsbereich Meal Services, der insbesondere Mittagstische an Schulen beliefe, zusammen mit den Partnern der I-Gruppe, namentlich J AG, K AG und L AG. Diese Zusammenarbeit sei auf Dauer angelegt, exklusiv und derart eng, dass der Geschäftsbereich Meal Services als ein Unternehmen betrachtet werden müsse. Weder die Mitbeteiligte noch die J AG würden Mahlzeitenlösungen für Mittagstische ohne Mitwirkung des jeweils anderen Partners anbieten. Die Führung und Steuerung des Geschäfts liege dabei klar bei der Mitbeteiligten. Diese bestimme namentlich die Qualität und Herkunft der Rohstoffe, die Rezeptur der Mahlzeiten, das Produktionsverfahren und die Menüplanung. Die Zusammenarbeit zwischen der Mitbeteiligten und der J AG sei in einem Rahmenvertrag mit mehrjähriger Laufzeit geregelt. Zudem bestehe ein Vertrag zwischen der Mitbeteiligten und der K AG, der insbesondere spezifischer auf die Zusammenarbeit im Geschäftsbereich Meal Services eingehe. Die Abrechnungsmethode zwischen den Partnern ("cost plus fee") entspreche jener, die typischerweise in Konzernverhältnissen angewendet werde. Für das Bestell- und Abrechnungswesen sei unter der Führung der Mitbeteiligten eine elektronische Plattform geschaffen worden, die von allen involvierten Partnern gemeinsam verwendet werde und über welche die Kunden ihre Bestellungen aufgeben könnten. Die gemäss Zuschlagskriterien relevanten Parameter der Auftrags Erfüllung würden also von der Mitbeteiligten kontrolliert. Weder J AG noch L AG könne als Subunternehmer im Sinn der Ausschreibungsunterlagen bezeichnet werden, weil einer wirtschaftlichen Betrachtung gegenüber Formalien der Vorzug zu geben sei. Sowohl die Beschwerdeführerin wie die Mitbeteiligte vertreten die Auffassung, sie hätten die Ausschreibung in Bezug auf die Zulässigkeit von Subunternehmern in ihrem Sinn verstehen dürfen, weshalb nach Treu und Glauben und aus Gründen der Gleichbehandlung allenfalls eine neue Offerte eingereicht werden können müsse.

E. 5.1

Der von der Beschwerdegegnerin erstellte Teilnahmeantrag enthielt auf Seite 1 den Hinweis, "Subunternehmen oder Arbeitsgemeinschaften [seien] nicht zugelassen." Sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Mitbeteiligte reichten diesen Teilnahmeantrag ausgefüllt und unterzeichnet ein. Damit bestätigten sie die Richtigkeit der gemachten Angaben und das Einverständnis mit den Submissionsbedingungen. Unter Ziff. 4 der Ausschreibungsunterlagen erfragte die Beschwerdegegnerin in Bezug auf die Einhaltung von Arbeitsschutzbestimmungen unter anderem, ob sich der Anbieter bereit erkläre, "auch seine Subunternehmer auf die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen gemäss Frage 1 zu verpflichten" (Frage 2). Mit der Unterzeichnung dieser Selbstdeklaration übernahm der Anbieter "die Verantwortung dafür, dass sämtliche Bedingungen und Auflagen auch von seinen Subunternehmern eingehalten" würden. In den Ausschreibungsunterlagen wurde ferner bekannt gegeben, dass der Preis zu 30 % und die Qualität zu 70 % gewichtet würde. Die in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Qualitätskriterien lauteten, in absteigender Reihenfolge ihrer Gewichtung: Akzeptanz der Mahlzeiten bei Schulkindern (15 %), Qualität der Menüplanung (15 %), Qualität und Herkunft der Produkte (10 %), Qualität Bestell- und Abrechnungswesen (10 %), Zuverlässigkeit und Pünktlichkeit (10 %), Qualität der Produktionsverfahren (5 %), ökologische Qualität (2,5 %) und finanzielle Stabilität (2,5 %). Unter Ziff. 7 der

Ausschreibungsunterlagen (verlangte finanzielle und vertragliche Garantien und Angaben) hielt die Beschwerdegegnerin fest, Teilangebote und Teilprojekte sowie der Beizug von Subunternehmen oder die Bildung von Arbeitsgemeinschaften seien unzulässig. Die mit der Durchführung der Submission beauftragte G AG hielt in ihrem Schlussbericht zuhanden der Schulpflege Adliswil fest, aufgrund der Präqualifikationskriterien seien die Beschwerdeführerin und die H-Gruppe zur Offertstellung eingeladen worden, weil sie in der Verpflegung von Schulkindern die besten Referenzen aufweisen konnten. Bei gleichwertiger Qualität obsiege aufgrund des günstigeren Preises die H-Gruppe (S. 5). Erst nachdem die Schulpflege am 30. August 2012 den Zuschlag an die H-Gruppe beschlossen und eröffnet hatte, bestätigte die Mitbeteiligte der Beschwerdegegnerin, Bezug nehmend auf ein Telefongespräch vom 5. September 2012, in einem Schreiben vom 6. Juli (recte: September) 2012, dass die gesamte Vertragserfüllung gemäss den eingereichten Offertunterlagen ihrer alleinigen Verantwortung unterliege. Es würden keine Subunternehmen beigezogen. Die K AG diene lediglich als Produktionsstandort; sie nehme damit lediglich eine Hilfsaufgabe wahr, wobei sie in keiner Art und Weise frei sei, wie sie diese erfüllen wolle, sondern sich strikte an die Bestellaufträge der C AG zu halten habe. Von einem Subunternehmen könne dabei nicht die Rede sein.

E. 5.2

Der Auffassung der Mitbeteiligten, die Zusammenarbeit mit den Partnern der I-Gruppe sei so eng, dass der Geschäftsbereich Meal Services als ein Unternehmen betrachtet werden müsse, kann nicht gefolgt werden.

E. 5.2.1

Wie erwähnt (E. 3), sind die Drittunternehmen, deren Beizug zu beurteilen ist, weder mit der C AG noch mit der H-Gruppe konzernrechtlich verbunden. Es handelt sich mithin um eigenständige Unternehmen, die allein ihre eigenen Interessen verfolgen. Dass sie dazu in gewissen Bereichen zusammenarbeiten und sich die Partner dabei an die Aufträge der Mitbeteiligten halten müssen, ändert daran nichts. Solche Vereinbarungen sind – gerade zwischen (Haupt-)Unternehmern und deren Subunternehmern – nicht ungewöhnlich.

E. 5.2.2

Sollen (wesentliche) Leistungen, die Teil des Vergabegegenstands sind, von verschiedenen Unternehmen erbracht werden, zwischen denen keinerlei konzernrechtliche Verbindung besteht, liegt entweder eine Arbeits- bzw. Bietergemeinschaft oder ein Subunternehmerverhältnis vor. Für die von der Beschwerdegegnerin vertretene Auffassung, wonach solche Unternehmen unter Umständen als Einheit zu betrachten seien, bleibt kein Raum. Dies wäre kaum praktikabel und der Rechtssicherheit abträglich. Die Vergabestellen würden vor erhebliche Probleme gestellt. Sie müssten im Einzelfall prüfen, ob ein Anbieter zusammen mit Dritten eine solche Einheit bildet, eine Arbeitsgemeinschaft vorliegt oder ein Subunternehmer beigezogen werden soll. Gegebenenfalls müsste sie klären, ob durch die behauptete Bildung einer Einheit der Ausschluss von Arbeitsgemeinschaften und/oder des Beizugs von Subunternehmern umgangen würde.

E. 5.2.3

Selbst wenn die Möglichkeit bestünde, in der von der Beschwerdegegnerin verfochtenen Art und Weise eine Einheit zu bilden, wäre ein Anbieter gegebenenfalls verpflichtet, ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass er die entsprechenden Voraussetzungen als erfüllt betrachtet. Zudem müsste er die behaupteten Tatsachen belegen. Andernfalls könnte die

Vergabebehörde die notwendige Prüfung nicht vornehmen. Der Anbieter müsste die fraglichen Drittunternehmen mithin klar bezeichnen und die Umstände, welche die Behandlung als Einheit rechtfertigen sollen, darlegen und belegen. Dabei wäre auch die Verbindlichkeit der gegenseitigen Bindung aufzuzeigen. Zudem wären die vom Anbieter verlangten Nachweise auch für die zur behaupteten Einheit gehörenden weiteren Unternehmen beizubringen. Die Mitbeteiligte wurde diesen Anforderungen im vorliegenden Fall nicht gerecht. Generell verwendete sie in den ausgefüllten Offertunterlagen und ihrer Offerte die erste Person Plural, ohne zwischen sich, der H-Gruppe oder den beigezogenen Unternehmungen zu unterscheiden. Obwohl der Einkauf unbestrittenermassen nicht durch die Mitbeteiligte selber erfolgt, führte diese etwa aus: "Wir kaufen Fische und Meeresfrüchte nachhaltig ein. Unser Engagement zum Schutz bedrohter Fischbestände ist in der Gastronomie einzigartig." Unter dem Titel "Kooperation" wies die Mitbeteiligte nicht auf den Bezug weiterer Unternehmen hin. Hingegen führte sie bei der Beschreibung des "sous-vide"-Verfahrens aus, sie könne dabei "auf unsere sehr kompetente Produktionspartnerin zählen". Um welches Unternehmen es sich dabei handelt, wurde jedoch nicht genannt. Die Mitbeteiligte wies bei der Angabe übergeordneter Regelungen und Zertifizierungen nur auf das Qualitätsmanagementsystem der H-Gruppe und auf die Zertifizierungen, über die diese verfügt, hin. Hinsichtlich der gleichenorts erwähnten "Partner/Zulieferer" blieben die Aussagen hingegen sehr vage. Weder wurden diese und die von diesen ausgeführten Tätigkeiten be- noch wurden konkrete Zertifizierungen genannt. Zur Beurteilung der finanziellen Stabilität reichte die Mitbeteiligte nur einen aktuellen Betriebsregisterauszug der C AG ein. Hinweise auf den Bezug Dritter finden sich in den von der Mitbeteiligten eingereichten Unterlagen nur wenige. So wies die Mitbeteiligte in der Offerte darauf hin, ihre Produktionspartnerin K AG unterstehe in Bezug auf die Herkunft der Nahrungsmittel denselben Rahmenbedingungen wie die H-Gruppe. Auch bot die Mitbeteiligte an, eine Besichtigung der Produktionsküche bei der K AG in N zu organisieren. In Bezug auf die Lieferung der Mahlzeiten führte die Mitbeteiligte aus, die H-Gruppe sei zuständig für den Transport, "allenfalls unter Bezug eines Transportunternehmens". Unter dem Titel "Umwelt" erklärte die Mitbeteiligte sodann, ihr (nicht namentlich genannter) Logistikpartner engagiere sich in einem Projekt, gemeinsam mit anderen Unternehmen, mit gezielten Investitionen die CO₂-Reduktionen beim Transport zu reduzieren. Zudem betrage die Auslastung der Lieferwagen "unseres Partners" bis zu 95 %. Im Anhang 1 zu den Offertunterlagen (Produktedeklaration) findet sich der Hinweis "Hersteller/Fabrikant: K AG, 0001 N". Im Anhang zur Tourenplanung findet sich jeweils in der Kopfzeile der Vermerk: "Anwendung L AG" (Anhang 5). Die Angaben der Mitbeteiligten versetzten die Beschwerdegegnerin nicht in die Lage, die erforderliche Prüfung vorzunehmen. Die Angaben waren äusserst vage und kaum belegt. Für die Vergabestelle war kaum ersichtlich, dass zumindest die K AG bei der Leistungserbringung eine zentrale Rolle spielen sollte, indem sie die Mahlzeiten zubereiten sollte. Zur finanziellen Stabilität dieses Unternehmens lagen der Vergabestelle keinerlei Angaben vor. Auch die Eignung, über die unter den vorliegenden Umständen auch die K AG verfügen müsste, konnte die Beschwerdegegnerin anhand der ihr vorliegenden Informationen kaum abschliessend beurteilen. Ein fachlicher Leistungsausweis muss aber insbesondere für denjenigen Leistungserbringer vorliegen, der auch tatsächlich zum Einsatz kommt, sei dies nun der Offertsteller selbst oder eben ein "Dritter" (VGr, 8. April 2009, VB.2008.00194, E. 3.6.1).

E. 5.2.4

Es besteht nach dem Gesagten kein nachvollziehbarer Grund, weshalb die Mitbeteiligte und deren "Produktionspartner" als ein Unternehmen zu behandeln wären. Hinzu kommt, dass die Mitbeteiligte in ihrer Offerte nicht hinreichend deutlich auf die beabsichtigte Zusammenarbeit bzw. den Beizug von Drittunternehmen hingewiesen hat.

E. 5.3

Die Beschwerdegegnerin macht geltend, selbst wenn nicht davon ausgegangen werde, die Mitbeteiligte bilde mit ihren Partnern eine Einheit, könnten diese nicht als Subunternehmer qualifiziert werden, da ihr Beitrag von stark untergeordneter Natur sei.

E. 5.3.1

Subunternehmer verpflichten sich gegenüber dem Unternehmer vertraglich, von diesem übernommene Leistungen zu erbringen. Von Bedeutung ist dabei im vorliegenden Zusammenhang, dass nicht jegliche vertragliche Beziehung zum Anbieter eine Subunternehmerschaft begründet. Eine solche liegt vielmehr nur dann vor, wenn der beigezogene Dritte eine Leistung erbringt, die der Anbieter übernommen hat, die mithin Gegenstand der Vergabe ist. Es ist somit eine gewisse Wesentlichkeit der untervergebenen Leistung erforderlich.

E. 5.3.2

Der Projekttitle der vorliegend zu beurteilenden Vergabe lautete "Verpflegung: Mittagessen für Schulkinder". Gemäss Ausschreibung ist der Auftragsgegenstand der Abteilung "Dienstleistungen des Hotel- und Gaststättengewerbes und des Einzelhandels" und der Kategorie "Verpflegungsdienste für Schulen" der CPV-Nomenklatur zuzuordnen (CPV 55000000 und 55524000). Der detaillierte Aufgabenbeschrieb gemäss Ausschreibung lautete: "Lieferung von Mittagessen für Schulkinder an Schultagen. Total ca. 17'000 Mittagessen pro Jahr. Lieferung in Behältnissen des Auftragnehmers".

E. 5.3.3

Die Mittagsverpflegung von Schulkindern beinhaltet verschiedene Teilaspekte, die im vorliegenden Fall auch anhand der bewerteten Qualitätskriterien ersichtlich werden. Es sollen abwechslungsreiche, kindergerechte und qualitativ einwandfreie Mahlzeiten zubereitet und geliefert werden, die bei den Schulkindern auch auf Akzeptanz stossen. In administrativer Hinsicht kommt dem Bestell- und Abrechnungswesen grosse Bedeutung zu. Die wesentlichen Leistungen, die der Anbieter erbringen soll, sind damit zwar zu einem grossen Teil konzeptioneller und administrativer Natur. Eine zentrale Rolle kommt aber auch der Zubereitung der Mahlzeiten zu. Dementsprechend ordnete die Vergabebehörde die Vergabe der Kategorie "Verpflegungsdienste für Schulen" (CPV 55524000) und nicht der Kategorie "Auslieferung von Schulmahlzeiten" (CPV 55523100) zu. Bei der Zubereitung entscheidet sich massgebend, wie die Mahlzeiten schliesslich schmecken. Dies wiederum ist für deren Akzeptanz mindestens so entscheidend wie die Menüplanung und die Vorgabe von Verfahren.

E. 5.3.4

Zumindest die Leistungen, die von der K AG erbracht werden sollen, sind damit im Sinn des Gesagten wesentlich. Sie sind Teil der ausgeschriebenen Leistung. Die K AG ist daher als Subunternehmerin der Mitbeteiligten zu qualifizieren.

E. 5.4

Die Beschwerdegegnerin macht für den Fall, dass ihre Partner als Subunternehmer qualifiziert werden, geltend, der Ausschluss von Subunternehmern sei nicht zulässig gewesen.

E. 5.4.1

Die Mitbeteiligte kann sich nicht erst im vorliegenden Beschwerdeverfahren auf den Standpunkt stellen, der Ausschluss von Subunternehmern sei nicht zulässig gewesen. Wenn sie dieser Auffassung war, so wäre sie nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, den entsprechenden Einwand frühzeitig, also nach Kenntnisnahme der klaren Vorgabe im Teilnahmeantrag, zu erheben, um ein unnötiges Beschwerdeverfahren zu vermeiden (VGr, 11. Juli 2012, VB.2011.00598, E. 3.7; 24. November 1999, VB.1998.00327, E. 4c = BEZ 2000 Nr. 10). Die Mitbeteiligte durfte nicht darauf vertrauen, die Beschwerdegegnerin würde vom Verbot des Beizugs von Subunternehmern schliesslich noch abrücken, zumal ein solches Vorgehen der Vergabebehörde unzulässig wäre. Diese ist an die selber gestellten Bedingungen gebunden.

E. 5.4.2

Dass in den Ausschreibungsunterlagen unter dem Titel "Selbstdeklaration" die Frage nach der Verpflichtung von Subunternehmern auf die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen gestellt wurde (vgl. E. 5.1), ändert daran nichts. Dabei handelt es sich um eine Standardfrage. Die Mitbeteiligte durfte aufgrund derselben unter den vorliegenden Umständen nicht davon ausgehen, der Beizug von Subunternehmern sei zulässig. Unter dem Titel "Verlangte finanzielle und vertragliche Garantien und Angaben" wurde der im Teilnahmeantrag klar formulierte Ausschluss von Subunternehmern denn auch ausdrücklich bestätigt.

E. 5.4.3

Im Übrigen ist ein Ausschluss von Subunternehmen für die Hauptleistungen zulässig, bedarf jedoch einer sachlichen Rechtfertigung (VGr, 5. Mai 2010, VB.2009.00667, E. 2.3). Dabei steht der Vergabebehörde ein erheblicher Ermessensspielraum zu, dessen Handhabung das Verwaltungsgericht nur auf Rechtsverletzungen hin überprüft (Art. 16 IVöB). O, Leiter der Schulverwaltung Adliswil, äusserte sich in einem E-Mail vom 3. Oktober 2012 gegenüber der Mitbeteiligten zu den Gründen, welche die Beschwerdegegnerin zum Ausschluss von Subunternehmern veranlasst habe. Die Beschwerdegegnerin habe bewusst entschieden, Arbeitsgemeinschaften, Teilangebote und den Beizug von Subunternehmungen auszuschliessen. Es sollte verhindert werden, dass vertraglich vereinbarte Leistungen letztlich nicht durch das ausgewählte Unternehmen, sondern durch andere Unternehmungen erbracht würden. Mit Bezug auf die Zubereitung der Mahlzeiten dürfte ein schützenswertes Interesse der Vergabestelle an einer direkten vertraglichen Beziehung zum Unternehmen eher zu bejahen sein. Ob der generelle Ausschluss von Subunternehmern damit gerechtfertigt werden kann, kann im vorliegenden Fall jedoch offenbleiben, da die Mitbeteiligte – wie erwähnt (E. 5.4.1) – nicht rechtzeitig auf den behaupteten Mangel hinwies.

E. 5.5

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die von der Mitbeteiligten beigezogene K AG als Subunternehmerin zu qualifizieren ist. Die Beschwerdegegnerin hätte das Angebot der Mitbeteiligten, die sich nicht gegen den Ausschluss von Subunternehmern gewehrt hatte, ausschliessen müssen.

E. 6

Die Beschwerde erweist sich als begründet und ist gutzuheissen. Der Zuschlag ist aufzuheben. Da das Angebot der Beschwerdeführerin an die erste Stelle rückt und keine weiteren Abklärungen erforderlich sind, hat die Vergabe an sie zu erfolgen. Praxisgemäss erteilt das Verwaltungsgericht den Zuschlag jedoch nicht selber; die Sache ist vielmehr mit einer entsprechenden Anordnung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen (vgl. VGr, 13. Februar 2002, VB.2001.00035, E. 3c = BEZ 2002 Nr. 33). Ausgangsgemäss sind die Verfahrenskosten der Beschwerdegegnerin und der Mitbeteiligten aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Diese sind zudem zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG).

E. 7

Der geschätzte Auftragswert von Fr. 400'000.- übersteigt den im Staatsvertragsbereich massgebliche Schwellenwert (Art. 1 lit. b der Verordnung des EVD vom 23. November 2011 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2012 und 2013 [AS 2011, S. 5581]). Gegen dieses Urteil ist daher die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Andernfalls steht nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.