



Sitzung vom

4. Februar 2020

Mitgeteilt den

5. Februar 2020

Protokoll Nr.

56

## **Ergebnis des Kurzgutachtens zur Beurteilung der Rechtmässigkeit des Vorgehens bei der Beschaffung der Konvikt-Provisorien für die Bündner Kantonschule Chur**

1. Die freihändige Vergabe der benötigten Provisorien im Rahmen der Gesamtsanierung des Konvikts bei der Bündner Kantonsschule in Chur bildet Gegenstand der anlässlich der Oktobersession 2019 eingereichten Anfrage von Grossrat Wilhelm betreffend Vergabep Praxis beim Kanton. Darin wird unter anderem die Frage gestellt (Frage 5), ob die Regierung bereit sei, für die saubere Beurteilung der Rechtmässigkeit des Vorgehens bei den Konvikt-Provisorien externe Gutachten einzuholen.
2. In der Antwort der Regierung vom 14. Januar 2020 (Prot. Nr. 16) zur Anfrage Wilhelm hat die Regierung zu Frage 5 ausgeführt, dass sie den Vergaberechts-  
experten Dr. Stefan Scherler, Winterthur, beauftragt habe, im Rahmen eines Kurzgutachtens die Rechtmässigkeit des Vorgehens bei der Beschaffung der Konvikt-Provisorien zu überprüfen. Dies erlaubt der Regierung, die gestellte Frage auch inhaltlich zu beantworten, was im konkreten Fall als zweckmässig erachtet wird.

Dr. Stefan Scherler ist Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht und Partner in der Anwaltskanzlei Scherler + Siegenthaler Rechtsanwälte AG in Winterthur. Sein fachlicher Schwerpunkt liegt in der Beratung und Prozessführung in den Bereichen Vergaberecht, öffentliches und privates Bau- und Planungsrecht sowie Verkehrswirtschaftsrecht. Er ist Geschäftsführer und im Vorstand der Schweizerischen Vereinigung für öffentliches Beschaffungswesen, Experte bei Weiterbildungskursen zum Vergaberecht und publiziert regelmässig zu vergabe- und baurechtlichen Themen in Fachzeitschriften. Daneben hält er Lehraufträge an der ETH Zürich und an den Universitäten Zürich, Bern und

Freiburg. Zudem obliegt ihm die Tagungsleitung der sogenannten Vergabetagung in Zürich. Die Vergabetagung ist die grösste und bekannteste Fachveranstaltung zum öffentlichen Vergaberecht in der Schweiz.

Das in Auftrag gegebene Kurzgutachten lag der Regierung im Zeitpunkt der Beantwortung der parlamentarischen Anfrage in der ersten Januarhälfte noch nicht vor.

3. Dr. Scherler hat der Regierung am 31. Januar 2020 seine rechtliche Beurteilung des Beschaffungsvorgangs in einem rund 30-seitigen Kurzgutachten übermittelt. Zusammenfassend kommt der Gutachter darin zu folgenden Erkenntnissen:

*"Erste Erkenntnis*

*Die Vergabe des Gesamtleistungsauftrags für die Instandsetzung des Konvikts an die Wettbewerbsgewinnerin, Team "Plessur", vertreten durch Implenia Schweiz AG, ist rechtmässig erfolgt. Die freihändige Vergabe des Planungsauftrags der Konvikt-Provisorien an die Zoanni Architektur Baumanagement AG ist ebenfalls rechtmässig erfolgt.*

*Zweite Erkenntnis*

*Die Voraussetzungen der einzelnen Ausnahmetatbestände gemäss Art. 3 Abs. 1 der kantonalen Submissionsverordnung für die freihändige Vergabe der Leistungen zu der Erstellung und Miete der Unterkunftsprovisorien an die bereits mit der Gesamtsanierung des Konvikts beauftragte Implenia Schweiz AG (Gesamtleister) sind im vorliegenden Fall eher nicht erfüllt. Die Zusammenfügung der Vergabegegenstände erscheint zwar aus technischer, wirtschaftlicher und organisatorischer Sicht sinnvoll. Mit Blick auf das Vergaberecht hätte nach Einschätzung der Verfasser des vorliegenden Gutachtens das Unterkunftsprovisorium ins Wettbewerbsverfahren integriert oder in einem separaten, höherrangigen Vergabeverfahren beschafft werden sollen. Inzwischen sind das Vergabeergebnis bzw. der Auftragsumfang mit der Erweiterung um die Provisorien in Rechtskraft erwachsen."*

In seinen Schlussbemerkungen stellt der Gutachter zudem fest, dass die öffentliche Auftraggeberin bzw. die Regierung des Kantons Graubünden die um die Konvikt-Provisorien «erweiterte Auftragsvergabe» im Sommer 2017 explizit in die (Gesamt-) Objektkreditvorlage zum Konvikt Chur aufgenommen hatte, dem Geschäft durch die vorberatende Geschäftsprüfungskommission GPK bzw.

durch den Grossen Rat in der Juni Session 2017 – nach eingehender Beratung – mit deutlichem Mehr zugestimmt und mit Veröffentlichung des Wortlaut-Protokolls der Debatte im Grossen Rat bekannt gemacht wurde.

4. Aufgrund der vom Experten vorgenommenen Beurteilung kommt die Regierung zum Schluss, dass im Rahmen der baulichen Instandsetzung des Konvikts bei einem von mehreren Beschaffungsverfahren rückblickend aufgrund der vergaberechtlichen Vorgaben eher ein höherrangiges Verfahren hätte durchgeführt werden müssen. Das gewählte Vorgehen wird jedoch sowohl technisch als auch wirtschaftlich als sinnvoll beurteilt.

Das öffentliche Beschaffungswesen stellt ein Massengeschäft der Kantonsverwaltung mit mehreren hundert Auftragsvergaben pro Jahr dar. Die Festlegung der vergaberechtlich rechtskonformen Verfahrensart und die Ausschöpfung des der öffentlichen Hand auch im Beschaffungswesen zustehenden Handlungsspielraums ist zuweilen anspruchsvoll und bildet mitunter Beschwerdegegenstand von gerichtlichen Verfahren. Die Regierung sieht sich aufgrund der Ergebnisse des Kurzgutachtens und in Kenntnis über die Abläufe bei Beschaffungen durch den Kanton nicht veranlasst, konkrete Massnahmen in diesem Zusammenhang zu ergreifen, wird aber die Hinweise aus dem Gutachten generell in die Rechtsanwendung einfliessen lassen. Die kantonalen Beschaffungsstellen werden auch in Zukunft die zu wählende Verfahrensart sorgfältig prüfen und in Beachtung der submissionsrechtlichen Vorgaben einzelfallweise festlegen.

5. In genereller Hinsicht bietet dem Kanton für die Überprüfung der Handlungsspielräume das anstehende Beitrittsverfahren zur neuen Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) zeitnah einen weiteren geeigneten Anlass. Die Regierung wird im Rahmen der Vorbereitung des Verfahrens zum Konkordatsbeitritt zuhanden des Grossen Rates und in Erfüllung verschiedener parlamentarischer Vorstösse den Handlungsspielraum, der dem Kanton zur Förderung einheimischer Anbieter rechtskonform zur Verfügung steht, aufarbeiten und in der Folge allfällige Praxisanpassungen umsetzen. In seiner Stossrichtung will die neue IVöB den öffentlichen Auftraggebern und den Anbietern – unter Vorbehalt der beschaffungsrechtlichen Grundsätze – mittels neuer Beschaffungsinstrumente (z.B. Dialog) möglichst grossen Handlungsspielraum gewähren. Zudem soll die elektronische Abwicklung von Beschaffungsverfahren im öffentlichen Beschaffungswesen gesetzlich geregelt werden. Letztere werden einen Beitrag dazu leisten, den Administrativaufwand

auf Seiten der Auftraggeber und der Anbieter bei öffentlichen Beschaffungen zu senken und die Effizienz weiter zu erhöhen.

Auf Antrag des Bau-, Verkehrs- und Forstdepartements

**beschliesst die Regierung:**

1. Die Regierung nimmt vom Kurzugutachten von Dr. Stefan Scherler vom 30. Januar 2020 Kenntnis.
2. Der vorliegende Beschluss und das Gutachten werden auf der Website des Bau-, Verkehrs- und Forstdepartements publiziert.
3. Mitteilung an:
  - Ratssekretariat, Masanserstrasse 14, 7001 Chur
  - Dr. Stefan Scherler, Rechtsanwalt, Anwaltskanzlei Scherler + Siegenthaler Rechtsanwälte AG, Marktgasse 1, Postfach, 8401 Winterthur;
  - Amt für Höhere Bildung (intern);
  - Erziehungs-, Kultur- und Umweltschutzdepartement (intern);
  - Departement für Finanzen und Gemeinden (intern);
  - Finanzverwaltung (intern);
  - Finanzkontrolle (intern);
  - Hochbauamt (intern);
  - Bau-, Verkehrs- und Forstdepartement (intern).



Namens der Regierung

Der Präsident:

Dr. Chr. Rathgeb

Der Kanzleidirektor:

Daniel Spadin