

LU_GERICHTE V 07 297_1 vom 11. Januar 2008

LU Gerichte, 2008-01-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu_gerichte_V_07_297_1

FR: LU_GERICHTE V 07 297_1 du 11 janvier 2008

IT: LU_GERICHTE V 07 297_1 del 11 gennaio 2008

Regeste

Art. 5 Abs. 1 lit. a BoeB; § 1 Abs. 3 öBG, §§ 5, 6, 9, 13 und 16 öBG; § 1a Abs. 1 öBV, § 2 öBV, §§ 3 Abs. 4 und 6 Abs. 1 lit. a öBV, § 8 Abs. 1 lit. f öBV. Gesetzliche Auslegeordnung zum Begriff "öffentliche Beschaffung". Der koordinierte Lebensmitteleinkauf des Kantons für die Mensen der Kantonsschulen und kantonalen Spitäler ist als öffentliche Beschaffung zu qualifizieren, wiewohl die Beschaffung von verderblichen Verbrauchsgütern submissionsrechtlich atypisch ist. Im konkreten Fall Wert des einzelnen Lieferauftrags als Beschaffungswert. Da der Schwellenwert für ein offenes Verfahren nicht erreicht ist, wäre für alle Produkte das freihändige Verfahren zulässig gewesen. Es steht der Behörde dennoch frei, gleichartige Aufträge verschiedener Verwaltungseinheiten einzeln durch jene vergeben zu lassen oder aber zentral zusammengefasst zu vergeben. Auch eine koordinierte Offerteinholung für alle grundsätzlich selbständigen Dienststellen muss nicht unbedingt in eine zentrale Beschaffung und mithin auch nicht in ein öffentliches Verfahren münden. Hat der Kanton aber freiwillig ein höherstufiges Verfahren durchgeführt, ist er daran gebunden mit der Folge, dass gerichtlicher Rechtsschutz greift. Materielle Erwägungen zu Verfahrensausschluss, Preisbewertung und maximal zulässiger Vertragsdauer. Beschwerdegutheissung mit Rückweisung zur Neuurteilung. | Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 3

Das Verwaltungsgericht prüft seine Zuständigkeit und die Zulässigkeit der Beschwerde von Amtes wegen (§ 35 Abs. 2 des kantonalen Gesetzes über die öffentlichen Beschaffungen vom 19.10.1998 [öBG; SRL Nr. 733] in Verbindung mit § 107 Abs. 1 und 2 lit. a und lit. d des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 3.7.1972 [VRG; SRL Nr. 40]). Zu klären ist vorweg die Frage, ob überhaupt eine öffentliche Beschaffung vorliegt. Die Parteien gehen stillschweigend von einer solchen aus. Die Beantwortung dieser Frage ist von grundsätzlicher Bedeutung für die Art, wie der Kanton im vorliegenden Fall die Leistungen einzukaufen gedenkt, aber auch für den Rechtsweg. a) Weder das GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 (GPA; SR 0.632.231.422) noch das Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz [BGBM]; SR 943.02) enthalten eine begriffliche Klärung des öffentlichen Beschaffungsgeschäfts. Die genannten Erlasse begnügen sich mit einer offenen Umschreibung möglicher Geschäfte. Art. 1 GPA regelt und konkretisiert den Anwendungsbereich insofern, als das Übereinkommen Anwendung findet auf "jede Beschaffung durch vertragliche Methoden, einschliesslich Kauf oder Leasing, Miete oder Miete-Kauf, mit oder ohne Kaufoption" (Art. 1 Abs. 2 GPA). Nach Art. 5 Abs. 2 BGBM haben Kantone und Gemeinden sowie andere

Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben dafür zu sorgen, dass die Vorhaben "für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten" sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag amtlich publiziert werden. Aus diesen Umschreibungen kann immerhin geschlossen werden, dass der Erwerb von beweglichen Gütern und Sachen, sei es zu Eigentum oder zur Nutzung, grundsätzlich dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt sein soll. Das Bundesbeschaffungsrecht legt den möglichen Gegenstand einer öffentlichen Beschaffung in Form von Auftragstypen fest. So wird der Lieferauftrag geregelt als der Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin über die "Beschaffung beweglicher Güter, namentlich durch Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Mietkauf" (Art. 5 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16.12.1994 [BoeB]; vgl. GPA/Anh. I Annex 4 N 3). Daneben enthält Art. 5 BoeB noch die Begriffsdefinitionen des Dienstleistungs- und des Bauauftrags. Aus den staatsvertraglichen und bundesgesetzlichen Grundlagen hat sich die heute übliche Dreieinheit von Bauleistungen, Dienstleistungen und Lieferungen entwickelt. In seiner ursprünglichen Form deckte das Beschaffungsrecht vor allem die Vergabe von Bauaufträgen ab; in Bezug auf Bauleistungen hat sich denn auch eine reiche Praxis herausgebildet. Der Dienstleistungsauftrag wiederum wird definiert als Vertrag zwischen Auftraggeberin und Anbieterin über die Erbringung einer Dienstleistung (Art. 5 Abs. 1 lit. b BoeB). Das GPA wie auch das Bundesbeschaffungsrecht verweisen zur näheren Bestimmung der Dienstleistungen auf Anhänge. So führt z.B. Anhang 1 Annex 4 des GPA positive und negative Listen über die unter das Übereinkommen fallende Dienstleistungen. Ähnliches gilt für das kantonale Recht (vgl. Anhang 1 der kantonalen Verordnung zum Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen vom 7.12.1998 [öBV; SRL Nr. 734]). Bei den Lieferungen findet sich dagegen keine Festlegung auf bestimmte einzelne Produkte; die Erlasse enthalten auch keine besonderen Kategorien von Sachen oder Gütern, die abschliessend dem Beschaffungsrecht unterstellt würden (mit Ausnahme im Bereich der Verteidigung und des Zivilschutzes). In dem Sinne müssen die Umschreibungen oder Definitionen - soweit vorhanden - als offen und integral bezeichnet werden. Erfasst werden somit grundsätzlich alle Arten von Lieferungen (Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, S. 48).

b) Auch nach kantonalem Recht sind öffentliche Beschaffungen Lieferungen, Dienstleistungen und Bauten (§ 1 Abs. 3 öBG). Die Lieferungen werden in § 1a Abs. 1 öBV definiert als Beschaffungen beweglicher Güter, insbesondere durch Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Mietkauf. Auch das interkantonale Konkordatsrecht kennt die gleiche Begriffsbestimmung (vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. b der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25.11.1994/15.3.2001 [IVöB; SRL Nr. 733a]). Im Wesentlichen stimmen die kantonalrechtlichen Formulierungen hinsichtlich der Hauptkategorien Bauleistungen, Dienstleistungen und Lieferungen mit den Bestimmungen des internationalen und nationalen Rechts überein, weswegen aus dem kantonalen Recht keine besonderen Folgerungen für die Frage, was eine öffentliche Beschaffung sei, gezogen werden können.

c) Das Bundesgericht hat sich in wenigen Urteilen mit der Auslegung des Begriffs der öffentlichen Beschaffungen befasst. In BGE 125 I 212 ff. Erw. 6b (= Pra 89/2000 Nr. 149) hielt es fest, dass die Erteilung einer Konzession für den Plakataushang auf öffentlichem Grund an eine private Firma kein öffentliches Beschaffungsgeschäft darstelle. Bei der öffentlichen Arbeitsvergabe müsse der Staat quasi als "Konsument" für die Erfüllung seiner Aufgaben bei privaten Firmen ("Produzent") unter Einsatz finanzieller staatlicher Mittel Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen beschaffen. Bei der Konzession für den

Plakataushang hingegen trete der Staat dem Privaten eher als "Verkäufer" einer Leistung gegenüber. Ausserdem gehe es dabei nicht um die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe (vgl. auch BGE 126 I 255 Erw. 2d/bb). Diese Rechtsauffassung bestätigte das Bundesgericht im Urteil 128 I 136 ff.. Im Rahmen eines Streites über die Zuteilung von Standplätzen für gewerbliche Veranstaltungen auf öffentlichem Grund hielt es fest, ein Auswahlverfahren könne einem Submissionsverfahren für öffentliche Beschaffungen nicht gleichgesetzt werden, wenn die Gemeinde nicht selber als Abnehmerin einer Sache oder Dienstleistung auftrete, sondern lediglich das Recht zur Benützung des öffentlichen Grundes erteile (BGE 128 I 146). Eine öffentliche Beschaffung liege hingegen vor, wenn der Staat sich gegen einen Preis, zu dessen Zahlung er sich verpflichtet, bei einer privaten Unternehmung ein Gut oder eine Dienstleistung besorgt. Die Bezahlung eines Preises oder Entgelts ist somit ein typisches Merkmal einer öffentlichen Beschaffung (BGE 125 I 212 ff. Erw. 6b). Immerhin soll für die Förderung des Wettbewerbs unter den Anbietern sowie im Dienste des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel das Beschaffungsrecht auch dort zur Anwendung kommen, wo eine Leistung in Erfüllung einer Staatsaufgabe ausgelagert und durch einen Privaten auf dessen Rechnung und Gefahr unter staatlicher Aufsicht erfüllt werde (VPB 64.30 [BRK 006/1999 vom 3.9.1999]). Ebenso wird die Vergabe von Arbeiten im Rahmen eines "Public Private Partnership (PPP)" als submissionsrechtlich relevant betrachtet. Dies gilt zum Beispiel, wenn ein privater Investor von einem öffentlichen Gemeinwesen gegen Entgelt Land erwirbt, um darauf - nebst privaten Bauten - öffentliche Infrastrukturanlagen zu errichten. Nicht entschieden ist die Frage, wieweit Verträge über öffentliche Beschaffungen, in denen der private Partner zugleich als Abnehmer von nicht unter das öffentliche Beschaffungsrecht fallenden Sachleistungen des Gemeinwesens auftritt, überhaupt dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstehen (BG Urteil 2C_116/2007 vom 10.10.2007 Erw. 4.4). d) Gemäss Ausschreibung "Koordinierter Lebensmitteleinkauf/Offenes Verfahren" will der Kanton Luzern für die Kantonsschulen, das Bildungszentrum für Hauswirtschaft Sursee, die Landwirtschaftlichen Betriebs- und Beratungszentren Schüpfheim und Hohenrain sowie für die drei vom Kanton betriebenen Spitäler mit den Standorten Luzern, Wolhusen und Sursee Lebensmittel für den jährlichen Bedarf einkaufen. Der Kanton erwirbt somit bewegliche Güter und bezahlt einen Preis für die Leistung eines privaten Unternehmens, um Personen in den betriebseigenen Mensen seiner Schulen und Spitäler zu verpflegen. Damit handelt es sich um Rechtsgeschäfte, mit denen die öffentliche Hand sich gegen entsprechende Bezahlung die für ihre Tätigkeit nötigen Sachmittel und Leistungen beschafft, d.h. um "Einkäufe des Staates" (Galli/Moser/Lang, a.a.O, S. 43, mit Hinweis). Angesichts der offenen Beschreibung des Lieferauftrags bzw. des Liefervertrags in den erwähnten Erlassen und gestützt auf die Tatsache, dass der Kanton die Waren unmittelbar gegen Entgelt erwirbt und insofern als "Konsument" der ausgeschriebenen Leistungen zu gelten hat, kann der Erwerb dieser beweglichen Güter als öffentliche Beschaffung qualifiziert werden. Die im Kantonsblatt publizierten Warengruppen (Lebensmittel) fallen nicht unter den gesetzlichen Ausnahmekatalog gemäss § 2 öBG bzw. Art. 10 IVöB, weshalb die Beschaffungsregeln grundsätzlich anwendbar sind.

E. 4

a) Die Beschaffung muss allerdings im Rahmen der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben erfolgen. Welche Vorhaben eines Gemeinwesens betroffen sein können, ergibt sich einerseits aus der Kompetenzordnung nach kantonalem Verfassungsrecht, aus den in der Verfassung dem Kanton oder den Gemeinden zugewiesenen Aufgaben und andererseits aus

den entsprechenden Umsetzungen auf Gesetzesstufe. Dass sowohl das Bildungs- als auch das Gesundheitswesen primäre Kantonsaufgaben sind, braucht hier nicht weiter ausgeführt zu werden. Freilich geht es hier nicht um die direkte Umsetzung von Bildungsangeboten oder den Schutz der Gesundheit; die Lebensmitteleinkäufe haben für sich betrachtet nur einen marginalen Bezug zu den genannten Kantonsaufgaben. Hinsichtlich der Kantonsschulen ist es allerdings gesetzliche Aufgabe des Kantons, die Bauten zu erstellen, zu betreiben und mit den notwendigen Spezialräumen sowie den Einrichtungen für einen zeitgemässen und stufengerechten Unterricht zu unterhalten (§ 22 Abs. 1 des Gesetzes über die Gymnasialbildung vom 12.2.2001; SRL Nr. 501). Er hat ausdrücklich für angemessene Aufenthalts- und Verpflegungsmöglichkeiten zu sorgen (§ 22 Abs. 2 Gymnasialbildungsgesetz). Auch in Bezug auf die Spitäler gilt es gesetzliche Vorschriften zu beachten, welche sich auf das hier streitige Beschaffungsvorhaben beziehen. So regelte die auf dem Gesundheitsgesetz (SRL Nr. 800) beruhende Spitalverordnung vom 15. Dezember 1998 (SRL Nr. 820alt) die Aufgaben der Departementsleitung "Betriebswirtschaft und Infrastruktur", zu denen auch die Verantwortung für die Nebenbetriebe zählte (§ 15 Abs. 1 lit. j Spitalverordnung). Die Führung der Mensen in den Spitälern hat im Übrigen einen engeren sachlichen Zusammenhang mit der in den Spitälern angebotenen Grundversorgung, geht es doch auch um die Verpflegung von Patienten, von Angehörigen oder auch des Personals. Die Spitalverordnung wurde per Ende 2007 ausser Kraft gesetzt, ebenso die für die Spitalverordnung relevanten Bestimmungen des Gesundheitsgesetzes (vgl. Beschluss über die Aufhebung von Verordnungen und Reglementen im Spitalwesen vom 18.12.2007 [G 2007 649]). Per 1. Januar 2008 trat das Spitalgesetz vom 11. September 2006 (SRL Nr. 800a) vollständig in Kraft (Teile des Spitalgesetzes gelten bereits seit 1.7.2007; vgl. § 40 Fn. 12). Mit dieser Neuregelung werden die kantonalen Spitäler in zwei öffentlich-rechtlichen Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit zusammengefasst (§ 7 Abs. 1 Spitalgesetz). Die strategische Unernehmensführung obliegt neu dem Spitalrat (§ 16 Abs. 2 Spitalgesetz). Der Spitalrat hat denn auch verschiedene Reglemente verabschiedet (§ 16 Abs. 2 lit. g Spitalgesetz), die per 1. Januar 2008 in Kraft traten, darunter das Reglement über die Organisation des Luzerner Kantonsspitals vom 20. November 2007 (Spitalreglement; SRL Nr. 820) sowie das Reglement über die Rechte und Pflichten der Patientinnen und Patienten des Luzerner Kantonsspitals vom 20. November 2007 (Patientenreglement LUKS; SRL Nr. 820b). Das ändert aber für die hier massgebende Frage, ob die umfassenden Lebensmitteleinkäufe in Umsetzung einer öffentlichen Aufgabe erfolgen, nichts. Ferner gelten gemäss Übergangsbestimmung grundsätzlich die bisherigen Verordnungen bis zum Erlass neuer Regelungen fort (§ 39 Spitalgesetz). Schliesslich ist auf den allgemeinen Grundsatz der Nichtrückwirkung materiellen Rechts hinzuweisen; massgebend für die rechtliche Beurteilung ist das geltende Recht zum Zeitpunkt des Erlasses der Zuschlagsverfügungen (§ 32 öBG). b) Das Verwaltungsgericht Zürich hatte einen Fall zu beurteilen, wo der Betrieb einer Berufsschulmensa durch ein Privatunternehmen zur Diskussion stand. Es stellte dabei fest, es handle sich in erster Linie um die Beschaffung einer Dienstleistung, die im abschliessenden Katalog des GPA nicht enthalten sei (Entscheid VB.2002.00022 vom 3.7.2002 Erw. 2). Darüber hinaus wurde in dieser Entscheidung offen gelassen, ob es sich bei der Führung eines solchen Verpflegungsbetriebs überhaupt um eine öffentliche Beschaffung handeln könne. Hingegen wurde als Beispiel einer Submission ausdrücklich der Fall genannt, wo ein interner Verpflegungsbetrieb einer Anstalt vorab im öffentlichen Interesse und in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe erfolgt, wie dies etwa bei einer von

privaten Unternehmungen bereitgestellten Verpflegung von Patienten in öffentlichen Spitälern der Fall wäre. In einem weiteren Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich (VB.99.00204 vom 3.11.1999 = BEZ 1999 Nr. 37) ging es ebenfalls um die Lieferung von Lebensmitteln (Frischfleisch, Brot, Milchprodukte), und zwar an Institutionen der Alters- und Gesundheitsvorsorge. Die Stadt Zürich hatte eine Submission im offenen Verfahren gemäss IVöB eröffnet; eine sich beschwerende Berufsgruppe machte geltend, solche Lieferaufträge unterstünden nicht den Vorschriften des Vergaberechts. Das Gericht machte im Hinblick auf die Anwendung des Schwellenwerts Ausführungen zur Berechnung des Auftragswerts, beurteilte den Fall aber ohne weitere Erwägungen unter den Vorschriften des Vergaberechts. c) Gestützt auf die erwähnten gesetzlichen Bestimmungen und aus den genannten Urteilen ergibt sich, dass die Mensen der in der Ausschreibung genannten Schulen und Spitäler zumindest teilweise im öffentlichen Interesse betrieben werden und dass in der Hinsicht die Beschaffung der Lebensmittel in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe erfolgt. Zwar ist die Beschaffung von verderblichen Verbrauchsgütern submissionsrechtlich atypisch, fehlt es doch an einer Investition in ein bestimmtes Objekt (Baute) oder Produkt (Dienstleistung oder Lieferung von Bedarfsgütern mit einer bestimmten Nutzungsdauer). Ferner will Art. 5 BGBM trotz seines umfassenden Wortlauts nicht jegliche Beschaffung von Gütern oder Leistungen seitens des Gemeinwesens ohne Ausnahme erfassen. So gilt als selbstverständlich, dass der Kauf von Grundstücken dem BGBM nicht untersteht, obschon eine ausdrückliche Ausnahme nicht normiert ist. Indessen spielen bei der hier umstrittenen Beschaffung die Wettbewerbsförderung, die Gleichbehandlung ortsansässiger und ortsfremder Anbieter sowie auch der wirtschaftliche Einsatz der öffentlichen Mittel eine bedeutsame Rolle. Demgemäss unterstehen die hier fraglichen Einkäufe der Lebensmittel dem öffentlichen Beschaffungsrecht.

E. 5

a) Zu prüfen bleibt der Wert der Beschaffung und damit zusammenhängend die Frage der massgebenden Verfahrensart. Dem GPA unterstehen u.a. die Beschaffungsstellen der Kantone, jedoch für die Lieferung von Gütern nur ab einem Auftragswert von Fr. 383'000.--. Im von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich ist für Lieferungen unter einem Auftragswert von Fr. 100'000.-- die freihändige Vergabe vorgesehen; das offene Verfahren ist ab einem Auftragswert von Fr. 250'000.-- durchzuführen (Art. 7 Abs. 1 und Abs. 1bis, Art. 12bis Abs. 2 und Anhang 2 IVöB; § 9 lit. a öBG in Verbindung mit § 6 Abs. 1 lit. a öBV). Der Wert einer Beschaffung entspricht dem geschätzten Wert eines einzelnen Auftrags für eine Lieferung, Dienstleistung oder Baute (§ 2 Abs. 1 Satz 1 öBV). Entscheidend ist somit die objektbezogene Betrachtungsweise, der Wert eines einzelnen Auftrags. Eine Zusammenrechnung der einzelnen Leistungsobjekte ist - vorbehaltlich § 2 Abs. 3 öBV - nicht vorgeschrieben. Werden einzelne Leistungsobjekte oder Produkte dennoch zusammen erfasst und entsprechend ausgeschrieben, so hat das grundsätzlich für den gesetzlichen Auftragswert keine Folgen. Der Kanton Luzern hat die Palette umfangreicher Lebensmittel (Nahrungsmittel und Getränke) in insgesamt 17 Warengruppen unterteilt und so publiziert (Kantonsblatt Nr. 22 vom 2.6.2007 S. 1563 - 1587). Zwischen den einzelnen Lebensmitteln und Lebensmittelgruppen besteht nun kein relevanter Zusammenhang in dem Sinne, dass die Lieferungen zwingend in der erfolgten Art hätten ausgeschrieben werden müssen. Weder besteht ein enger rechtlicher noch ein enger sachlicher Zusammenhang. Es ist sachlich nicht nötig, dass - bezogen auf den vorliegenden Fall - Konserven verschiedensten Inhalts nur von einem Anbieter als Paket geliefert werden. Ein erkennbarer beschaffungsrechtlich massgeblicher Zusammenhang

beispielsweise zwischen Ananas, Apfelmus, Ketchup und Maiskörnern ist nicht auszumachen. Einen einheitlichen (Liefer-)Auftrag unsachgemäss in mehrere Teilaufträge zu zerstückeln in der Absicht, die Anwendung des Vergaberechts oder eines bestimmten Verfahrens zu umgehen, ist allerdings unzulässig (vgl. Stöckli, Das Vergaberecht der Schweiz, 6. Aufl. 2004, S. 362 und dort genannte Entscheide). Ist aber ein einheitlicher Auftrag nicht gegeben, so kann eben der Gesamtwert der Einzellieferungen für die Wahl der Verfahrensart nicht entscheidend sein. b) Der Markt für die einzelnen Produkte ist heterogen und ändert sich ständig. Das macht deutlich, dass eine sachliche Notwendigkeit, die Lieferaufträge für die diversen Lebensmittel nur als Gruppen an einen bestimmten Anbieter zu vergeben, nicht besteht. Dies ergibt sich auch aus der Ausschreibung selber, wird doch die Produktliste als nicht abschliessend bezeichnet; diese könne vom effektiven Bedarf abweichen. Die Betriebe müssen denn auch in Bezug auf die Produktauswahl auf die aktuelle Nachfrage flexibel reagieren können. Für Organisationseinheiten eines Gemeinwesens, die selbständig Lieferungen beschaffen können, ist ohnedies der geschätzte Wert eines einzelnen Auftrags für eine Lieferung pro Organisationseinheit massgebend (§ 2 Abs. 2 öBV). Die genannten Schulen und Spitäler gelten als selbständige Organisationseinheiten, d.h. die Lebensmittel können auch pro Schule oder Spital vergeben werden. In dem Zusammenhang sind auch die Lieferbedingungen zu nennen, wonach die Bestellungen der Produkte durch die Betriebe individuell vorgenommen werden. Der Kanton Luzern hat seit Inkrafttreten des öBG den Lebensmittel- und Getränkeeinkauf erstmals zum Gegenstand eines gesetzlichen Beschaffungsverfahrens gemacht. Bislang erfolgten die Einkäufe separat durch die autonom geführten Betriebe. Aus dem Orientierungsschreiben der involvierten Departemente vom 23. Mai 2007 geht hervor, dass eine umfangreiche Untersuchung Einsparungsmöglichkeiten aufgezeigt hat, denen durch den koordinierten Einkauf und das formalisierte Vergabeverfahren Rechnung getragen werden soll. Damit ist klar, dass der Beschwerdegegner bzw. seine Beschaffungsstellen bis jetzt auch der Auffassung waren, die Durchführung eines Vergabeverfahrens sei nicht zwingend. Bemerkenswert ist in dem Zusammenhang, dass diverse Schulen nur in Teilbereichen in das Beschaffungsverfahren einbezogen wurden. So ist beispielsweise das landwirtschaftliche Betriebs- und Beratungszentrum Schüpfheim in Bezug auf die Lieferung von Joghurt, Kalbfleisch und Käse vom Submissionsverfahren "freigestellt" worden (Kantonsblatt Gruppen VII, VIII und IX, S. 1572 - 1575). Ob diese Entscheidung auf technischen Gründen beruht oder bewusst eine regionale Schule mit regionalen Produkten bevorteilt werden soll, kann hier offen bleiben. Immerhin macht auch dieser Umstand deutlich, dass von einer integralen Erfassung aller kantonseigenen Abnehmer (Schulen und Spitäler) und vollständiger Ausschreibung nicht gesprochen werden kann. c) Nach dem Gesagten ergibt sich, dass der Schwellenwert für ein offenes Verfahren - unabhängig vom staatsvertraglichen oder nicht staatsvertraglichen Bereich - nicht erreicht wird. Vielmehr können nach den geltenden gesetzlichen Vorschriften die einzelnen Lebensmittel und Getränke freihändig vergeben werden. Das Jahresvolumen für die Subwarengruppe Konserven wird denn auch auf lediglich Fr. 120'000.-- geschätzt. Daraus ergibt sich, dass der Auftragswert der einzelnen Produkte bei weitem nicht an die Obergrenze für eine freihändige Vergabe von Fr. 100'000.-- reicht. Damit trifft die Feststellung, die Ausschreibung liege im Staatsvertragsbereich gemäss den Artikeln 5bis und 6 IVöB, nicht zu. Im Übrigen behielt sich der Beschwerdegegner das Recht vor, neue gleichartige Aufträge, welche sich auf den Grundauftrag beziehen, nach dem freihändigen Verfahren zu vergeben. d) Der Beschwerdegegner hätte nach dem Gesagten sämtliche

Lebensmittel und Getränke im freihändigen Verfahren erwerben können. Indem er allerdings eine umfangreiche Beschaffung nach den Vorgaben des GATT/WTO ausschrieb und das offene Verfahren anordnete, hat er aus freien Stücken ein höherstufiges Verfahren durchgeführt. Er ist denn auch an dieses Verfahren und an seine eigenen Vorgaben gebunden (LGVE 2006 II Nr. 9 Erw. 4; Stöckli, a.a.O., S. 370 f.). Für den Rechtsschutz bedeutet dies, dass das Verwaltungsgericht auf die Beschwerde eintritt und die Rügen der Beschwerdeführerin materiell prüft. Dies gebietet im vorliegenden Fall schon der Grundsatz von Treu und Glauben; sämtlichen bisherigen Anbietern von Waren und Lieferanten wurde die Entscheidung der Verwaltung, die Einkäufe zu koordinieren und die Unternehmen in einem Vergabeverfahren auszuwählen, vorgängig bekannt gegeben. Die Aufträge wurden in Form von formellen Zuschlagsverfügungen erteilt. Immerhin ist hier einzuräumen, dass es bei einer freihändigen Vergabe grundsätzlich keinen Rechtsschutz gibt und damit auch der Prüfungsaufwand der Behörden vom Erreichen der Schwellenwerte abhängig gemacht werden kann (BG-Urteil 2P.189/2004 vom 11.2.2005 Erw. 2.4 f.). Im vorliegenden Fall geht es aber nicht um die Prüfung des Ergebnisses eines Freihandverfahrens, sondern um die Anfechtung einer Zuschlagsverfügung, die in einem vorgängig festgelegten und auch überprüfbaren Verfahren ergangen ist. Darüber hinaus stellen sich Rechtsfragen, deren Klärung im Hinblick auf weitere Beschaffungen dieser Art dienlich ist. Wie erwähnt ist die vom Beschwerdegegner gewählte Beschaffung im offenen Verfahren nicht zwingend; zulässig ist für alle Produkte das freihändige Verfahren. Dennoch steht es einer Behörde frei, gleichartige Aufträge verschiedener Verwaltungseinheiten einzeln durch jene vergeben zu lassen oder aber - wie hier erfolgt - zentral zusammengefasst zu vergeben. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass auch eine koordinierte Offerteinholung für alle grundsätzlich selbständigen Dienststellen nicht unbedingt in eine zentrale Beschaffung und mithin auch nicht in ein öffentliches Verfahren münden muss.

E. 6

a) Die Beschwerdeführerin rügt vorab, die Begründung des Zuschlags sei unzureichend. Die Vergabestelle habe lediglich auf die bei der Bewertung erreichten Punktzahlen und auf die in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Vorgaben verwiesen. Gemäss § 17 lit. g öBG muss eine Zuschlagsverfügung eine kurze Begründung enthalten, warum das berücksichtigte Angebot das wirtschaftlich günstigste ist. Auch § 27 Abs. 2 öBG verlangt, dass Verfügungen summarisch begründet werden. Das bedeutet nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts, dass zumindest kurz zu erläutern ist, weshalb das berücksichtigte Angebot die Zuschlagskriterien am besten erfüllt (LGVE 2000 II Nr. 51 Erw. 2d; Urteil V 05 339 vom 11.1.2006 Erw. 3b). Die Zuschlagsverfügung umfasst gut zwei Seiten, enthält die wesentlichen Informationen zum Auftraggeber, zum Gegenstand der Beschaffung und zur Verfahrensart. Die Begründung, warum der Zuschlag an die Beschwerdegegnerin erteilt wurde, besteht im Wesentlichen aus der Angabe der erreichten Punktzahl. Immerhin wird auch noch dargelegt, wie das preislich günstigste Angebot errechnet wurde. Angesichts der Ausschreibungsunterlagen und der im Voraus bekannt gegebenen Gewichtung der Zuschlagskriterien ist die Begründung der Zuschlagsverfügung ausreichend. Zudem war die Beschwerdeführerin in der Lage, die Verfügung sachgerecht und ausführlich anzufechten. Ferner wurden ihr das Replikrecht eingeräumt und die Akten zur Einsicht zugestellt. Von daher hätte selbst eine "ungenügende" Begründung keinen Rechtsnachteil für die anfechtende Partei nach sich gezogen. Weiterungen erübrigen sich. b) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vergabestelle habe den Grundsatz der Vertraulichkeit von Informationen im Vergabeverfahren verletzt. Diese habe nach der

Offertöffnung unaufgefordert allen Anbieterinnen sämtliche Konkurrenzofferten zugestellt. Jede Anbieterin kenne die Details aller Offerten und insbesondere die offerierten Preise pro Produktartikel. Bei der Vergabe von Aufträgen ist der Grundsatz der Vertraulichkeit von Informationen einzuhalten (Art. 11 lit. g IVöB). Anbieterinnen sind berechtigt, in alle Akten, die ihr Angebot oder ihre Stellung als Anbieterin im Verfahren betreffen, Einsicht zu nehmen. Konkurrenzangebote können jedoch nicht eingesehen werden (Art. 25 Abs. 1 öBG). Konkurrenzangebote geniessen den Schutz als Geschäftsgeheimnisse. Im Vergabeverfahren und auch im Rechtsmittelstadium besteht daher grundsätzlich kein Anspruch auf Einsicht in die Offertunterlagen von Konkurrenten (BG-Urteil 2P.226/2002 vom 20.2.2003 Erw. 2, mit Hinweisen, bestätigt mit BG-Urteilen 2P.173/2003 vom 9.12.2003 Erw. 2.5 und 2P.111/2003 vom 21.1.2004 Erw. 4.1.2). Unbestritten gewährte die Vergabestelle sämtlichen Anbieterinnen Einsicht in die Angebote der Mitbewerber bzw. legte sämtliche Preise aller Unternehmen offen. Ob dieses Vorgehen wegen des Transparenzgebotes so zwingend war, wie dies der Beschwerdegegner geltend macht, kann dahingestellt bleiben. Die Beschwerdeführerin kann vor Verwaltungsgericht nur vorbringen, ihr seien Unterlagen vorenthalten oder Verfahrensgrundsätze, die ihre Position als Anbieterin betreffen, missachtet worden. In der Hinsicht bringt sie gerade keine Rügen vor. Insofern hat sie an der von ihr beantragten gerichtlichen Feststellung kein schutzwürdiges Interesse. In diesem Punkt ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

E. 7

a) Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, die Beschwerdegegnerin habe ein unzulässiges Teilangebot bzw. ein unvollständiges Angebot eingereicht. Diese habe nämlich nicht alle Produkte der Artikelliste für die Subwarengruppe "Konserven" offeriert. Deshalb hätte ihre Konkurrentin aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen. Demgegenüber vertritt die Vergabestelle die Meinung, ein Ausschluss wäre unverhältnismässig gewesen. Die Beschwerdegegnerin macht wiederum geltend, die betreffenden Produkte würden teils nicht mehr produziert, teils würden sie nicht im Sortiment geführt. Sie habe den wahren Sachverhalt wiedergegeben, während die Beschwerdeführerin sich darüber hinweggesetzt und unzutreffende bzw. täuschende Angaben gemacht habe. b) Anbieterinnen können aus wichtigen Gründen vom Verfahren ausgeschlossen werden (§ 16 Abs. 1 öBG). Welches wichtige Gründe sind, hat der Gesetzgeber in einem nicht abschliessenden Katalog aufgeführt (§ 16 Abs. 2 lit. a - f öBG). Bei klaren oder schweren Verstössen gegen Bestimmungen des öBG sind Anbieterinnen zwingend vom Verfahren auszuschliessen (§ 16 Abs. 3 öBG). Bei weniger schweren Verstössen steht der Vergabeinstanz ein gewisses Ermessen zu, einen Ausschluss vorzunehmen oder nicht. Wegleitend sind das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Verbot des überspitzten Formalismus zu beachten (Urteil V 02 240 vom 13.1.2003 Erw. 4, mit Hinweis auf die Protokolle der grossrätlichen Kommission vom 29.5.1998 S. 19 und vom 8.6.1998 S. 10/11; vgl. auch: BG-Urteile 2P.97/2005 vom 28.6.2006 Erw. 2, 2P.176/2005 vom 13.12.2005 Erw. 2, 2P.259/2004 Erw. 2; Galli/Lehmann/Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 323). c) Gemäss Ausschreibung bilden die Konserven eine Subwarengruppe der Warengruppe Hartwaren. Nach Ziff. 3.6 der Ausschreibung waren Teilangebote zugelassen, jedoch mussten die Subwarengruppen vollständig offeriert werden. Die Bedingungen für die Offerte sahen vor, dass "alle Produkte gemäss separater Artikelliste" zu offerieren sind. Unbestritten ist, dass gemäss Liste die Anbieterinnen 41 Artikel offerieren mussten. Fest steht, dass die Beschwerdegegnerin nur 37 Artikel offeriert hat. Es fehlen Preisangaben zu den folgenden

Produkten: Maiskörner im Beutel 3 kg; Sweet Corn USA 3/1 Hit; Vierfruchtkonfi Hero 3/1; Trauben rot, Ds 264 g, aus Spanien. Die Beschwerdegegnerin setzte bei der Position "Maiskörner" den Nettopreis 0 ein, weil dieses Produkt auf dem Markt nicht mehr produziert wird. Die Beschwerdeführerin offerierte einen Nettopreis von Fr. 8.24, vermerkte aber unter der Rubrik Kommentar "wird nicht mehr produziert". Hierzu bringt sie vor, sie habe sich darum bemüht, ein Ersatzprodukt zu offerieren. Sie werde denn auch in Kürze Mais im Beutel anbieten können. Schon daraus erhellt, dass die beiden Konkurrentinnen den gleichen Sachverhalt (ein nicht mehr existierendes Produkt) in ihren Offerten verschieden beurteilt haben. Das Produkt "Trauben rot" führen weder die Beschwerdeführerin noch die Beschwerdegegnerin in ihrem Sortiment. Während die Beschwerdegegnerin auch diese Position leer liess bzw. einen Nettopreis 0 einsetzte, offerierte die Beschwerdeführerin das Produkt zum Nettopreis von Fr. 1.96. Gemäss ihren Ausführungen hält sie das Produkt nicht in ihrem regulären Sortiment, könne aber das Produkt von einem anderen Unternehmen beziehen und entsprechend anbieten. Was schliesslich die Vierfruchtkonfi Hero 3/1 betrifft, ist unbestritten, dass es dieses Produkt jedenfalls in der ausgeschriebenen Gebindeeinheit nicht mehr gibt. Auch hier setzte die Beschwerdegegnerin den Nettopreis mit 0 ein, wogegen die Beschwerdeführerin einräumt, das Produkt in einer anderen Gebindeeinheit offeriert zu haben. Das müsse jedoch als Entgegenkommen verstanden werden und dürfe nie zu einem Ausschluss ihres eigenen Angebotes führen. Aus alledem erhellt, dass ein Ausschluss weder der Beschwerdeführerin noch der Beschwerdegegnerin angemessen ist. Ein unvollständiges Angebot (mit der Folge eines Ausschlusses) könnte nur dann in Betracht kommen, wenn die Ausschreibungsunterlagen - hier die Artikelliste - unmissverständlich wären und die darauf figurierenden Produkte auf dem Markt auch tatsächlich in der verlangten Form beschafft werden konnten. Das war offenbar mindestens zum Teil nicht der Fall, wobei diesen Umstand nicht die einzelne Anbieterin, sondern der Auftraggeber zu verantworten hat. Daran ändert nichts, dass der Auftraggeber unter dem Titel "Lieferengpässe" festlegte, sollte ein Artikel nicht verfügbar sein, verpflichte sich die Lieferfirma ein preislich und qualitativ vergleichbares Produkt zu liefern. Diese Bestimmung betrifft nicht Inhalt und Umfang der Offerte, sondern regelt die Abwicklung des Vertrags nach Vergabe des Auftrags. Angesichts dieser Umstände erwiese sich eine formelle Ausschlussverfügung oder die Nichtberücksichtigung der hier fraglichen Angebote als nicht zulässig. Der Standpunkt der Beschwerdeführerin erweist sich somit in der Hinsicht als unbegründet.

E. 8

a) Gemäss Ziff. 6.7 der Ausschreibungsunterlagen wurden die Vergabekriterien sowie deren Gewichtung wie folgt festgelegt: - Preislich günstigstes Angebot 40 % - Produktauswahl/Produktbestimmung 20% - Genügend eigene personelle, materielle und infrastrukturelle Kapazität 10 % - Fachtechnische Unterstützung/Bestell und Lieferablauf 10 % - Ökologie und Umweltverträglichkeit 10 % - Referenzen von Objekten gleicher Art 10 % b) Umstritten ist das Zuschlagskriterium des Preises. Der Beschwerdegegner macht geltend, zur Bestimmung des preislich besten Angebots hätten die Unternehmen die Preise pro einzelnen Artikel anführen müssen. Die Angabe eines Gesamtpreises sei nicht erforderlich gewesen. Das Zuschlagskriterium Preis sei so bewertet worden, dass zum einen jedes Angebot mit jedem anderen Angebot auf allen gemeinsam offerierten Artikeln verglichen wurde. So seien im Fall der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin nur die 37 von beiden Parteien offerierten Artikel verglichen und zu einem Gesamtpreis zusammengeführt worden. Die Beschwerdegegnerin habe ein um 15 % günstigeres

Angebot eingereicht. Der Unterschied habe sich mit einer Differenz von einem Punkt im Unterkriterium Nettopreis ausgewirkt. Zum anderen seien die jeweiligen Angebote der aus Sicht der Betriebe umsatzstärksten Artikel (so genannte Leaderartikel) miteinander verglichen worden. Der Beschwerdegegner nennt in diesem Zusammenhang 13 solche "Leaderprodukte". Daraus sei ein Nettopreis "Leaderprodukte" errechnet worden, was sich wiederum im entsprechenden Unterkriterium mit einem Punkt zu Gunsten der Zuschlagsempfängerin ausgewirkt habe. Diese habe denn auch die umsatzstärksten Produkte um 16.3 % billiger angeboten. c/aa) Aufträge werden an die Anbieterin mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot vergeben (§ 5 Abs. 1 öBG). Das wirtschaftlich günstigste Angebot ergibt sich gemäss § 5 Abs. 2 öBG aus dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Die im Voraus (vorliegend samt Gewichtung) bekannt gegebenen Beurteilungskriterien sind bei der Zuschlagserteilung für die Vergabestelle und die Anbieterinnen verbindlich. Nur mit diesen Angaben kann den Grundsätzen der Transparenz und des wirksamen Wettbewerbs nachgelebt werden (vgl. BG-Urteil 2P.299/2000 vom 24.8.2001 Erw. 2c und 4). Einer Vergabeinstanz steht allerdings ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu, in den das Gericht - ausser bei eigentlichen Rechtsfehlern (vgl. § 30 öBG) - nicht eingreift (statt vieler: LGVE 2004 II Nr. 10). Die Vergabeinstanz handelt hingegen vergaberechtswidrig, wenn sie bekannt gegebene Kriterien oder Subkriterien ausser Acht lässt, die Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder neue Kriterien berücksichtigt (BGE 125 II 100 Erw. 7c = Pra 1999 Nr. 105; LGVE 2000 II Nr. 13 Erw. 5c, bestätigt in LGVE 2004 II Nr. 10 Erw. 4c/dd). Das Ermessen ist pflichtgemäss auszuüben, was bedeutet, dass die Bewertung sachlich halt- und objektiv begründbar und das Bewertungssystem einheitlich sein muss, d.h. auf alle Anbietenden bzw. auf alle Angebote in gleicher Weise und nach gleichen Massstäben angewendet wird (dazu: Merkli/Aeschlimann/ Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N 26 ff. zu Art. 66; Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau vom 28.8.1998, in: BR 2000 S. 58 Nr. S12; Lang, Die Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau zum Submissionsrecht, in: ZBl 2002 S. 475, mit Hinweis auf AGVE 2000 S. 336 f.; vgl. dazu auch: § 17 Abs. 1 öBV). bb) Die Aufteilung bei der Preisbewertung in Unterkriterien (Nettopreis aller offerierten Produkte) und Nettopreis aller "Leaderprodukte" ist in der Ausschreibung nicht bekannt gegeben worden. Zwar darf von einer Vergabestelle nicht erwartet werden, dass sie das Prüfungsprogramm in jeder Hinsicht im Voraus festlegt. Doch müssen die Ausschreibungsunterlagen die Zuschlagskriterien einschliesslich aller sonstigen Gesichtspunkte, die bei der Beurteilung der Angebote berücksichtigt werden, enthalten (§ 8 Abs. 1 lit. f öBV). So müssen denn auch Unterkriterien den Anbieterinnen vorgängig bekannt gemacht werden, sofern sie dem Auftraggeber im Zeitpunkt der Ausschreibung schon bekannt sind. Unterkriterien brauchen nur dann nicht publiziert werden, wenn sie das Hauptkriterium lediglich konkretisieren und diesem inhärent sind (BG-Urteil 2P.172/2002 vom 10.3.2003 Erw. 2.3). Ob es sich im vorliegenden Fall tatsächlich um eigentliche Unterkriterien handelt oder eben die Unterteilung, wie sie die Vergabestelle vorgenommen hat, sich folgerichtig aus dem Hauptkriterium ergibt, mag dahingestellt bleiben. Massgeblich muss sein, dass für die Anbieterinnen erkennbar war, welche Aspekte eines Angebots für dessen Bewertung wesentlich sind (BR 2003 S. 65 Nr. S41). cc) Die Preisbewertung anhand des Zuschlagskriteriums ist nach Aktenlage nicht transparent. Gemäss Preisbewertungstabelle erfolgte der Vergleich zunächst auf allen offerierten Artikeln. Der ermittelte Gesamtpreis wurde durch die Anzahl der angebotenen Produkte

dividiert. Für die Zuteilung der Punkte wurden diese durchschnittlichen Nettopreise einander gegenübergestellt. Dieser Vergleich hinkt insofern, als das Preiskriterium mit dem Produktauswahlkriterium vermischt wird. Zu Recht wendet die Beschwerdeführerin ein, dadurch könne ein Unternehmer, der ein unvollständiges Angebot abgeben wolle, selber bestimmen, mit welchen Produkten er den Vergleich antreten wolle. In der Replik werden zudem einzelne Fehler bei der konkreten Auswertung aufgelistet. Diese Fehler werden vom Beschwerdegegner teilweise eingeräumt; so wird unter Berücksichtigung der Beanstandungen der Beschwerdeführerin ein korrigierter Vorteil der Zuschlagsempfängerin beim Nettopreis von 9.43 % errechnet. In Bezug auf die "Leaderartikel" wird der Preisvorsprung des erfolgreichen Unternehmens auf 15.2 % beziffert. Ferner wird von der Beschwerdeführerin zu Recht vorgetragen, dass das Unternehmen C, das nur 16 Artikel angeboten hatte, einen Netto-Durchschnittspreis von Fr. 4.901 hat, in der Bewertungsmatrix aber in Bezug auf den Nettopreis nur einen Punkt zugeteilt erhielt und damit tiefer bewertet wurde als die Verfahrensbeteiligten. Die teilweise Bewertung des Preises im Rahmen des Vergleichs der sogenannten "Leaderartikel" erweist sich im vorliegenden Kontext als unzulässig. Hier handelt es sich klarerweise um einen bedeutsamen Bewertungsgesichtspunkt, der in den Ausschreibungsunterlagen hätte bekannt gemacht werden müssen. Eine solche Aufwertung bestimmter Produkte - in Bezug auf die Beurteilung, was das preislich günstigste Angebot ist - kann nur akzeptiert werden, wenn der einzelne Anbieter darum weiss, entsprechend kalkulieren und das Angebot abfassen kann. Der Standpunkt des Beschwerdegegners, die Beschwerdeführerin hätte als erfahrene Anbieterin erkennen müssen, dass nicht alle nachgesuchten Artikel gleichbedeutend seien, überzeugt nicht. Massgeblich ist vielmehr, ob umsatzstärkste Produkte in der Ausschreibung als solche gekennzeichnet und deren besondere Bewertung mitgeteilt wird. Dies ist unbestritten nicht erfolgt. Ausserdem ist aus den Bewertungstabellen und Punkterastern das konkrete Vorgehen des Beschwerdegegners nicht erkennbar. Damit wird der Grundsatz der Gleichbehandlung verletzt; diese kann denn auch nur gewährleistet werden, wenn die in Frage stehenden Angebote vergleichbar sind (vgl. § 3 Abs. 1 öBG; LGVE 2001 II Nr. 15 Erw. 5b, mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung). d) Damit erweist sich die Bewertung des Kriteriums "preislich günstigstes Angebot", das entscheidend gewichtet wird (40 %), als im konkreten Fall nicht zulässig. In diesem Punkt ist daher die Zuschlagsverfügung aufzuheben.

E. 9

a) Nach der Zuschlagsverfügung werden die Aufträge auf unbestimmte Zeit vergeben. Dies entspricht der Ausschreibung; die Auftragsdauer läuft ab 1. Januar 2008 auf unbestimmte Zeit, jedoch mindestens 1 Jahr. In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bildungs- und Kulturdepartements für die Beschaffung von Lieferungen wird die Kündigung von unbestimmten Dauerverträgen geregelt. Danach können diese mit einer Frist von vier Monaten auf Ende einer einjährigen Vertragsdauer aufgelöst werden. Diese Bestimmung normiert den privatrechtlichen Lieferungsvertrag. Sie ändert jedoch nichts daran, dass gemäss öffentlich-rechtlichem Vergabeentscheid die jeweilige Beschaffung auf unbestimmte Zeit erfolgt, mithin es allein im Belieben der (späteren) Vertragspartner steht, ob und wie lange sie das Vertragsverhältnis fortsetzen wollen. b) Die Frage der maximal zulässigen Vertragsdauer wird weder im Bundesvergaberecht noch im GPA geregelt. Das Luzerner Submissionsrecht beschränkt die Vergabe von Daueraufträgen hingegen ausdrücklich auf zehn Jahre (§ 3 Abs. 4 öBV). Diese Regelung macht Sinn und ist Ausdruck der Praxis, denn ein Vertrag mit unbestimmter Dauer, der während Jahren nicht

gekündigt wird, räumt dem Zuschlagsempfänger eine Vorzugsstellung ein und verschliesst seinen Konkurrenten den Zugang zum Markt für Jahre oder Jahrzehnte. Indem ein Vertrag auf unbestimmte Dauer die Konkurrenz verfälscht, beeinträchtigt er eines der Hauptziele des Beschaffungsrechts. Ziel der Marktöffnung ist es, dass ein Beschaffungsvorhaben, das ein dauerndes oder langwährendes Bedürfnis der Vergabebehörde befriedigen soll, nur für eine bestimmte Dauer vergeben wird und entsprechend regelmässig wieder öffentlich ausgeschrieben werden kann (VPB 65.41 [BRK 007/2000 vom 3.11.2000]). Im Weiteren ist zu verweisen auf die Urteile des Verwaltungsgerichts Zürich (VB.2000.00136 vom 2.11.2000, in: BR 2001 S. 156 Nr. S41; vgl. auch BR 2000 S. 128 Nr. S41; kritisch: Anm. Stöckli, in: BR 2002 S. 69 Nr. S2). Gemäss Erwägung 5 ist die Ausschreibung und die Durchführung des offenen Verfahrens nicht zwingend und der Beschwerdegegner hätte die im Kantonsblatt publizierten Waren, Warengruppen und Produkte auch freihändig vergeben können. Insofern kommt § 3 Abs. 4 öBV nicht direkt zur Anwendung; denn eine freihändige Vergabe und Vorschriften über die Daueraufträge im Hinblick auf einen beschaffungsrechtlich tragenden Wettbewerb schliessen sich aus. Immerhin muss der Auftraggeber, wo ein freihändiges Verfahren zulässig ist, bei späteren Vergaben für Abwechslung unter den Anbieterinnen sorgen (§ 13 öBG). Massgeblich ist aber im vorliegenden Fall, dass der Kanton als Auftraggeber freiwillig ein höherstufiges Verfahren gewählt und auch durchgeführt hat. Gerade weil es im Rahmen von koordinierten Einkäufen um Wettbewerb, Wirtschaftlichkeit und nach eigenem Bekunden des Beschwerdegegners auch um qualitative Verbesserungen der Verpflegung geht, ist eine Vergabe der einzelnen Warengruppen oder Lose auf unbestimmte Zeit nicht opportun. Damit wird eine Überprüfung der Zielsetzungen innerhalb eines angemessenen Zeitrahmens verhindert. Eine "unbestimmte Laufzeit" lässt sich zudem nur schwer mit dem Umstand vereinbaren, dass es sich um Produkte des täglichen Bedarfs handelt, deren Nachfrage rasch ändert. So kommen neue Artikel auf den Markt und bislang bewährte und bekannte Produkte werden nicht mehr angeboten. c) Nach Auffassung des Gerichts ist es im vorliegenden Fall gerechtfertigt, die Auftragsdauer auf drei Jahre zu beschränken. Nach Ablauf dieser Zeitspanne - eine frühere Vertragsauflösung gemäss den Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorbehalten - wird der Kanton entscheiden müssen, ob er die Einkäufe für die Mensen erneut ausschreiben, also ein formelles Submissionsverfahren durchführen will, oder ob er eine freihändige Vergabe in Betracht ziehen will. Unter diesem Gesichtspunkt erweist sich die Zuschlagsverfügung ebenfalls als nicht rechtmässig.

E. 10

a) Nach dem Gesagten ist die Beschwerde, soweit auf sie eingetreten werden konnte, teilweise begründet, und die angefochtene Zuschlagsverfügung ist aufzuheben. Die Sache ist zur neuen Entscheidung an den Beschwerdegegner zurückzuweisen. Dabei ist namentlich das Zuschlagskriterium "preislich günstigstes Angebot" neu zu bewerten und die Vergabe lediglich auf eine Dauer von drei Jahren zu beschränken. Zu ergänzen ist, dass sich die Neubeurteilung nur auf die Angebote der Zuschlagsempfängerin und der Beschwerdeführerin bezieht; die anderen Anbieterinnen, welche die Zuschlagsverfügung nicht angefochten hatten, bleiben vom Verfahren der Neubeurteilung ausgeschlossen (Urteile V 06 192 vom 24.10.2006 Erw. 6 und V 05 339 vom 11.1.2006 Erw. 4d).

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