

B 7	<b>Kantonale Gerichte</b> Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali
B 7	<b>1. Urteil des Kantonsgerichts Luzern vom 12. Februar 2014 WEKO gegen Kanton Luzern betreffend öffentliches Beschaffungswesen</b>

*Publikation eines kantonalen Urteils, das auf Beschwerde der Wettbewerbskommission hin und in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergangen ist (Art. 10a Abs. 2 BGBM)*

#### Sachverhalt

##### A.

Der Kanton Luzern beabsichtigt, zwei neue Asylzentren zu erstellen. Seit Mitte 2011 sind die Zahlen der dem Kanton Luzern zugewiesenen Asylsuchenden angestiegen und haben sich auf einem hohen Niveau stabilisiert. Die im Auftrag des Gesundheits- und Sozialdepartements des Kantons Luzern (GSD) tätige Caritas Luzern und das GSD selbst haben sich deshalb um die Beschaffung von genügend Unterkünften bemüht. Die Caritas konnte in verschiedenen Gemeinden grössere Kollektiv-Unterkünfte anmieten. Allerdings sah sich die Regierung auch mit Schliessungen von Unterkünften konfrontiert, sodass eine nachhaltige Lösung gefunden werden musste. Die Task Force Asyl des GSD prüfte daraufhin verschiedene mögliche Standorte näher. Im Rahmen der Abklärungen zeigte sich, dass der Standort Grosshof (Grundstück Nrn. 107 und 114, GB Kriens, im Eigentum des Kantons Luzern) für ein Asylzentrum geeignet ist.

Das in Kriens vorgesehene Asylzentrum soll dazu dienen, asylsuchende Personen, die der Bund dem Kanton Luzern zuweist, im Rahmen des 2-Phasen-Modells zentral aufzunehmen (erste Phase), um sie nach einem Aufenthalt von durchschnittlich zwei bis sechs Monaten auf die Gemeinden zu verteilen (zweite Phase). Das Bauvorhaben soll durch eine private Investorin realisiert werden. Dazu konnte der Kanton Luzern der Ökumenischen Wohnbaugenossenschaft nahestehende Personen finden, die zu diesem Zweck im August 2012 die gemeinnützige Genossenschaft Pandocheion gründeten. Das Bauprojekt, dessen Investitionssumme sich auf Fr. 5 Mio. beläuft, soll auf einem Baurechtsvertrag für die Dauer von 30 Jahren basieren. Es ist geplant, das Asylzentrum nach dessen Bau an den Kanton zu vermieten, welcher für den Betrieb zuständig sein wird. Vorgesehen ist eine Nutzungsdauer von mindestens zehn Jahren. Nach Ablauf des Mietvertrags mit dem Kanton soll das Mietverhältnis bei nachgewiesenem Bedarf erneuert werden können. Andernfalls soll das Gebäude einer anderen Nutzung zugeführt werden.

##### B.

In der Folge beauftragte der Regierungsrat des Kantons Luzern mit Beschluss Nr. 575 vom 11. Mai 2012 die Dienststelle Immobilien unter anderem, in Zusammenar-

beit mit dem GSD das Raum- und Betriebskonzept und die Offertunterlagen für den Standort Grosshof in Kriens bis Ende Mai 2012 zu erstellen. Weiter wurde ihr aufgetragen, in Zusammenarbeit mit dem GSD mit der Investorin ein Investorenangebot für den Standort Grosshof einzuholen, einen Baurechtsvertrag auszuarbeiten sowie einen Finanzierungsvorschlag zu erarbeiten und das Ergebnis mit der definitiven Auftragserteilung an den Investor dem Regierungsrat zum Beschluss zu unterbreiten.

Eine öffentliche Ausschreibung fand nicht statt.

##### C.

Anlässlich der Medienkonferenz vom 16. August 2012 informierte der Vorsteher des GSD zusammen mit Vertretern der Gemeinde Kriens und der Stadt Luzern über die Standortwahl zur Erstellung von zwei Modulbauten zur Unterbringung von Asylsuchenden. Er teilte mit, dass sich das Grundstück beim Grosshof in Kriens als das idealste herausgestellt habe. Aufgrund der angespannten Situation bei der Unterbringung von Asylsuchenden und des daraus resultierenden dringenden Bedarfs an Zentrumsplätzen habe sich die Regierung entschieden, die Realisierung der Modulbaute am Standort Grosshof mit Ausnahmebestimmungen voranzutreiben. Infolge des dringlichen Handlungsbedarfs solle der Modulbau nicht auf der Basis des Gesetzes über die öffentlichen Beschaffungen realisiert werden. Damit die Zentrumsplätze in der notwendigen Schnelle erstellt werden könnten, werde das Projekt durch eine private Investorin umgesetzt.

Am 13. November 2012 wurde die Bevölkerung über das in Kriens vorgesehene Zentrum für Asylsuchende orientiert.

##### D.

Im Rahmen einer Bürgeranfrage wurde das Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO) über das Bauvorhaben "Asylzentrum Kriens Grosshof" informiert und auf mögliche vergaberechtliche Probleme aufmerksam gemacht. Mit Schreiben vom 8. Mai 2013 wandte sich das Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) an das GSD sowie an die Investorin (Genossenschaft Pandocheion) und fragte unter anderem an, aus welchen Gründen von einer öffentlichen Ausschreibung für die Planung, Projektierung und Realisierung des geplanten Asylzentrums Standort Grosshof abgesehen worden sei und ob die Investorin plane, den Bauauftrag an Bauunternehmer öffentlich auszuschreiben. Ausserdem wurde um Einreichung von Kopien der allenfalls bestehenden (Vor-)Verträge und Regierungsratsbeschlüsse gebeten.

Mit Schreiben vom 17. Juni 2013 beantworteten der Regierungspräsident und die Gemeinnützige Genossenschaft Pandocheion die Fragen des Sekretariats gemeinsam und reichten die verlangten Unterlagen ein (Vereinbarung zwischen dem Kanton Luzern und der Gemeinde Kriens vom 3.5.2013; Regierungsratsbeschluss Nr. 575 vom 11.5.2012).

Am 9. Juli 2013 führte das Sekretariat aus, dass es gestützt auf die Ausführungen im Schreiben vom 17. Juni 2013 und die beigelegten Unterlagen zum Schluss gelange, es liege ein dem Beschaffungsrecht unterstehendes Geschäft vor, für welches nach dem Bundesgesetz über den Binnenmarkt grundsätzlich eine Ausschreibungspflicht bestehe. Es sei nicht überzeugt, dass der Verzicht auf eine öffentliche Ausschreibung aufgrund der Vertragsmodalitäten zwischen dem Kanton und der Genossenschaft oder aufgrund der zeitlichen Verhältnisse den binnenmarkt- und beschaffungsrechtlichen Anforderungen standhalte. Um die Sachlage noch besser beurteilen zu können, wurde die Luzerner Regierung gebeten, weitere Unterlagen einzureichen. Darüber hinaus ersuchte das Sekretariat um Zustellung der Verfügung, wonach die Vergabe des Auftrags zur Planung, Projektierung und Realisierung des Asylzentrums Grosshof in Kriens vom Kanton Luzern an die Genossenschaft Pandocheion sowie der Auftrag zum Bau des Asylzentrums direkt und ohne öffentliche Ausschreibung erfolgte bzw. erfolgen werde. Sollte bisher keine solche Verfügung erlassen worden sein, werde der Regierungsrat ersucht, diese zwei Punkte in Form einer Feststellungsverfügung festzuhalten und der WEKO gegenüber formell zu eröffnen. Man werde in der Folge prüfen, ob gegen diese Verfügung gestützt auf das Bundesgesetz über den Binnenmarkt Beschwerde erhoben werde.

Nach gewährter Fristerstreckung führte der Regierungspräsident zuhanden des Sekretariats am 2. September 2013 aus, dass eine Verfügung betreffend die Nichtausschreibung mit dem Regierungsratsbeschluss vom 11. Mai 2012 vorliege. Die dort enthaltene Begründung sei zu ergänzen mit den Antworten im Schreiben vom 17. Juni 2013 an das Sekretariat. Vor diesem Hintergrund habe man entschieden, dem Gesamtregierungsrat keine neue Verfügung zum Beschluss zu unterbreiten. Gegen den Regierungsratsbeschluss vom 11. Mai 2012 könne innert zehn Tagen seit Zustellung beim Kantonsgericht Beschwerde erhoben werden. Was die Bauvergabe anbelange, fänden sich die entsprechenden Erwägungen ebenfalls im Schreiben vom 17. Juni 2013 an das Sekretariat. In diesem Sinn könne dieser Brief als Feststellungsverfügung gelten. Das dagegen zulässige Rechtsmittel sei mit dem vorgenannten identisch.

## E.

Am 12. September 2013 reichte die WEKO beim Kantonsgericht eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein und beantragte, es sei festzustellen, dass die Vergabe des Auftrags zur Projektierung, Realisierung und Vermietung eines Asylzentrums durch den Regierungsrat des Kantons Luzern an die Genossenschaft Pandocheion ohne öffentliche Ausschreibung den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränke.

Der Kanton Luzern beantragte in der Sache, auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde sei nicht einzutreten,

eventualiter sei das Rechtsbegehren auf Feststellung abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne. Im Verfahren beantragte er die Durchführung eines zweiten Rechtsschriftenwechsels.

Die namens und auftrags des Kantons Luzern erstellte Vernehmlassung des GSD wurde der WEKO zur Orientierung zugestellt (KG amtl. Bel. 4).

## Erwägungen

### 1.

Die vorliegende Streitsache dreht sich um die Frage, ob die freihändige Vergabe des Auftrags zur Projektierung, Realisierung und Vermietung eines Asylzentrums durch den Regierungsrat des Kantons Luzern an die Genossenschaft Pandocheion ohne öffentliche Ausschreibung den Zugang zum Markt verletzte. Nicht Gegenstand dieses Verfahrens ist die Vergabe des Bauauftrags durch die Genossenschaft Pandocheion an eine bzw. mehrere Baufirmen zur Realisierung des Asylzentrums. Ebenso wenig ist in diesem Verfahren zu prüfen, ob die Genossenschaft Pandocheion ihrerseits unter § 1 Abs. 2 des kantonalen Gesetzes über die öffentlichen Beschaffungen (ÖBG; SRL Nr. 733) zu subsumieren ist. Das damit umrissene Streitthema fällt in den Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungswesens. Denn gemäss § 1 Abs. 2 Bst. a unterstehen auch "der Kanton, seine öffentlich-rechtlichen Anstalten und andere Trägerinnen und Träger kantonaler Aufgaben, ausgenommen die Luzerner Kantonalbank" diesem Gesetz. Der Beschwerdegegner erfüllt mit Blick auf seinen Auftrag, geeignete und ausreichende Unterkünfte für Asylsuchende bereit zu stellen, eine kantonale Aufgabe im Sinn von § 1 Abs. 2 Bst. a ÖBG. Beschwerden im Bereich des Vergaberechts sind mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Kantonsgericht anfechtbar (vgl. § 28 öBG), womit dessen Zuständigkeit gegeben ist (§ 107 Abs. 2 Bst. a Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRG; SRL Nr. 40]).

### 2.

Im Zentrum eines Beschwerdeverfahrens steht klassischerweise die Verfügung. Diese bildet vor Gericht das Anfechtungsobjekt. Unter den Beteiligten ist umstritten, ob eine (Zuschlags-) Verfügung vorliegt, die hier Anfechtungsgegenstand bilden kann. Uneinigkeit herrscht sodann über die Frage nach der rechtzeitigen Beschwerdeerhebung. Zu Bemerkungen Anlass gibt schliesslich auch die Beschwerdelegitimation der WEKO. Ohnehin erscheint die Funktion der WEKO auch mit Blick auf die materielle Beurteilung von besonderem Interesse, weshalb vorab darauf einzugehen ist. Im Licht dieser Ausführungen sind dann die umstrittenen Sachurteilsvoraussetzungen - Beschwerdelegitimation der WEKO, Einhaltung der Beschwerdefrist, Vorliegen eines Anfechtungsobjekts - zu prüfen (vgl. dazu § 107 VRG i.V.m. § 35 Abs. 2 öBG).

### 3.

Die WEKO überwacht die Einhaltung des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM; SR 943.02) durch Bund, Kantone und Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben (vgl. Art. 8 Abs. 1 BGBM). Das Binnenmarktgesetz gewährleistet, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Aus-

übung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben (Art. 1 Abs. 1 BGBM). Es soll gemäss Abs. 2 insbesondere die berufliche Mobilität und den Wirtschaftsverkehr innerhalb der Schweiz erleichtern (Bst. a), die Bestrebungen der Kantone zur Harmonisierung der Marktzulassungsbedingungen unterstützen (Bst. b), die Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Volkswirtschaft stärken (Bst. c) sowie den wirtschaftlichen Zusammenhalt der Schweiz festigen (Bst. d). Als Erwerbstätigkeit im Sinn dieses Gesetzes gilt jede nicht hoheitliche, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit (Abs. 3). Im Gegensatz zum Kartellgesetz nimmt das Binnenmarktgesetz aber nicht private Unternehmen, sondern kantonale und kommunale Behörden in die Pflicht. Entsprechend unterschiedlich gestaltet sich auch die Rolle der WEKO zur Durchsetzung der jeweiligen Gesetze. In binnenmarktrechtlichen Angelegenheiten tritt die WEKO gegenüber den Behörden nicht als Entscheidungsinstanz auf, sondern äussert sich mittels Empfehlung, Gutachten oder führt - wie hier - Beschwerde vor kantonalen Instanzen (DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, in: SJZ 2013 S. 182).

#### 4.

##### 4.1.

Die Beschwerdelegitimation der WEKO gründet auf dem Bundesgerichtsgesetz, welches die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht regelt, und ist auf kantonale und kommunale Beschaffungen beschränkt (vgl. Art. 82 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [BGG; SR 173.110]). Der Kreis der Beschwerdelegitimierten umfasst unter anderem die Departemente des Bundes oder die ihnen unterstellten Dienststellen, wenn der angefochtene Akt die Bundesgesetzgebung in ihrem Aufgabenbereich verletzen kann (Art. 89 Abs. 1 Bst. a BGG), sowie Behörden, denen ein anderes Bundesgesetz ein Beschwerderecht einräumt (Art. 89 Abs. 2 Bst. d BGG). Als organisationsrechtlich unabhängige sowie grundsätzlich weisungsgebundene Bundesbehörde fällt die WEKO unter die Bestimmungen von Art. 89 Abs. 2 Bst. d BGG und verfügt mit Art. 9 Abs. 2bis BGBM über die geforderte spezialgesetzliche Ermächtigung (DIEBOLD, a.a.O., S. 183 mit Hinweis auf BGer-Urteil 2A.325/2006 vom 13.2.2007 E. 2.4). Auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen sind Beschwerden an das Bundesgericht jedoch nur zulässig, sofern der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags die Schwellenwerte gemäss dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB; SR 172.056.1] bzw. des Bilateralen Abkommens über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens erreicht und wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f BGG). Diese Voraussetzungen gelten auch für Beschwerden der WEKO. Gemäss Art. 111 Abs. 2 BGG können Bundesbehörden, die zur Beschwerde an das Bundesgericht berechtigt sind, auch die Rechtsmittel des kantonalen Rechts ergreifen und sich vor jeder kantonalen Instanz am Verfahren beteiligen. Die WEKO kann somit gestützt auf Art. 111 Abs. 2 BGG grundsätzlich gegen kantonale (und kommunale) Submissionsverfügungen direkt Beschwerde vor den kantonalen Instanzen führen (EHREN-

ZELLER, Basler Komm., 2. Aufl. 2011, Art. 111 BGG N 11 ff.; DIEBOLD, a.a.O., S. 183 f).

#### 4.2.

Im Verfahren betreffend öffentliche Beschaffung ist das vergebende Gemeinwesen als Partei zu behandeln. Der Kanton Luzern als Auftraggeber der zu vergebenden Arbeiten ist daher Beschwerdegegner dieses Verfahrens (LGVE 1999 II Nr. 12 E. 2b).

#### 5.

Klassischerweise bildet eine Verfügung Anfechtungsgegenstand eines Beschwerdeverfahrens. Vorliegend ist das Vorhandensein einer Verfügung nicht nur für die Frage des Anfechtungsobjekts relevant, sondern auch bzw. vor allem hinsichtlich der materiellen Beurteilung. Denn gemäss Art. 9 Abs. 1 BGBM sind Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt, insbesondere im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens, in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen. Ob die Vergabe des Auftrags zur Projektierung, Realisierung und Vermietung eines Asylzentrums durch den Beschwerdegegner an die Genossenschaft Pandocheion den Marktzugang in unzulässiger Weise verletzt und ob folglich gestützt auf das Binnenmarktgesetz eine anfechtbare Verfügung hätte erlassen werden müssen, ist im Rahmen der materiellen Auseinandersetzung zu klären. Die Frage nach dem Vorhandensein eines Anfechtungsobjekts zeitigt bereits an dieser Stelle Vorwirkungen in der Sache.

##### 5.1.

Die Parteien sind sich uneins, ob eine Verfügung im vorgenannten Sinn ergangen ist und wenn ja, ob diese der Beschwerdeführerin formgerecht eröffnet wurde. Wie es sich damit verhält, braucht mit Verweis auf die nachfolgenden Ausführungen zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht beurteilt werden. Gemäss Art. 9 Abs. 2bis BGBM kann die WEKO Beschwerde erheben, um feststellen zu lassen, ob ein Entscheid den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt. Das Bundesgericht erachtet es zwar als zulässig, vom Erlass einer Feststellungsverfügung abzusehen, wenn ein Auftrag im freihändigen Verfahren vergeben wird. Diese Ausnahme gilt allerdings u.a. dann nicht, wenn geltend gemacht wird, dass - wie hier - der fragliche Auftrag zu Unrecht freihändig vergeben worden sei (OESCH/ZWALD, in: Komm. zum Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Art. 9 BGBM N 2 mit Hinweis auf BGE 131 I 137 E. 2 [Sigriswil]). Die Situation präsentiert sich hier jedoch so, dass das Vorhandensein einer - formgerecht eröffneten - Feststellungsverfügung umstritten ist.

##### 5.2.

Wie im Sachverhalt erwähnt, erklärte der Regierungspräsident den Beschluss vom 11. Mai 2012 der WEKO gegenüber erst im Sommer 2013 als Feststellungsverfügung zur Nichtausschreibung des Investorenauftrags. Im Regierungsratsbeschluss selbst ist jedoch festgehalten, dass die definitive Auftragserteilung an die Investorin - also die gemeinnützige Genossenschaft Pandocheion - dem Regierungsrat noch zum Beschluss zu unterbreiten sei (vgl. KG bf.Bel. 8 Ziff. 4 des Beschlusses). Und selbst im Fristerstreckungsgesuch vom 11. Juli 2013

begründete der Regierungspräsident die Fristerstreckung damit, dass für die von der WEKO gewünschte Verfügung betreffend den Auftrag an die Genossenschaft Pandocheion der Gesamtratsrat zuständig sei (KG bf.Bel. 10). Ob der Regierungsratsbeschluss tatsächlich als Feststellungsverfügung im Sinn von Art. 9 Abs. 1 BGBM zu qualifizieren ist, kann hier offen bleiben. Denn das Bundesgericht hat im vorerwähnten „Sigriswil-Entscheid“ Folgendes festgehalten: „(...) Darüber hinaus dürfte ein Anspruch auf Eröffnung einer Beschwerdemöglichkeit unmittelbar aufgrund von Art. 9 BGBM bei freihändig durchgeführter Vergabe wohl bestehen, soweit ein interessierter Unternehmer geltend machen will, dass die betreffende Vergabe nach den einschlägigen Normen nicht freihändig, sondern nur aufgrund eines Submissionsverfahrens hätte erfolgen dürfen“ (BGE 131 1137 E. 2.6).

Dass diese Möglichkeit auch für die WEKO bestehen muss, ergibt sich allein schon aufgrund deren Zielsetzung, die Verwirklichung des Binnenmarkts voranzutreiben (vgl. OESCH/ZWALD, a.a.O., Art. 9 BGBM N 6). Mit anderen Worten muss eine Beschwerde gegen eine freihändige Vergabe dann zulässig sein, wenn der Beschwerdeführer rügt, es sei zu Unrecht freihändig vergeben und damit die falsche Verfahrensart angewandt worden. Diese Sichtweise entspricht denn auch der konstanten Praxis des Kantonsgerichts (ehemals Verwaltungsgerichts), wonach für eine am Vergabeverfahren teilnehmende Unternehmung - oder nach den vorstehenden Ausführungen eben auch der WEKO - eine Beschwerdemöglichkeit gegen eine ihrer Ansicht nach unrechtmässige Durchführung eines tieferstufigen Verfahrens bestehen muss, selbst wenn keine anfechtbare Verfügung vorliegt (vgl. Kuonen, Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht, Diss. Bern 2005, S. 90). Wenn eigentlich ein Einladungsverfahren oder ein offenes Verfahren durchzuführen wäre und stattdessen im freihändigen Verfahren vergeben wird und der Zuschlag daher gerade nicht in Form einer anfechtbaren Verfügung erfolgt, kommt dies einer unrechtmässigen Verweigerung einer Verfügung gleich. Diese ist gemäss § 35 Abs. 2 öBG in Verbindung mit § 128 Abs. 4 VRG wie ein förmlicher Zuschlag anfechtbar. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass die Vorschriften über das anzuwendende Verfahren umgangen und so der Rechtsschutz ausgehöhlt werden könnte (vgl. auch das Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2003.00009 vom 22.7.2003 E. 1b sowie GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, N 338 ff.; vgl. zum Ganzen: Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern V 12 275 vom 11.3.2013 E. 1b mit Hinweisen). Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich damit als zulässig.

## 6.

### 6.1.

Der Beschwerdegegner nimmt den Standpunkt ein, die Beschwerde der WEKO sei verspätet. Der Regierungsratsbeschluss vom 11. Mai 2012 sei ihr am 17. Juni 2013 aufforderungsgemäss zugestellt worden. Die WEKO hätte als Fachbehörde erkennen müssen, dass es sich dabei um eine Verfügung handle, gegen welche innert einer Frist von zehn Tagen Verwaltungsgerichts-

beschwerde hätte erhoben werden können. Die Beschwerdeführerin habe die Beschwerde beim Gericht aber erst am 12. September 2013 und damit nach Ablauf der Frist anhängig gemacht, womit auf das Rechtsmittel nicht einzutreten sei.

Es kann auch an dieser Stelle (noch) offen bleiben, wie es sich mit der Verfügungsqualität des Regierungsratsbeschlusses verhält. Unbestritten ist, dass die WEKO den Regierungsrat am 8. Mai 2013 das erste Mal kontaktierte. Nach entsprechender Aufforderung stellte der Beschwerdegegner der WEKO am 17. Juni 2013 den Regierungsratsbeschluss vom 11. Mai 2012 sowie die Vereinbarung zwischen dem Kanton Luzern und der Gemeinde Kriens zu. Gestützt auf diese Unterlagen liess die WEKO am 9. Juli 2013 mitteilen, dass ihrer Ansicht nach ein dem Beschaffungsrecht unterstehendes Geschäft vorliege, für welches grundsätzlich eine Ausschreibungspflicht bestehe. Sie sei nicht überzeugt, dass der Verzicht auf eine öffentliche Ausschreibung aufgrund der Vertragsmodalitäten zwischen dem Kanton und der Genossenschaft oder aufgrund der zeitlichen Verhältnisse den binnenmarkt- und beschaffungsrechtlichen Anforderungen standhalte. Um die Situation genauer beurteilen zu können, ersuche sie den Regierungsrat um Einreichung derjenigen Verfügung, wonach der Auftrag zum Bau des Asylzentrums direkt und ohne öffentliche Ausschreibung erfolgte bzw. erfolgen wird (KG bf.Bel. 9).

Am 11. Juli 2013 ersuchte der Regierungspräsident um Fristerstreckung, da die von der WEKO gewünschte Verfügung betreffend den Bau des Asylzentrums in der Zuständigkeit des Gesamtratsrats liege, dieser aber über die Sommerferien keine Sitzungen abhalte. Zugleich reichte er aber bereits die vom 18. Januar 2013 datierende Vereinbarung zwischen der Genossenschaft Pandocheion und dem Kanton Luzern ein (KG bf.Bel. 10, 11).

Am 2. September 2013 teilte der Regierungspräsident der WEKO unter anderem mit, dass er bezüglich des Investorenauftrags an die Genossenschaft Pandocheion die Auffassung vertrete, dass die von der WEKO verlangte Verfügung mit dem Regierungsratsbeschluss vom 11. Mai 2012 bereits vorliege. Die dort enthaltene Begründung sei mit den Antworten im Schreiben vom 17. Juni 2013 an die WEKO zu ergänzen. Vor diesem Hintergrund habe man entschieden, dem Gesamtratsrat keine neue Verfügung zum Beschluss zu unterbreiten. Denn seines Erachtens könne gegen den Regierungsratsbeschluss vom 11. Mai 2012 spätestens innert zehn Tagen seit der Zustellung beim Kantonsgericht Beschwerde erhoben werden.

### 6.2.

Die WEKO verfügte ab Mitte Juli 2013 über sämtliche notwendigen Angaben und Unterlagen zur Einreichung einer Beschwerde. Das zeigt sich darin, dass die vorliegende Beschwerde ausschliesslich auf den Mitte Juli 2013 bekannten Angaben basiert. Dennoch beharrte sie weiterhin, also auch nach Erhalt der Unterlagen Mitte Juli 2013, auf dem Erlass einer Feststellungsverfügung. Es kann jedoch nicht angehen, dass der fristauslösende Akt im Belieben der WEKO steht. Wenn sie also Mitte Juli 2013 über die notwendigen Informationen für die Frage der Rechtsmittelerhebung verfügte, hätte sie in-

nerter der regulären Frist von zehn Tagen Beschwerde einreichen müssen. Andernfalls würde dies bedeuten, dass die WEKO durch einen Antrag auf Erlass einer Feststellungsverfügung die auch von ihr zu beachtende Rechtsmittelfrist beeinflussen und hinausschieben könnte. Wie es sich damit abschliessend verhält, kann offen gelassen werden. Denn zum einen ist zu beachten, dass der Beschwerdegegner mit Schreiben vom 11. Juli 2013 um eine Fristerstreckung betreffend den Erlass der verlangten Verfügung ersuchte. Damit hat er der Beschwerdeführerin die gewünschte Feststellungsverfügung in Aussicht gestellt. Es würde dem Grundsatz des berechtigten Vertrauensschutzes im Verfahren widersprechen, wenn vor diesem Hintergrund auf eine verspätete Verwaltungsgerichtsbeschwerde geschlossen würde. Zum anderen führte der Regierungspräsident in seinem letzten Schreiben vom 2. September 2013 aus, dass man sich „vor diesem Hintergrund“ entschieden habe, dem Gesamtschweizerischen Rat keine neue Verfügung zum Beschluss zu unterbreiten (KG bf.Bel. 13). Daraus sowie aus dem gesamten Verhalten des Beschwerdegegners lässt sich ableiten, dass er als Urheber des Beschlusses vom 11. Mai 2012 nicht von Beginn weg davon ausgegangen ist, es handle sich dabei um die Feststellungsverfügung im Sinn von Art. 9 BGBM. Vielmehr macht es den Eindruck, dass er selbst erst im Lauf der Zeit und als Folge des von der WEKO ausgeübten Drucks zur Ansicht gelangte, den besagten Beschluss der von der WEKO eingeforderten Feststellungsverfügung gleichzustellen. Bereits unter diesem Aspekt wäre es kaum zu rechtfertigen, von der Beschwerdeführerin zu verlangen, dass sie bereits im Juni 2013 hätte merken müssen, dass es sich beim Regierungsratsbeschluss um die markteinschränkende Feststellungsverfügung handelt. Dass dem gemäss Ansicht des Beschwerdegegners so gewesen sein soll, darüber wurde die Beschwerdeführerin erst mit Schreiben von Anfang September 2013 ins Bild gesetzt. Danach reichte sie umgehend - d.h. innert Frist von zehn Tagen - eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein. Wenn der Regierungsrat überhaupt eine marktausschliessende Verfügung erlassen hat, so würde diese gegenüber der WEKO erst mit Schreiben vom 2. September 2013 als „formgerecht“ eröffnet gelten. Und fehlt es an einer Verfügung, ist der Beginn des Fristenlaufs für die Beschwerde aufgrund der konkreten Verhältnisse zu beurteilen, welche nach dem Gesagten auch unter diesem Aspekt nicht vor dem besagten Schreiben zu laufen begonnen hätte (GALLI/MOSER/ LANG/STEINER, a.a.O., N 341 mit Hinweis auf ein Urteil des Verwaltungsgerichts St. Gallen GVP 2001 Nr. 17 S. 58 f).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdefrist eingehalten ist (§ 107 Abs. 2 Bst. e VRG). Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass, weshalb auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde einzutreten ist.

(...)

## 9.

Das BGBM soll die Funktionsfähigkeit des schweizerischen Binnenmarktes verbessern, indem Marktzugangsbeschränkungen beseitigt werden, die aus unterschiedlichen kantonalen und kommunalen Regelungen

im Bereich von Handel und Gewerbe resultieren. Die föderale Struktur der Schweiz soll dadurch jedoch nicht aufgehoben werden. Das Ziel ist damit die Errichtung eines schweizerischen Binnenmarkts, in dem die Produktionsfaktoren weitestgehend beschränkungsfrei zirkulieren können. Das BGBM gewährleistet, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem ganzen Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben. Es erleichtert die berufliche Mobilität und den Wirtschaftsverkehr innerhalb der Schweiz allgemein, unterstützt die Bestrebungen der Kantone zur Harmonisierung der Marktzulassungsbedingungen und stärkt dadurch sowohl die Wettbewerbsfähigkeit als auch den wirtschaftlichen Zusammenhalt der Schweiz (GAMMENTHALER, Die Auslegung des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt im Vergleich zum europäischen Binnenmarkt, in: Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 14, Freiburg 2011, S. 5; vgl. Art. 2 BGBM). Ergänzend zu entsprechenden Bundesvorschriften (Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB; SR 172.056.1]; Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB; SR 172.056.11]), staatsvertraglichen Verpflichtungen und interkantonalen Vereinbarungen (insbes. die der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; SRL Nr. 733a]) stellt das BGBM in Art. 5 für den Bereich des kantonalen öffentlichen Beschaffungswesens den Grundsatz der Nichtdiskriminierung auf.

Gemäss Art. 5 BGBM richten sich die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonalen oder kommunalen Aufgaben nach kantonalem oder interkantonalem Recht. Diese Vorschriften und darauf gestützte Verfügungen dürfen Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht in einer Weise benachteiligen, welche Artikel 3 widerspricht (Abs. 1). Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonalen und kommunalen Aufgaben sorgen dafür, dass die Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag amtlich publiziert werden. Sie berücksichtigen dabei die vom Bund eingegangenen staatsvertraglichen Verpflichtungen (Abs. 2).

## 10.

Der Beschwerdegegner macht geltend, die Vergabe des Auftrags zur Projektierung, Realisierung und Vermietung eines Asylzentrums an die Genossenschaft Pandocheion stelle keine öffentliche Beschaffung dar. Wohl habe das Bundesgericht festgehalten, dass immer ein synallagmatisches Rechtsgeschäft vorliegen müsse, wobei der öffentliche Auftraggeber eine Leistung und der Leistungserbringer eine Gegenleistung erhalte. Allerdings müsse es sich dabei um eine Leistung im Sinn des Beschaffungsrechts handeln, was hier nicht der Fall sei. Zudem werde der Entgeltcharakter der Leistung ausdrücklich bestritten.

### 10.1.

Klar ist, dass sich die öffentlichen Beschaffungen durch die Kantone nach kantonalem oder interkantonalem Recht richten (vgl. Art. 5 Abs. 1 BGBM). Was unter öffentlicher Beschaffung zu verstehen ist, gibt der Bundesgesetzgeber aber nicht vor. Gemäss § 1 Abs. 3 öBG

sind öffentliche Beschaffungen Lieferungen, Dienstleistungen und Bauten. Der Regierungsrat kann diese drei Beschaffungstypen in der Verordnung näher definieren. In § 1a der Verordnung zum Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen (ÖBV; SRL Nr. 734) konkretisierte der Regierungsrat Lieferungen als Beschaffungen beweglicher Güter, insbesondere durch Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Mietkauf (Abs. 1). Dienstleistungen sind insbesondere die in Anhang 1 aufgeführten Tätigkeiten und Verrichtungen (dazu gehören z.B. der Landverkehr [eingeschlossen Geldtransport und Kurierdienste, ohne Post- und Eisenbahnverkehr; Ziff. 2]; Informatik und damit verbundene Tätigkeiten [Ziff. 7]; Architektur, Stadt- und Landschaftsplanung [Ziff. 11]; Abs. 2). Bauten umfassen Hoch- und Tiefbauarbeiten des Bauhaupt- und des Baunebengewerbes. Unter Bauhauptgewerbe fallen alle Arbeiten für die tragenden Elemente eines Bauwerks, die übrigen Arbeiten gehören zum Baunebengewerbe (Abs. 3).

### 10.2.

Ein öffentlicher Auftrag oder eine öffentliche Beschaffung liegt vor, sobald ein öffentlicher Auftraggeber im Hinblick auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben einen synallagmatischen Vertrag mit einem Wirtschaftsteilnehmer abschliesst, gestützt auf den der Wirtschaftsteilnehmer dem Auftraggeber gegen Entrichtung einer Vergütung Bau-, Sach- oder Dienstleistungen erbringt. Ob der öffentliche Auftraggeber die Leistung selber benötigt, verwendet oder konsumiert oder ob er sie mittelbar oder unmittelbar Dritten bzw. der Öffentlichkeit zur Verfügung stellt, ist dabei unerheblich. Hat die Leistung allerdings keinerlei Bezug zur öffentlichen Aufgabenerfüllung, liegt kein öffentlicher Auftrag vor. Begriffsnotwendig für den öffentlichen Auftrag ist in erster Linie der wechselseitige Leistungsaustausch (Synallagma). Der Regelfall eines öffentlichen Auftrags ist das Erbringen einer Bau-, Liefer- oder Dienstleistung gegen die Bezahlung einer Vergütung. Erfolgt eine geldwerte Leistung der öffentlichen Hand, ohne dass deren Empfänger zu einer Gegenleistung verpflichtet wäre, liegt kein öffentlicher Auftrag vor. Ebenso ist nicht von einem solchen auszugehen, wenn die Leistung vom Anbieter unentgeltlich erbracht wird. Die vom öffentlichen Auftraggeber zu erbringende Gegenleistung kann in Geld, aber auch in einer geldwerten Leistung bestehen (z.B. in Sachleistungen oder Einräumung von Nutzungsrechten). Beim öffentlichen Auftrag tritt die öffentliche Hand auf dem Markt stets als Abnehmer (Nachfrager, Konsument) einer Leistung auf und der Anbieter als deren Produzent oder Lieferant (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N 178 ff.; weiterführend zum Begriff der öffentlichen Aufgaben vgl. Rüsche, Was sind öffentliche Aufgaben?, in: recht 2013 S. 153 ff.).

### 10.3.

Entscheidend ist, ob der Bau eines Asylzentrums seiner Natur nach eine öffentliche Aufgabe darstellt. Öffentliche Aufgabe ist grundsätzlich, was sich der Staat gesetzlich als Aufgabe gibt (BGer-Urteil 2C\_198/2012 vom 16.10.2012 E. 5.2.3 mit weiteren Hinweisen). Beim vorliegenden Projekt - Zurverfügungstellung einer genügenden Anzahl an Unterkunftsplätzen für Asylsuchende - handelt es sich um eine öffentliche Aufgabe (vgl. insbesondere Art. 1 und 27 des Asylgesetzes [AsylG;

SR 142.31]; RICHLI, Komm, der Kantonsverfassung Luzern [KV; SRL Nr. 1], Bern 2010, § 11 Bst. e KV N 41 ff.; § 60 des Sozialhilfegesetzes [SHG; SRL Nr. 892], zur Gewährung der wirtschaftlichen Sozialhilfe gehört auch das Anbieten von Unterkunft, vgl. KG bf.Bel. 2 Folie 43). Dass nicht der Kanton Bauherr ist, sondern diese Aufgabe an die Genossenschaft Pandocheion vertraglich übertragen hat, ändert an der Qualifizierung dieses Auftrags als öffentliche Beschaffung nichts. Es handelt sich dabei um eine Form des vertraglichen Public Private Partnership (PPP), die den beschaffungsrechtlichen Bestimmungen unterliegt (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N 271 mit weiteren Hinweisen). Wie ausgeführt, bedarf es für die Qualifizierung eines Auftrags als öffentliche Beschaffung eines wechselseitigen Leistungsaustauschs. Die Beschwerdeführerin erblickt das Synallagma darin, dass der Kanton Luzern ein fertiggestelltes Asylzentrum zur Benutzung erhält (Leistung) und im Gegenzug der Genossenschaft Pandocheion ein Entgelt für die Teilphasen B1 (Provisorisches Vorprojekt mit Klärung der Platzierung innerhalb des Perimeters), B2 (Definitives Vorprojekt mit Investorenangebot) und B3 (Bauprojekt mit Baueingabe; KG bf.Bel. 11 Ziff. 2) bezahlt, das Land im Baurecht zur Verfügung stellt (KG bf.Bel. 11 Ziff. 1) sowie zur Deckung der Investitionskosten einen Mietzins bezahlt (Gegenleistung und Entgelt; die Höhe des Mietzinses wurde noch nicht festgelegt, gemäss Ausführungen des Beschwerdegegners soll er aufgrund der Komponenten Baukosten [3.25 % der Baukosten] und Abschreibungsquote [ausgelegt auf die Baurechtsdauer von 30 Jahren] berechnet werden; KG bf.Bel. 6 Antwort zu Frage 8). Der Beschwerdegegner entgegnet, das Bundesgericht habe in den von der Beschwerdeführerin zitierten Bundesgerichtsentscheiden zu den Fragen im Bereich des „Public Private Partnership“ im Beschaffungswesen nicht Stellung genommen. Es sei auf die Beschwerden gar nicht eingetreten. Ausführungen in der Sache macht er nicht.

### 10.4.

Für das vom Bundesgericht und der Lehre einhellig geforderte Erfordernis des wechselseitigen Leistungsaustauschs bedarf es wie erwähnt nicht zwingend einer Geldleistung, es genügt eine geldwerte Leistung (z.B. Sachleistungen oder Einräumung von Nutzungsrechten). Diese besteht vorliegend in der Gewährung des Baurechts bzw. der Leistung eines Entgelts für die Teilphasen 1-3 bzw. der Bezahlung eines Mietzinses für die Nutzung der fertig gestellten Asylunterkunft. Bereits deshalb ist der Entgeltcharakter des Vorhabens zu bejahen. Daran vermag der Hinweis des Beschwerdegegners auf eine fehlende Umschreibung von PPP-Modellen nichts zu ändern. Er selbst führt im Regierungsratsbeschluss vom 11. Mai 2012 -völlig zutreffend - Folgendes aus: „Ist davon auszugehen, dass der Investor ein auf staatliche Bedürfnisse ausgerichtetes Objekt erstellt und finanziert und es anschliessend der öffentlichen Auftraggeberin zur Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe vermieten soll, so ist ein solches Investorenmodell beschaffungsrechtlich nur dann nicht relevant, wenn der Investor auf eigenes Risiko das Objekt erstellt und auch das Risiko trägt, dass das Gemeinwesen das Objekt nicht mieten will oder kann. Die beschaffungsrechtliche Relevanz ist aber immer dann gegeben, wenn das Ge-

meinwesen sich in der Vorphase bereits rechtlich bindet, sich allenfalls sogar für eine lange Nutzungsdauer rechtlich bindet. In solchen Fällen handelt es sich nämlich um das erwähnte synallagmatische, entgeltliche PPP-Modell“ (vgl. KG bf.Bel. 8 Ziff. 8.2.4). Das Baurecht soll der Genossenschaft Pandocheion auf dreissig Jahre hin gewährt werden. Wie der Vereinbarung zwischen dem Kanton Luzern und der Gemeinde Kriens vom 3. Mai 2013 zu entnehmen ist, verpflichtet sich der Beschwerdegegner gegenüber der Gemeinde Kriens, die Notwendigkeit und Zumutbarkeit der Weiterführung des Asylzentrums Grosshof periodisch, mindestens alle fünf Jahre und erstmals nach fünf Jahren, zu überprüfen. Dabei muss der Kanton Luzern die Gemeinde Kriens in diesen Entscheidungsprozess miteinbeziehen (KG bf.Bel. 7, Art. 5 Abs. 3). Ergibt diese Evaluation, dass der Betrieb des Asylzentrums wegen dessen Auswirkungen auf die Öffentlichkeit für die Gemeinde Kriens nicht mehr zumutbar ist kann die Gemeinde Kriens die Schliessung des Asylzentrums bzw. die Einstellung des Betriebs als Asylzentrum verlangen (Art. 5 Abs. 3a der Vereinbarung). Wenn sich der Kanton Luzern und die Gemeinde Kriens nicht einigen können, entscheidet ein Schiedsgericht (Art. 5 Abs. 3b der Vereinbarung). Entscheide des Schiedsgerichts sind endgültig. Der Kanton Luzern und die Gemeinde Kriens haben ausdrücklich auf die Beschreitung des Rechtswegs verzichtet (Art. 12 Abs. 3 der Vereinbarung). Weiter verpflichtete sich der Kanton Luzern, den Gemeinderat Kriens vor Erneuerung des Mietvertrags nach zehn Jahren in geeigneter Weise anzuhören (Art. 8 Abs. 2 der Vereinbarung).

Zwar ist einzuräumen, dass sich der Kanton Luzern mit den aktuell vorhandenen Vereinbarungen mit der Gemeinde Kriens und mit der Genossenschaft Pandocheion nicht verpflichtet hat, die Unterkunft während dreissig Jahren zu mieten. Allerdings kann auch in solchen Situationen, in welchen sich die öffentliche Hand nicht zu einer konkreten Mietdauer verpflichtet hat, eine Abnahme des Refinanzierungsrisikos aus faktischen Gründen gegeben sein. Die vorzitierte Vereinbarung zwischen der Gemeinde Kriens und dem Beschwerdegegner zeigt dies eindrücklich. Zu Recht weist die Beschwerdeführerin nämlich darauf hin, dass mehrere Gründe für die Übernahme des Refinanzierungsrisikos durch den Kanton Luzern sprechen: Die Wahrscheinlichkeit der frühzeitigen Auflösung des Asylzentrums ist aufgrund der schwierigen Unterkunftssituation für Asylsuchende als gering einzustufen. Von den über vierzig geprüften Standorten erschien einzig der aktuell zur Diskussion stehende als tauglich (vgl. dazu die Medienmitteilung des Kantons Luzern, KG bf.Bel. 1 S. 1 f.). Dass es in den nächsten Jahren einfacher sein soll, entsprechende Unterkünfte zu finden, ist kaum wahrscheinlich. Die Vereinbarung zwischen dem Kanton Luzern und der Gemeinde Kriens vom 3. Mai 2013 legt offen, dass eine vorzeitige Schliessung des Asylzentrums mit einigem rechtlichen Aufwand verbunden ist. Selbst wenn also der Beschwerdegegner vorbringt, der Gemeinde Kriens komme bei Weiterführung des Asylzentrums ein „Vetorecht“ zu (vgl. Art. 5 Abs. 3a und Art. 8 Abs. 2 der Vereinbarung), ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Aufgabe des Asylzentrums am Standort Grosshof nicht ohne weiteres möglich sein wird.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vergabe des Auftrags zur Planung, Projektierung und Realisierung des Asylzentrums Grosshof in Kriens vom Kanton Luzern an die Genossenschaft Pandocheion sowie der Auftrag zum Bau des Asylzentrums eine öffentliche Beschaffung darstellt.

## 11.

### 11.1.

Das Submissionsrecht kennt vier Verfahrensarten: das offene, das selektive, das Einladungs- sowie das freihändige Verfahren (§ 6 öBG). Das freihändige Verfahren, bei welchem die Auftraggeberin einen Auftrag ohne Ausschreibung direkt vergibt (§13 öBG; vgl. auch Art. 12 Abs. 1 Bst. c IVÖB), ist für Auftragswerte bis Fr. 100'000.- bei Lieferungen, bis Fr. 150'000.- bei Dienstleistungen und Bauarbeiten des Baunebengewerbes sowie bis Fr. 300'000.- bei Bauarbeiten des Bauhauptgewerbes vorgesehen (§ 9 Bst. a öBG i.V.m. § 6 Abs. 1 öBV; Art. 7 Abs. 1<sup>bis</sup> und Anhang 2 IVöB). Oberhalb dieser Schwellenwerte kann einerseits das Einladungsverfahren zur Anwendung gelangen (vgl. § 5 öBV), bei welchem die Anbietenden ebenfalls ohne öffentliche Ausschreibung direkt zur Angebotsabgabe eingeladen werden. In der Regel sind mindestens drei Angebote einzuholen, wobei die Auftraggeberin bei späteren Vergaben für Abwechslung unter den Anbieterinnen zu sorgen hat (§ 12 öBG). Darüber hinaus kann eine öffentliche Beschaffung auch im selektiven oder offenen Verfahren erfolgen (vgl. § 6 Bst. a-c ÖBG).

Für die Wahl des richtigen Verfahrens ist zum einen die Art des zu vergebenden Auftrags massgebend. Zum anderen ist der Wert des konkreten Auftrags bzw. das Auftragsvolumen zu ermitteln (vgl. dazu Hänni/Stöckli, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013, N 749).

### 11.2.

Wie mehrfach erwähnt, ist die Zulässigkeit der freihändigen Vergabe der Planung, Projektierung und Realisierung des Asylzentrums Grosshof einerseits sowie andererseits die Verantwortung für den Bau des Asylzentrums strittig. Die öffentliche Beschaffung setzt sich mit anderen Worten aus Leistungen verschiedener Kategorien zusammen. Nach der Rechtsprechung ist in solchen Fällen festzustellen, welcher Leistung der Charakter als Hauptleistung und welcher derjenige als Nebenleistung zukommt (sog. Schwergewichts- oder Präponderanztheorie). Ein gemischter Auftrag ist als Lieferauftrag zu betrachten, wenn der diesbezügliche Wert höher ist als derjenige des Bauauftrags. Im umgekehrten Fall handelt es sich um einen Auftrag für ein Bauwerk (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N 240). Die vorliegende Streitsache weist Dienstleistungscharakter (Planung, Projektierung und Finanzierung des Asylzentrums durch die Genossenschaft Pandocheion), Bauhauptgewerbscharakter (Erstellung des Asylzentrums, ebenfalls durch die Genossenschaft) und schliesslich auch Mietelemente (Vermietung des Asylzentrums an den Kanton Luzern) auf. Das Schwergewicht liegt bei der Erstellung des Asylzentrums. Die Planung und Finanzierung sowie die zukünftige Vermietung des Zentrums sind Vorbedingungen bzw. Folgen des Baus, der im Zentrum steht. Die

Erstellung des Asylzentrums durch die Genossenschaft Pandocheion macht nur aufgrund des anschliessenden Mietvertrags Sinn. Diese sachliche Verknüpfung wird vom Beschwerdegegner zu Recht nicht bestritten. Es handelt sich bei der strittigen Vergabe um eine öffentliche Beschaffung des Bauhauptgewerbes.

Die Investitionssumme für die Erstellung der Asylunterkunft beläuft sich auf rund Fr. 5 Mio. (vgl. KG bf.Bel. 3). Unklar ist, ob die insgesamt Fr. 212'000.- für die Planleistungen (Teilphasen B1 [Fr. 32'000.-], B2 [Fr. 40'000.-] und B3 [Fr. 140'000.-], vgl. KG bf.Bel. 11 Ziff. 3) noch hinzuzurechnen sind oder diese bereits in den geschätzten Fr. 5 Mio. enthalten sind. Ebenso weist die Beschwerdeführerin richtig darauf hin, dass der Wert des Baurechts nicht bekannt ist und auch nicht offen liegt, ob dieser in der Investitionssumme berücksichtigt ist. Der Beschwerdegegner äussert sich zu diesen offenen Fragen in der Vernehmlassung nicht. Wie es sich damit verhält, braucht angesichts der klaren Schwellenwertübersteigerung nicht geklärt werden. Eine freihändige Vergabe im Bauhauptgewerbe ist bis zum Schwellenwert von Fr. 300'000.- zulässig (§ 6 Abs. 1 Bst. d öBV). Im Einladungsverfahren können Aufträge im Bauhauptgewerbe bis zu Fr. 500'000.- vergeben werden (§ 5 Bst. d öBV). Mit der geschätzten Investitionssumme von Fr. 5 Mio. liegt die öffentliche Beschaffung deutlich über den genannten Schwellenwerten. Es liegt mit anderen Worten ein umfangreicher öffentlicher Einkauf im Sinn von Art. 5 Abs. 2 BGBM vor, welcher mitsamt den Kriterien für die Teilnahme und dem Zuschlag amtlich hätte publiziert werden müssen.

## 12.

In gewissen Ausnahmefällen kann auf die gemäss Art. 5 BGBM verlangte öffentliche Ausschreibung von umfangreichen Aufträgen verzichtet und ein Freihandverfahren durchgeführt werden (vgl. Art. 3 BGBM). Die direkte bzw. freihändige Vergabe des Auftrags, das heisst ohne vorgängig eine Konkurrenzsituation zu schaffen, stellt eine klare Beschränkung des Marktzugangs für alle potentiellen Ausschreibungsteilnehmer dar. Wird wie vorliegend der Auftrag zur Planung, Projektierung und Realisierung sowie Vermietung des Asylzentrums direkt an die Genossenschaft Pandocheion vergeben, so ist mit Verweis auf das Vorstehende Art. 5 BGBM verletzt. Eine solche Einschränkung des Marktzugangs ist nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 BGBM zulässig.

### 12.1.

Gemäss Art. 3 Abs. 1 BGBM darf ortsfremden Anbieterinnen und Anbietern der freie Zugang zum Markt nicht verweigert werden. Beschränkungen sind in Form von Auflagen oder Bedingungen auszugestalten und nur zulässig, wenn sie gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten (Bst. a), zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich (Bst. b) und verhältnismässig sind (Bst. c). Der Beschwerdegegner stützt sich auf die Ausnahmebestimmung im kantonalen Vergaberecht, wonach in Ausnahmesituationen trotz Überschreiten des einschlägigen Schwellenwerts kein öffentliches Vergabeverfahren durchzuführen ist. Gemäss § 9 Bst. b ÖBG kann eine öffentliche Beschaffung unter anderem dann freihändig erfolgen, wenn eine Leistung Besonderheiten in Bezug auf Art, Umfang oder Zeit

ihrer Beschaffung oder im Zusammenhang mit anderen Beschaffungen oder Beschaffungsverfahren aufweist. Der Regierungsrat konkretisierte diese Bestimmung dahingehend, dass eine öffentliche Beschaffung unter anderem dann freihändig erfolgen kann, wenn infolge unvorhersehbarer Ereignisse die Beschaffung so dringlich wird, dass kein offenes, selektives oder Einladungsverfahren durchgeführt werden kann (§ 6 Abs. 2 Bst. a öBV).

Der Beschwerdegegner führt in der Vernehmlassung aus, mit der geplanten Erstellung des Asylzentrums liege eine solche Konstellation vor. Die Zahl der Asylsuchenden sei im Jahr 2012 auf einen Höchststand gestiegen. Die im Regierungsratsbeschluss Nr. 575 geäusserten Befürchtungen hätten sich deshalb bewahrheitet. Es sei überaus schwierig, einen Hauseigentümer zu finden, der bereit sei, seine Liegenschaft für Asylunterkünfte zur Verfügung zu stellen. Er würde sich damit in der Gemeinde zu stark exponieren. Vor diesem Hintergrund habe ernsthaft damit gerechnet werden müssen, dass der Kanton Luzern die ihm vom Bund zugewiesenen Asylbewerber künftig nicht mehr unterbringen und es zu Obdachlosigkeit kommen könne, wenn nicht innert nützlicher Frist ein Asylzentrum errichtet und in Betrieb genommen würde. Obdachlosigkeit oder mangelnde Unterkünfte könnten aber zu einer schwerwiegenden Störung der öffentlichen Ruhe und Sicherheit führen.

### 12.2.

Der Beschwerdegegner bedient sich bei der Inanspruchnahme von § 6 Abs. 2 Bst. a öBV einer Ausnahmebestimmung. Gemäss Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB; SR 210) hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Vorliegend beruft sich der Beschwerdegegner auf den vorerwähnten Ausnahmetatbestand. Entsprechend hat er darzulegen, aus welchen Gründen das Abweichen vom Regelfall als gerechtfertigt erscheint. Seine Ausführungen hat er mit aussagekräftigen Unterlagen zu untermauern, denn gemäss der restriktiven Rechtsprechung darf nur ausnahmsweise vom Regelfall - der öffentlichen Ausschreibung - abgewichen werden. Mit anderen Worten liegt die Beweislast für das Vorliegen des Ausnahmefalls beim Beschwerdegegner. Er hat dem Gericht durch geeignete Massnahmen aufzuzeigen, dass es sich bei der freihändigen Vergabe des Auftrags an die Genossenschaft Pandocheion tatsächlich um einen Fall im Sinn von § 6 Abs. 2 Bst. a öBV handelt. Gelingt ihm dieser Nachweis nicht, hat er die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen (vgl. BGE 114 II 289; vgl. zur Beweislast der Vergabestelle auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N 301).

### 12.3.

Aus dem Gesetzestext lässt sich ableiten, dass für die Erfüllung des Tatbestands der freihändigen Vergabe wegen Dringlichkeit zwei Voraussetzungen gegeben sein müssen. Dabei handelt es sich einerseits um das Element des unvorhersehbaren Ereignisses, andererseits muss der zu vergebende Auftrag dringlich sein. In der Rechtsprechung ist sodann unbestritten, dass zwischen dem unvorhersehbaren Ereignis und der Dringlichkeit ein Kausalzusammenhang vorliegen muss. Letzteres bedeutet, dass die Dringlichkeit nicht von der

Vergabestelle herbeigeführt worden und auch nicht Folge einer mangelnden Planung sein darf (vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N 364 mit Hinweis auf die Rechtsprechung). Bei der kantonalen Ausnahmebestimmung handelt es sich um die Umsetzung der Bestimmung von Art. XV Abs. 1 Bst c des internationalen Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA; SR 0.632.231.422), gemäss welcher die Bestimmungen der Artikel VII-XIV über das offene und das selektive Verfahren grundsätzlich zur Anwendung gelangen. Wenn die freihändige Vergabe nicht mit der Absicht, den grösstmöglichen Wettbewerb zu verhindern, oder so angewendet wird, dass sie ein Mittel zur Diskriminierung zwischen ausländischen Anbietern oder zum Schutz inländischer Produzenten und Anbieter darstellen kann (u.a.) dann vom offenen oder selektiven Verfahren abgesehen werden, „soweit dies unbedingt erforderlich ist, wenn aus Gründen äusserster Dringlichkeit im Zusammenhang mit Ereignissen, die die Beschaffungsstelle nicht vorhersehen konnte, die Waren oder Dienstleistungen im offenen oder im selektiven Verfahren nicht rechtzeitig beschafft werden könnten.“

### 12.3.1.

Von einem unvorhersehbaren Ereignis wird gemeinhin dann gesprochen, wenn man mit der nach den Umständen des Einzelfalls gebotenen Sorgfalt nicht mit dessen Eintritt rechnen musste. Das Erfordernis der Unvorhersehbarkeit im beschaffungsrechtlichen Kontext ist jedoch nur dann erfüllt, wenn die Dringlichkeit auf Ereignisse zurückzuführen ist, welche die Beschaffungsstelle nicht beeinflussen konnte. Hat sie die Dringlichkeit ihrer eigenen Planung zuzuschreiben, ist der Tatbestand nicht gegeben (vgl. WOLF, Freihändiges Verfahren, in: *Aktuelles Vergaberecht* 2010, N 28).

Im Regierungsratsbeschluss führt der Beschwerdegegner aus, das Tatbestandselement der Unvorhersehbarkeit sei erfüllt, weil der grosse Widerstand aus der Bevölkerung und die grossen zonenrechtlichen Probleme, die bei verschiedenen geprüften Objekten auftauchten, nicht in diesem Ausmass vorhersehbar gewesen seien. Hinzu komme, dass die Zahl der zugewiesenen Asylsuchenden auf Grund nicht vorhersehbarer Ereignisse im Ausland trotz den eingeleiteten Massnahmen des Bundes zur Beschleunigung der Verfahren nicht im erhofften Mass gesunken sei.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass das Problem der Asylunterkunftsknappeit nicht plötzlich aufgetreten sei, sondern sich über die Jahre hin abzeichnete und sich letztlich zuspitzte, parallel zur Situation im Ausland. Dabei verkennt sie jedoch, dass der Kanton Luzern die Anzahl der erforderlichen Unterkünfte nicht selbst bestimmt, sondern der Bund ihm diese vorgibt. Weiter gilt es zu berücksichtigen, dass im Bereich der Asylunterkünfplanung auch die Gemeinden stark involviert sind und damit auch die erforderliche Planung von ihnen abhängt. Allerdings unterlässt es der Beschwerdegegner namentlich darzulegen und zu beweisen, wann der Entscheid des Bundes fiel, mit welchem die Unterbringung weiterer Asylbewerber von Luzern gefordert wurde oder wie sich die Zusammenarbeit mit den Gemeinden gestaltete. Was der Kanton Luzern alles unternommen hat, um nicht in einen Unterkunftsengpass zu geraten, zeigt

er nicht auf. Er legt keinerlei Akten auf, anhand derer sich das Vorliegen der Unvorhersehbarkeit manifestieren liesse. Auch macht er nicht geltend, der Entscheid in Bezug auf die Schliessung des Bundeszentrums in Notwil sei ihm (zu) spät mitgeteilt worden, sodass er nicht mehr rechtzeitig hätte reagieren können. Im Gegenteil, anlässlich der Orientierung der Bevölkerung über das geplante Zentrum für Asylsuchende in Kriens im November 2012 wies er auf die angespannte Unterbringungssituation hin, die seit Januar 2011 bestehe (vgl. dazu KG bf.Bel. 2, Folie 10). Dass dem Kanton Luzern die schwierige Lage in Bezug auf die Unterbringung von Asylsuchenden hinreichend bekannt war, offenbart sich letztlich auch dadurch, dass die Regierung bereits im November 2011 die Landeskirchen um Hilfe bei der Suche nach geeigneten Unterkunftsplätzen anfragte. Von einem plötzlichen Platzmangel im Sinn eines unvorhersehbaren Ereignisses kann daher nicht ausgegangen werden (vgl. dazu auch nachfolgende E. 12.3.2.).

### 12.3.2.

Den Begriff der „Dringlichkeit“ umschreibt das Gesetz nicht, weshalb er auszulegen ist. Diesbezüglich bringt der Beschwerdegegner vor, es müsse entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht „äusserste“ Dringlichkeit sondern lediglich „Dringlichkeit“ vorliegen. Während die kantonale Bestimmung von „dringlich“ spricht geht, die Ausnahmebestimmung im internationalen Recht von „äusserster Dringlichkeit“ aus. Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern führte dazu aus, dass beide Bestimmungen gleichermassen voraussetzen, dass die Zeit nicht mehr reicht, damit die Beschaffung im offenen oder selektiven Verfahren erfolgen kann. Ob dieser Zustand als dringlich oder als äusserst dringlich bezeichnet wird, sei nicht entscheidend. Auf jeden Fall müsse die Dringlichkeit so gross sein, dass ein ordentliches Submissionsverfahren nicht mehr verantwortet werden könne; denn vom Grundsatz der öffentlichen Ausschreibung, d.h. vom Gewährleisten des grösstmöglichen Wettbewerbs, dürfe nur aus gewichtigen, zwingenden Gründen abgewichen werden (Urteil des Verwaltungsgerichts Bern VGE 21546 vom 6.12.2002, in: *BVR* 2003 S. 228 E. 3a). Dieser Ansicht ist vollumfänglich zuzustimmen.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden hat die Dringlichkeit in einem Fall bejaht, in dem die Vergabebehörde, ein Abfallbewirtschaftungsverband, einem Unternehmen in einem offenen Vergabeverfahren den Zuschlag für den Sammeldienst für Hauskehricht erteilt hatte. In der Folge verzögerte sich allerdings die Vertragsunterzeichnung, da das betreffende Unternehmen eine Preisanpassung verlangte. Im Sinn einer Übergangslösung beauftragte der Abfallbewirtschaftungsverband ein anderes Unternehmen mit der Ausführung des Sammeldiensts, wogegen die Zuschlagsempfängerin Beschwerde erhob. Das Verwaltungsgericht hielt fest, die Beschwerdeführerin habe für den abzuschliessenden Vertrag eine Anpassung der Entschädigung verlangt, die im Rahmen des Vergabeverfahrens nicht vorgesehen gewesen sei, obwohl ihr die damit verbundenen Tatsachen bereits bei der Angebotseinreichung bekannt gewesen seien. Daran habe sie selbst im Beschwerdeverfahren noch festgehalten. Dadurch habe sie selber eine Lage geschaffen, welche es der Vergabebehörde ver-

unmöglich habe, den privatrechtlichen Vertrag mit ihr abzuschliessen. Da der alte Kehrrechtsammelvertrag ausgelaufen sei und der Abfallbewirtschaftungsverband die Kehrrechtensorgung ununterbrochen zu gewährleisten habe, sei diesem gar nichts anderes übrig geblieben als einen Drittunternehmer vorläufig mit diesen Arbeiten im freihändigen Verfahren zu betrauen. Die Dringlichkeit der Beschaffung im Sinn einer Übergangslösung sei daher offensichtlich gegeben gewesen, weshalb der Verband befugt gewesen sei, den entsprechenden Zuschlag freihändig zu vergeben (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N 366 mit Hinweis auf Urteil des Verwaltungsgerichts Graubünden U 06 91 vom 7.11.2006 E. 4, bestätigt mit BGer-Urteil 2P.329/2006 vom 15.6.2007 E. 4).

Das Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg bejahte bei der notwendigen Anpassung eines kantonalen Informatiksystems die Dringlichkeit der Beschaffung, da die eingetretenen Verzögerungen, welche die freihändige Vergabe erforderlich machten, durch Santésuisse und nicht durch den Kanton selber verursacht worden waren (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N 367 mit Verweis auf Urteil des Kantonsgerichts Freiburg 602 2010-100 vom 6.9.2011, in: BR 2012 S. 112 f.)

Was das Element der Dringlichkeit im vorliegenden Fall betrifft, mag es sein, dass offene Vergabeverfahren, die keinen besonderen Verhältnissen ausgesetzt sind (hohes öffentliches Interesse, politisch schwierige Rahmenbedingungen, eingeschränkter Kreis der Anbieter) innert sechs Monaten durchgeführt werden können. Allerdings ist immer ein mögliches Beschwerdeverfahren mit zu berücksichtigen; dies gilt umso mehr, wenn wie hier die Sensibilität der Bevölkerung und die Verknüpfung des Bauauftrags mit der späteren Nutzung die Ausschöpfung aller rechtlichen Möglichkeiten indiziert. Der Beschwerdegegner führt denn auch aus, das Vergabeverfahren hätte aufgrund der Verfahrensthematik länger gedauert. Dabei bezieht er sich wohl auf seinen Einwand, dass private Hauseigentümer ihre Liegenschaften nicht zur Verfügung stellen wollen, da sie die Exponierung in der Öffentlichkeit fürchteten. Dass das Vergabeverfahren deshalb länger hätte dauern können, mag zutreffen. Ebenso gut könnte man den Standpunkt einnehmen, dass sich aufgrund des Vergabeinhalts weniger Interessenten um den Zuschlag bemüht hätten, was das Risiko von Rechtsmittelverfahren eingedämmt hätte. Dem Beschwerdegegner hätte es offen gestanden, vorab ein offenes Vergabeverfahren durchzuführen. Hätte unter den Interessenten der Zuschlag nicht erteilt werden können, hätte sich - mit Verweis auf die vorstehenden Ausführungen - dem Beschwerdegegner sekundär immer noch die Möglichkeit der freihändigen Vergabe geboten. Dass keine Alternative zur freihändigen Vergabe bestanden hätte - wie dies der Regierungsrat vorbringt -, kann so nicht bestätigt werden. Wie der Tagespresse zu entnehmen war, konnte der Kanton Luzern in der Stadt Luzern mit dem Hirschkamp eine weitere (vorübergehende) Unterkunft für Asylsuchende organisieren (Neue Luzerner Zeitung vom 2.12.2013). Gestützt auch auf diesen Umstand ist davon auszugehen, dass sich dem Kanton Luzern grundsätzlich bereits im Mai 2012 Alternativen zur Unterbringung von Asylbewerbern geboten hätten. Zwar wird keineswegs von der Hand gewiesen,

dass es sich beim Vergabethema um ein diffiziles und in der Bevölkerung intensiv diskutiertes Thema handelt. Dass dies jedoch einen kausalen Einfluss auf das Erfordernis der Dringlichkeit hätte, ist gestützt auf die obigen Ausführungen nicht ersichtlich. Dass genügend Zeit bestanden hätte, ergibt sich auch aus der Chronologie der Geschehnisse. Am 11. Mai 2012 hat der Regierungsrat die Dienststelle Immobilien beauftragt, in Zusammenarbeit mit dem Gesundheits- und Sozialdepartement das Raum- und Betriebskonzept und die Offertunterlagen für den Standort Grosshof bis Ende Mai 2012 zu erarbeiten (vgl. KG bf.Bel. 8 Ziff. 1). Am 18. Januar 2013 wurde die Vereinbarung zwischen der im August 2012 gegründeten Genossenschaft Pandocheion und dem Kanton Luzern geschlossen (vgl. KG bf.Bel. 6 Ziff. 4). Zwischen dem Regierungsratsbeschluss und der Vereinbarung zwischen dem Kanton Luzern und der Genossenschaft sind sieben Monate vergangen. In dieser Zeit hätte ein offenes Vergabeverfahren durchgeführt werden können. Auch unter diesem Aspekt fällt eine zeitliche Dringlichkeit ausser Betracht, zumal auch hier der Beschwerdegegner keine Akten auflegt die das Gegenteil beweisen würden.

#### 12.4.

Der Beschwerdegegner vermochte weder aufzuzeigen, dass die Unterkunftsknappheit plötzlich und unvorhergesehen auftrat, noch dass Dringlichkeit im beschaffungsrechtlichen Sinn vorlag. Aus der Ausnahmebestimmung von § 6 Abs. 2 Bst. a öBV kann er daher nichts zu seinen Gunsten ableiten.

#### 13.

Ferner ist zu prüfen, ob es sich bei der gemeinnützigen Genossenschaft Pandocheion um eine Wohltätigkeitseinrichtung im Sinn von § 2 Bst. d öBG handelt mit der Folge, dass die hier umstrittene Beschaffung ohne Berücksichtigung des Vergaberechts erfolgen kann. Die Beschwerdeführerin führt unter verschiedenen Gesichtspunkten aus, dass der Ausnahmetatbestand der Wohltätigkeitseinrichtung nicht gegeben ist (Beschwerde Ziff. 3.2.3 S. 18 f). Der Beschwerdegegner selbst beruft sich aber während des ganzen Verfahrens nicht auf diese Ausnahmebestimmung. Er bringt einzig vor, die WEKO würde keine Anhaltspunkte vortragen, weshalb der Begriff der Wohltätigkeitseinrichtung derart eng auszulegen sei (Vernehmlassung S. 16).

#### 13.1.

Bei der Zurverfügungstellung von genügenden Unterkunftsplätzen für Asylsuchende handelt es sich wie erwähnt um eine klassische öffentliche Aufgabe. Der Kanton Luzern hat dafür besorgt zu sein, dass den Asylsuchenden menschenwürdige Unterkunftsverhältnisse angeboten werden können. Wenn er diese Aufgabe vertraglich auf einen anderen Träger des öffentlichen Rechts oder - wie hier - des Privatrechts überträgt, so ist dies nicht zu beanstanden, soweit der Verfassungs- und der Gesetzgeber dies zulassen. Freilich bleibt die Verantwortung des Kantons für die Erfüllung der zugewiesenen (Bundes)Aufgaben bestehen.

Beschaffungen müssen nicht nach dem Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen erfolgen, wenn Aufträge an Behinderteninstitutionen, Wohltätigkeitseinrichtungen

und Strafanstalten vergeben werden (§ 2 Bst. d öBG). Eine ausdrücklich als Ausnahme formulierte Norm ist gemessen am Geltungsbereich und dem Zweck des Gesetzes eng auszulegen. Der Wortlaut der Norm, namentlich die drei explizit genannten Einrichtungen, macht deutlich, dass es sich hierbei um bestehende Organisationen oder Institute handeln muss, denen der Kanton oder die anderen öffentlichen Gemeinwesen fallweise Aufträge direkt und ohne „Befragung des Markts“ erteilen können. Das ist deshalb gerechtfertigt, weil es gerade bei klassischen Wohltätigkeitseinrichtungen keinen relevanten Markt gibt und es daher sachfremd wäre, den Erbringer der Leistung einem Wirtschaftlichkeitswettbewerb auszusetzen (BEYELER, Der objektive Geltungsbereich des Vergaberechts, Gedanken zum Begriff des öffentlichen Auftrags, in: Aktuelles Vergaberecht 2008 [Hrsg. Zufferey/Stöckli], Zürich 2008 S. 117). Soweit eine Beschaffung von Leistungen bei einer Wohltätigkeitseinrichtung im Sinn von § 2 Bst. d öBG erfolgt, bezweckt der öffentliche Auftraggeber damit nicht nur den Erhalt der Leistungen, sondern auch die Förderung der ideellen Institution in ihrer im Allgemeininteresse liegenden Tätigkeit (BEYELER, a.a.O., N 714). Vorliegend verhält es sich aber anders: Die Beschaffung durch den Kanton dient nicht der Förderung einer schon leistungserbringenden Einrichtung. Die Genossenschaft Pandocheion wurde mit Blick auf das Asylzentrumsprojekt errichtet. Zwar verneint der Beschwerdegegner, dass die Genossenschaft zwecks Realisierung des Projekts auf dem Areal Grosshof gegründet worden sei (Vernehmlassung S. 3). Indessen ist mindestens ein enger sachlicher Zusammenhang nicht zu bestreiten. So führt der Beschwerdegegner denn auch aus, er hätte der Ökumenischen Wohnbaugenossenschaft nahe stehende Personen gefunden, die sich bereit erklärt hätten, eine neue Genossenschaft zu errichten (vgl. den Sachverhalt, Bst. A). In der Folge beauftragte der Beschwerdegegner die im August 2012 gegründete Genossenschaft Pandocheion mit der Aufgabe, ein Asylzentrum zu realisieren, ohne dass er das Projekt ausgeschrieben hätte. Bei diesen Umständen kann sich die öffentliche Hand nicht auf die Figur der Wohltätigkeitseinrichtung berufen. Denn es wäre zweckwidrig, eine Ausnahme vom öffentlichen Beschaffungsrecht zuzulassen, wenn der Kanton den Ausnahmetatbestand gleichsam schafft, indem er einer bestimmten Institution - hier der Genossenschaft Pandocheion - vorab einen beschaffungsrechtlich bedeutsamen Auftrag in Aussicht stellt oder zusichert. Andernfalls würde in Kauf genommen, dass eine Umgehung der submissionsrechtlichen Bestimmungen im Belieben der öffentlichen Hand steht

### 13.2.

Auch aus weiteren Gründen kann kaum von einer Wohltätigkeitseinrichtung gesprochen werden. Die Genossenschaft beabsichtigt in gemeinsamer Selbsthilfe Gebäude an gemeinnützige und staatliche Träger von sozialen Einrichtungen, für die Unterbringung, Betreuung, Begleitung, Pflege und Beschäftigung von Menschen, welche der Unterstützung durch die Gesellschaft bedürfen, zur Verfügung zu stellen. Sie erstellt bzw. erwirbt Wohnungen im gemeinnützigen Wohnungsbau; erwirbt oder veräussert Grundstücke oder Immobiliengesellschaften. Schliesslich umfasst der Zweck den Bau, Er-

werb, die Verwaltung oder Vermietung von Gebäuden und Beteiligungen (vgl. KG bf.Bel. 4). Diese breite Zweckumschreibung spricht klar gegen eine Wohltätigkeitseinrichtung. Denn das Engagement beispielsweise im sozialen Wohnungsbau ist im beschaffungsrechtlichen Sinn nicht wohltätig mit der Folge, dass Unternehmen, welche im sozialen Wohnungsbau tätig sind, sich nicht dem Wettbewerb stellen müssten.

Entscheidend ist, ob die Genossenschaft aus kommerziellen Motiven handelt und ob sie auf kommerzieller Basis beauftragt wird (BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Habil. 2011, Zürich 2012, N 707, 715). Die Genossenschaft führt das Element der Gemeinnützigkeit in ihrem Namen. Angesichts ihrer sozialen Zwecksetzung, des Bestrebens, verletzte und bedürftige Menschen zu unterstützen, und im Hinblick auf die Pflege des für eine solidarische Gesellschaft unentbehrlichen Gemeinnutzes steht die Wirtschaftlichkeit oder ein besonderes Gewinnstreben der Genossenschaft zwar nicht im Vordergrund. Aus dem Antwortschreiben vom 17. Juni 2013 des Regierungsrats Luzern geht jedoch hervor, dass Pandocheion eine Bruttorendite von 3,25 % bei einem aktuellen hypothekarischen Referenzzinssatz von 2,25 % erwartet. Zwar wird die Bruttorendite sinken, da der Mietzins jährlich im Ausmass der erfolgten Abschreibungsquoten reduziert werden soll (KG bf.Bel. 6 S. 6). Zudem werden für die Genossenschaft Pandocheion Aufwendungen, namentlich die Bezahlung des Baurechtszinses, die Fremdkapital-Verzinsung und Unterhaltskosten für die Baute, anfallen. Dennoch ist aufgrund der Umstände davon auszugehen, dass eine Rendite verbleibt und zumindest im Hinblick auf das hier umstrittene Geschäft hinsichtlich der Erbauung des Asylzentrums bei der Genossenschaft Pandocheion auch kommerzielle Motive mitspielen. So wird im Bericht und Antrag Nr. 253 der reformierten Kirche des Kantons Luzern (Genossenschafterin der Pandocheion) u.a. festgehalten, dass die mit dem Beitritt zur Genossenschaft Pandocheion zu erwartende Rendite über den Zinsen, welche bei festen Anlagen derzeit zu erzielen seien, liege (KG bf.Bel. 3 Ziff. 4). Damit ist davon auszugehen, dass zumindest im Hinblick auf das hier umstrittene Geschäft bei der Genossenschaft Pandocheion hinsichtlich der Erbauung des Asylzentrums auch kommerzielle Motive mitspielen. Damit entfällt auch unter diesem Gesichtspunkt der Ausnahmefall der Wohltätigkeitseinrichtung. Entsprechend sind bei der Vergabe der Asylunterkunft die submissionsrechtlichen Bestimmungen einzuhalten.

### 14.

#### 14.1.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Realisierung des Asylzentrums weder als unvorhergesehenes Ereignis noch - im beschaffungsrechtlichen Sinn - als dringend bezeichnet werden kann noch sonst unter einen Ausnahmetatbestand fällt. Damit liegen die Voraussetzungen gemäss Art. 3 Abs. 1 BGBM für ein Abweichen von den Vergabegrundsätzen nach Art. 5 Abs. 2 BGBM nicht vor. Folglich hätte der Entscheid über die freihändige Auftragserteilung öffentlich bekannt gemacht werden müssen (vgl. OESCH/ZWALD, a.a.O., Art. 5 BGBM

N 4). Wie eingangs erwähnt, vertritt der Beschwerdeführer die Ansicht, er sei diesem Erfordernis mit dem Regierungsratsbeschluss vom 11. Mai 2012 nachgekommen, was die Beschwerdeführerin bestreitet

#### 14.2.

Nach § 4 Abs. 1 VRG ergeht ein Entscheid, wenn eine dem VRG unterstellte Behörde mit hoheitlicher Wirkung für den Einzelfall Rechte und Pflichten bestimmter Personen begründet, ändert oder aufhebt (Bst. a), die rechtlichen Verhältnisse bestimmter Personen feststellt (Bst. b) oder Begehren im Sinne von Bst. a und b abweist, nicht darauf eintritt oder sie als erledigt erklärt (Bst. c). Diese Definition des Entscheidbegriffs deckt sich dem Gehalt nach mit der Legaldefinition gemäss Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021; UHLMANN, in: Praxiskommentar zum VwVG [Hrsg. Waldmann/Weissenberger], Zürich 2009, Art. 5 VwVG N 16; vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern V 09 266 vom 18.3.2010 E. 1b, abrufbar unter [www.gerichte.lu.ch](http://www.gerichte.lu.ch)).

Der Regierungsrat skizzierte in seinem Beschluss vom 11. Mai 2012 das weitere Vorgehen bezüglich des Projekts Asylzentrum Grosshof und erteilte entsprechende Aufträge an das zuständige Gesundheits- und Sozialdepartement sowie an die Dienststellen Immobilien und Soziales und Gesellschaft. Die Zustellung erfolgte dann auch rein verwaltungsintern nur an die eben genannten Dienststellen, das GSD, das Finanzdepartement und das Justiz- und Sicherheitsdepartement. Zwar enthält der Beschluss konkrete Anweisungen, wie die einzelnen Verwaltungseinheiten weiter vorzugehen hätten. Es fehlt aber an einem der wesentlichen Elemente einer Verfügung. Weder begründet, ändert oder hebt dieser Beschluss Rechte bestimmter Personen auf, noch stellt er die rechtlichen Verhältnisse bestimmter Personen fest oder weist diese ab. Mit anderen Worten lässt dieser Beschluss jegliche Aussenwirkung vermissen, sodass kaum davon ausgegangen werden kann, es könne sich dabei um eine (Feststellungs-)Verfügung handeln. Insbesondere stellt sie - wenn überhaupt - nur implizit fest, dass auf ein Vergabeverfahren verzichtet werden soll. Mit Blick auf die Zielsetzung von Art. 9 Abs. 1 BGBM geht es aber gerade darum, Beschränkungen des freien Marktzugangs in einer Verfügung festzuhalten und diese formgerecht zu eröffnen. Dies mag als wenig praktikabel empfunden werden. Jedoch ist es gerade Sinn und Zweck dieser Norm, eine Schwelle einzubauen, die es vor der freihändigen Vergabe von umfassenden öffentlichen Aufgaben zu überwinden gilt, sodass das darauffolgende freihändige Geschäft in Übereinstimmung mit dem Binnenmarktgesetz steht. Schliesslich hält der Regierungsrat in Ziffer 4 seines Beschlusses fest, dass die definitive Auftragserteilung an den Investor ihm zum Beschluss zu unterbreiten sei. Daraus ist zu schliessen, dass es mit diesem Beschluss nicht sein Bewenden hatte, sondern der Akt der Vergabe an die Genossenschaft Pandocheion noch bevor stand. Nach diesen Ausführungen ist festzuhalten, dass der Regierungsratsbeschluss vom 11. Mai 2012 keine Feststellungsverfügung im Sinn von Art. 9 Abs. 1 BGBM darstellt.

#### 15.

Bei der Vergabe des Auftrags zur Projektierung, Realisierung und Vermietung eines Asylzentrums durch den Kanton Luzern an die Genossenschaft Pandocheion handelt es sich um eine öffentliche Beschaffung des Bauhauptgewerbes. Aufgrund der Investitionssumme von ca. Fr. 5 Mio. liegt sie deutlich über dem für das freihändige Verfahren zulässigen Schwellenwert. Der Auftrag hätte entsprechend öffentlich ausgeschrieben werden müssen. Durch die direkte Vergabe des Auftrags an die Genossenschaft Pandocheion verletzte der Kanton Luzern den Zugang Anderer zum Markt in unzulässiger Weise. Denn die Voraussetzungen für die Bejahung eines Ausnahmefalls nach Art. 3 Abs. 1 BGBM liegen nicht vor. Weder handelt es sich bei der steigenden Anzahl der Asylgesuche um ein plötzliches Ereignis, noch kann die zeitliche Dringlichkeit im beschaffungsrechtlichen Sinn für den Bau des Asylzentrums als erfüllt betrachtet werden.

Das Gericht verkennt nicht, dass die Schaffung von neuen Asylzentren im Kanton Luzern – wie fast überall in der Schweiz – eine gesellschaftlich ausserordentlich schwierige Aufgabe ist. Die regierungsrätlichen Bemühungen im konkreten Fall sind anzuerkennen und politisch verständlich. Dabei sind die Behörden der Kantone aufgrund der bundesrechtlichen Vorgaben in der Asylgesetzgebung und der völkerrechtlichen Vereinbarungen verpflichtet, für die in die Schweiz kommenden Menschen, die einen Flüchtlingsstatus beanspruchen, menschenwürdige Unterkünfte bereitzustellen und die Grundbedürfnisse dieser Menschen zu befriedigen. Das ist eine eminent wichtige öffentliche Aufgabe, die in Kollision zu anderen Aufgaben und/oder gesetzlichen Vorgaben stehen kann. Die Beschwerdeführung durch die WEKO in diesem Fall ist daher mit Fragezeichen behaftet. Die Bundesbehörde kann sich auf ihre bundesgesetzliche Aufgabe berufen und hat für einen Binnenmarkt zu sorgen, der möglichst viele am Wirtschaftsleben teilnehmende Personen und Unternehmen zulässt. Darüber hinaus gibt es aber auch andere öffentliche Interessen zu werten, die mindestens bei der Entscheidung, ob Beschwerde geführt werden soll, mit zu berücksichtigen sind. Doch ist die Frage einer (vernünftigen) Beschwerdeführung von jener zu unterscheiden, ob die dem Gericht unterbreitete Beschwerde aufgrund der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen begründet ist. Immerhin ist die Beschwerdeführerin bei ihren Ausführungen zu behaften, wonach die Beschwerde primär der Schaffung von Rechtsklarheit mit Bezug auf künftige Vergabeverfahren dient und im konkreten Beschaffungsverfahren der öffentliche Auftraggeber durch die Beschwerde nicht gehindert ist, den Auftrag nach seinen Vorstellungen zu vergeben (Beschwerde S. 9 Ziff. 33).

Nach dem Gesagten ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gutzuheissen.

(...)

---

**Demnach erkennt das Kantonsgericht:****1.**

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird gutgeheissen und es wird festgestellt, dass die Vergabe des Auftrags zur Projektierung, Realisierung und Vermietung des

Asylzentrums Grosshof an die gemeinnützige Genossenschaft Pandocheion ohne öffentliche Ausschreibung den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt.

(...)

---