

KURZGUTACHTEN

Datum: Winterthur, 30. Januar 2020

An: Kanton Graubünden, Regierung, Bau-, Verkehrs- und Forstdepartement
Herrn Conradin Luzi, Departementssekretär, Stadtgartenweg 11, 7000 Chur

Von: Stefan Scherler, Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht;
Martina Schweizer, lic. iur., Rechtsanwältin; Scherler + Siegenthaler Rechtsanwälte AG,
Marktgasse 1, 8401 Winterthur

Betreff: Sanierung Konvikt Chur - Beschaffung Konvikt-Provisorien - Kurzgutachten
(Beurteilung der Rechtmässigkeit des Vorgehens bei den Konvikt-Provisorien ge-
mäss Regierungsbeschluss vom 17. Dezember 2019, Prot. Nr. 961)

Inhaltsübersicht

Management Summary	3
A Ausgangslage	4
I. Sachverhalt	4
1. Sanierungsbedarf Konvikt Chur als Ausgangspunkt (2015)	4
2. Gesamleistungswettbewerb «Instandsetzung Konvikt Chur» (2016)	4
2.1 Evaluation Gesamtleister für Konvikt.....	4
2.2 Auftragsvergabe Gesamtleister	5
3. Planung Konvikt-Provisorien (2016).....	5
3.1 Bedarf	5
3.2 Evaluation und Planung Provisorium.....	6
3.3 Richtofferten für die Realisierung und Betrieb Provisorium	6
4. Genehmigung Verpflichtungskredit Gesamtsanierung Konvikt (2017)	7
4.1 Jahresrechnung 2016; Botschaft zur Vorlage	7
4.2 Beratung und Genehmigung durch Grossen Rat (Junisession 2017).....	7
5. Zusatzvergabe Realisierung und Betrieb Konvikt-Provisorien (2017)	9
6. Vertragsrechtliche Grundlagen (2017/2018)	9
6.1 Gesamleistervertrag «Instandsetzung Konvikt Chur» (2017)	9
6.2 Miet- und Untermietverträge Unterkunftsprovisorium (2018)	10
7. Parlamentarische Anfragen (2019)	11
7.1 «Direktvergabe der Provisorien beim Konvikt» (Junisession 2019).....	11
7.2 «Vergabepaxis beim Kanton» (Oktobersession 2019).....	13
II. Fragestellung	14
1. Beurteilung der Rechtsfrage i.e.S.	14
2. Vorgehen	14

B	Grundlagen	15
I.	Anwendbares Recht	15
II.	Geltungsbereich des Vergaberechts	16
1.	Vorbemerkungen	16
2.	Subjektiver Geltungsbereich (Qualifikation Vergabestelle)	16
3.	Objektiver Geltungsbereich (Qualifikation Beschaffungsgegenstand)	16
3.1	Begriff des öffentlichen Auftrags	16
3.1.1	Übersicht	16
3.1.2	Merkmale im Einzelnen	17
3.2	Auftragsgegenständliche Leistungen (Bau-, Liefer- und Dienstleistungen)	18
3.2.1	Vorbemerkungen	18
3.2.2	Lieferungen	18
3.2.3	Dienstleistungen	18
3.2.4	Bauleistungen	18
3.3	Immobiliarsachenrechtliche Rechtsgeschäfte im Besonderen	19
4.	Beurteilung	20
4.1	Gesamtleistungsauftrag Instandsetzung Konvikt (Auftragsvergabe 1)	20
4.2	Planungsauftrag Konvikt-Provisorien (Auftragsvergabe 2)	20
4.3	Realisierung und Vermietung Modulbauten Konvikt-Provisorien (Auftragsvergabe 3)	21
C	Besondere Verhältnisse	23
I.	Ausgangslage	23
1.	Umfang des Gesamtleistungsauftrags Instandsetzung Konvikt	23
1.1	Angebotsumfang im Gesamtleistungswettbewerb	23
1.2	Vertragliche Gestaltungsspielräume bei Gesamtleistungsaufträgen	23
1.3	Konkrete Hinweise für eine Auftragserweiterung und Optionen	23
2.	Evaluation der Provisoriumslösung	24
2.1	Vorgehen des beauftragten Planers	24
2.2	Richtofferten zur Ermittlung des relevanten Beschaffungsbedarfs und -umfangs	24
II.	Qualifikation der Auftragsvergabe bzw. Auftragserweiterung Konvikts-Provisorium	25
1.	Aspekte vergabefreier Beauftragung	25
1.1	Budgetpositionen in Wettbewerbsprogramm oder Gesamtleistungsangebot?	25
1.2	Qualifizierte Vorsubmission des Modulbau-(Sub-)Unternehmers?	25
1.3	Untervergabe gemäss Art. 16 SubG?	25
1.4	Irrtümliche Unterlassung?	25
2.	Beauftragung im freihändigen Verfahren	26
2.1	Ausnahmecharakter der Tatbestände von Art. 3 Abs. 1 SubV	26
2.2	Tatbestände im Einzelnen	27
2.2.1	Zusätzliche Leistungen (Art. 3 Abs. 1 Bst. f SubV)	27
2.2.2	Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen durch Gesamtleister (Art. 3 Abs. 1 Bst. g SubV)	27
2.2.3	Neuer gleichartiger Auftrag mit Bezug zu Grundauftrag (Art. 3 Abs. 1 Bst. h SubV)	28
2.2.4	Beschaffung von Erstanfertigungen (Art. 3 Abs. 1 Bst. i SubV)	28
2.2.5	Folgebeschaffung bei Wettbewerbsgewinner (Art. 3 Abs. 1 Bst. j SubV)	29
3.	Bagatellklausel für Bauaufträge	29
D	Fazit	30
I.	Kurzbeurteilung der gestellten Gutachterfrage	30
1.	Rechtmässigkeit Vergabe Gesamleisterauftrag (Auftragsvergabe 1)	30
2.	Rechtmässigkeit Vergabe Planung Konvikt Provisorien (Auftragsvergabe 2)	30
3.	Rechtmässigkeit Freihandvergabe Auftragserweiterung (Auftragsvergabe 3)	30
II.	Schlussbemerkungen	32

MANAGEMENT SUMMARY

Auftrag

Erstellung Kurzgutachten zur Beschaffung Konvikt-Provisorien (Beurteilung der Rechtmässigkeit des Vorgehens bei den Konvikt-Provisorien gemäss Regierungsbeschluss vom 17. Dezember 2019, Protokoll Nr. 961).

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 Gesamtanierung 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.

A AUSGANGSLAGE

I. Sachverhalt

1. Sanierungsbedarf Konvikt Chur als Ausgangspunkt (2015)

A Das Konvikt der Bündner Kantonsschule in Chur stellt seit der Inbetriebnahme im Jahre 1968 ein betreutes Wohnumfeld mit professioneller pädagogischer Betreuung und Verpflegung für rund 100 Mittelschülerinnen und Mitschüler zur Verfügung.

B Der rund 50-jährige Bau weist einen sanierungsbedürftigen Zustand und einen nicht mehr zeitgemässen Standard auf. Mit Entscheid vom 11. August 2015 (Prot. Nr. 670) beauftragte deshalb die Regierung des Kantons Graubünden das kantonale Hochbauamt, die bereits vorhandene Zustandsanalyse aus dem Jahre 2007 zu aktualisieren «und auf dieser Basis alle notwendigen Vorbereitungsarbeiten zur Erarbeitung einer Entscheidungsgrundlage beziehungsweise als Grundlage für eine Botschaft an den Grossen Rat in die Wege zu leiten».

2. Gesamtleistungswettbewerb «Instandsetzung Konvikt Chur» (2016)

2.1 Evaluation Gesamtleister für Konvikt

C Am 17. März 2016 wurde im kantonalen Amtsblatt und auf der elektronischen Plattform SIMAP unter der Projektbezeichnung «Instandsetzung Konvikt Chur» ein Gesamtleistungswettbewerb im selektiven Verfahren ausgeschrieben. Grundlage für die Ausschreibung bildeten das GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement, GPA; SR 0.632.231.422), die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BR 803.510), das Submissionsgesetz des Kantons Graubünden (SubG; BR 803.300) sowie die dazugehörige Submissionsverordnung (SubV; BR 803.310). Subsidiär gelangte für das Wettbewerbsverfahren die SIA Ordnung 142 für Architektur- und Ingenieurwettbewerbe (Ausgabe 2009) zur Anwendung.

D Ziel des Gesamtleistungswettbewerbs war die Ermittlung eines interdisziplinären Gesamtleister-Teams, «das einerseits qualifiziert ist, ein technisch anspruchsvolles, ganzheitliches und sensibles, der herausragenden Qualität des Konvikts angemessenes Instandsetzungsprojekt zu entwickeln und sämtliche notwendigen Planer- und Unternehmerleistungen anzubieten. Andererseits sollte das GL-Team in der Lage sein, die Realisierung in der geforderten Qualität und Wirtschaftlichkeit sowie innerhalb der Terminvorgaben garantieren zu können.» (Wettbewerbsprogramm, März 2016, Ziff. 1.2)

E Von den auf der ersten Verfahrensstufe eingegangenen acht Bewerbungen selektionierte das Beurteilungsgremium bzw. die Regierung fünf Gesamtleister-Teams für die zweite Stufe (Prot. Nr. 472). Diese reichten ihre Angebotsdossiers Ende September 2016 ein. Das Beurteilungsgremium tagte an zwei Sitzungen im Oktober und November 2016 in Chur.

- F Nach Abschluss der Beratungen und Festlegung der Rangfolge empfahl das Beurteilungsgremium dem Auftraggeber einstimmig, das Team "Plessur", Chur, mit Projekt Nr.4 «WENIGER IST MEHR» mit einer «abgestuften Weiterbearbeitung und Entwicklung ihres Projekts» zu beauftragen. Dabei seien «zwingend die Kritikpunkte des Beurteilungsgremiums und die vom Auftraggeber noch detailliert zu formulierenden weiteren Projektanforderungen zu berücksichtigen und einzuarbeiten» (Bericht des Preisgerichts, November 2016, Dank und Empfehlung, S. 13).

2.2 Auftragsvergabe Gesamtleister

- G Mit Beschluss vom 22. November 2016 (Prot. 1026) entschied die Regierung, dass der Gesamleisterauftrag für die bauliche Instandsetzung des Konvikts der Bündner Kantonsschule in Chur - unter Vorbehalt der Kreditgenehmigung durch den Grossen Rat - an das Gesamtleister-Team "Plessur", Chur, Projekt Nr. 4 "WENIGER IST MEHR" bei einer Angebotssumme von rund CHF 24.8 Mio. zu vergeben war (nachfolgend: «Auftragsvergabe 1»). Das Hochbauamt wurde beauftragt bzw. ermächtigt,
- das Ergebnis des Gesamtleistungswettbewerbs allen Gesamtleister-Teams der zweiten Stufe in geeigneter Form mitzuteilen und nach eingetretener Rechtskraft das siegreiche Gesamtleister-Team mit der Überarbeitung des Projekts zu beauftragen;
 - den Gesamleistervertrag für die Instandsetzung des Konvikts der Kantonsschule Chur unter Vorbehalt der Kreditgenehmigung durch den Grossen Rat abzuschliessen. Vorgängig waren die im Bericht des Beurteilungsgremiums aufgeführten Kritikpunkte und allfällige weitere noch detailliert zu formulierenden Anforderungen der Bauherrschaft zu berücksichtigen und einzuarbeiten;
 - nach eingetretener Rechtskraft allen Gesamtleister-Teams der zweiten Stufe die feste Entschädigung auszubezahlen bzw. die Botschaft an den Grossen Rat für das Bauvorhaben vorzubereiten.

3. Planung Konvikt-Provisorien (2016)

3.1 Bedarf

- H Im Programm für den Gesamtleistungswettbewerb wird ausgeführt, dass während der Phase der baulichen Sanierung respektive Instandsetzung des Konvikts «auf dem Areal westlich des Schulhauses Cleric ein Unterkunftsprovisorium für ca.100 Schülerinnen und Schüler erstellt» werde. Der Betrieb des Konvikts werde für die gesamte Sanierungszeit «somit gänzlich ausgelagert», wobei das Unterkunftsprovisorium «vorgängig zur Instandsetzung des Konvikts erstellt [werde] und nicht Bestandteil dieses Verfahrens [sei]» (Wettbewerbsprogramm, März 2016, Ziff. 1.1).

3.2 Evaluation und Planung Provisorium

I Unter Hinweis auf die «für die Planung und Submission des Unterkunftsprovisoriums des Konvikts in Chur» im Budget 2016 bewilligten Kreditmittel, erteilte das Bau-, Verkehrs- und Forstdepartements Graubünden am 3. Februar 2016 für die Arbeitsgattung «BKP 591 Architekt» und bei einer Vergabesumme von CHF 90'000 freihändig einen Dienstleistungsauftrag an die Zoanni Architektur Baumanagement AG, Chur (nachstehend: «Auftragsvergabe 2»). Unter Ziff. 1.3 des Planervertrags wurde folgender Leistungsumfang («Vertragsgegenstand/Aufgabenbeschreibung») vereinbart:

«Architekt für 30.5% Grundleistungen, Teilaufträge 1 - 3.

Die Provisorien sind in ästhetischer, technischer, funktionaler, betrieblicher, finanzieller und terminlicher Hinsicht aufgabenbezogen (Nutzungsdauer ca. 2 1/2 Jahre, Gymnasialschülerinnen und Schüler BKS) zu planen respektive zu submittieren (funktionale Ausschreibung für TU/Containerlieferant).

Als Grundlage für die Projektierung dient die Konzeptstudie vom 18.12.2015. Die Bedürfnisabklärung ist beim Projektstart nochmals kurz mit der Nutzergruppe Konvikt und dem HBA zu verifizieren.»

3.3 Richtofferten für die Realisierung und Betrieb Provisorium

J Am 13. Dezember 2016 legte der Beauftragte dem Hochbauamt unter der Auftragsnummer «553 Unterkunftsprovisorium Konvikt, 7000 Chur – Kostenschätzung Bauprojekt 1:100» einen «Kostenvergleich Richtpreise, Basis Bauprojekt Stand 14.10.2016» für ein «Unterkunftsprovisorium mit Containermodulen oder Holz-Elementvorfabrikation» vor. Das Papier fasst die Richtofferten zusammen, wie sie dem Beauftragten im Rahmen der «Funktionsausschreibung mit TU Angebot im Freihändigen Verfahren» gestützt auf ein «Bauprojekt Stand 14.10.2016» zugegangen waren.

Im Kostenvergleich wird zwischen einzelnen Richtofferten bzw. den folgenden Ausführungs- und Erwerbsvarianten unterschieden:

– Containermodule	Miete (27 Monate)	Richtofferte 02.12.2016
– Containermodule	Kauf (evtl. Rückkauf)	Richtofferte 02.12.2016
– Holzelement-Vorfabrikation	Miete (27 Monate)	Richtofferte 08.12.2016
– Holzelement-Vorfabrikation	Kauf (evtl. Rückkauf)	Richtofferte 08.12.2016

K Aus den Akten ergibt sich, dass das Hochbauamt die Variante Miete (27 Monate) von vorfabrizierten Holzmodulen weiterverfolgte:

- Der günstigere Mietpreis der Holzprovisorien wird damit begründet, dass er auf «einem innovativen Konzept» basiert und die Bauten wiederverwendet werden könnten. Im Gegensatz zu den Metallcontainern könnten sie just-in-time produziert werden, weshalb die Lagerkosten entfielen. Zudem sei eine Vor- oder Nachnutzung durch den Vermieter bereits eingerechnet.

- Demgegenüber berge ein Kauf mit anschliessendem Rückverkauf das Risiko, keinen Käufer zu finden. Falls das Provisorium nicht oder nur teilweise verkauft werden könne und wenn der Markt tiefere Preise hervorbringe wie angenommen, müsse mit einem Verlust gerechnet werden. Falls der Rückkauf bereits im Kaufvertrag quantifiziert werde und seitens des Käufers kein Risiko eingegangen werden könne, werde die Kauflösung teurer werden (Wortlautprotokoll des Grossen Rates des Kantons Graubünden, 12. Juni 2017, S. 1015 f.).

4. Genehmigung Verpflichtungskredit Gesamtsanierung Konvikt (2017)

4.1 Jahresrechnung 2016; Botschaft zur Vorlage

- L Im Bericht der Regierung für die Jahresrechnung 2016 (Botschaft) wurde dem Grossen Rat beantragt (Antrag Nr. 6), dass für die bauliche Gesamtsanierung des Konvikts der Bündner Kantonsschule ein Verpflichtungskredit von CHF 31.4 Mio. (brutto) als Objektkredit zu genehmigen sei.

Im Bericht werden die Anlagegesamtkosten von CHF 31.4 Mio. wie folgt aufgeschlüsselt:

- Kosten Instandsetzung CHF 24.8 Mio.
- Kosten Provisorium CHF 3.1 Mio.
- Bauherrenseitige Leistungen CHF 3.5 Mio.

Hinsichtlich des Provisoriums wird festgehalten, dass das von einem regionalen Holzbauunternehmen angemietete und aus Holz in Modulbauweise produzierte Unterkunftsprovisorium im Anschluss an die Instandsetzung des Konvikts durch den Vermieter für weitere Zwecke an anderen Standorten nachhaltig weitergenutzt werden soll.

4.2 Beratung und Genehmigung durch Grossen Rat (Junisession 2017)

- M In seiner Sitzung vom 12. Juni 2017 behandelte der Grosse Rat des Kantons Graubünden die «Jahresrechnung und Geschäftsberichte 2016 Grosser Rat, Regierung, allgemeine Verwaltung, Departemente und richterliche Behörde». In der Eintretensdebatte wies die Präsidentin der Geschäftsprüfungskommission GPK darauf hin, dass die Vorlage des Verpflichtungskredites im Beisein von Vertretern des BVFD, des Hochbauamts und des Amts für Höhere Bildung (vor-)beraten worden sei. Die Regierung könne gestützt auf die Grundlagen im Gesetz und Verordnung einen Verpflichtungskredit, der nicht dem obligatorischen Finanzreferendum unterstehe, dem Grossen Rat auch mit der Botschaft zur Jahresrechnung beantragen. Somit handle es sich bei der Frage, ob dem Grossen Rat in einem solchen Fall eine separate Botschaft vorgelegt oder ob der Verpflichtungskredit mit der Jahresrechnung oder dem Budget beantragt werde, auch um eine politische Entscheidung der Regierung. Im Rahmen ihrer Beratung habe die GPK zur Kenntnis genommen, dass sich der Auftrag zur Führung und zum Betrieb des Konvikts aus Art. 11 des Mittelschulgesetzes ergebe. Mit den anwesenden Auskunftspersonen habe die GPK Fragen zu verschiedenen Punkten klären können, so zum Beispiel zur zeitlichen Einordnung des Vorhabens vor dem Hintergrund knapper Finanzen und anderer Hochbauprojekte, zum baukulturellen Wert des Gebäudes und dessen Berücksichtigung bei der Sanierung, zum Gesamtleistungsauftrag,

zu den betrieblichen Auswirkungen während und nach der Gesamtsanierung oder zum angestrebten Ausbaustandard. Die GPK stufe die Werterhaltung der Immobilien als dringliche Aufgabe des Kantons ein. Auf Grund der erhaltenen Informationen sei der Bedarf für eine Gesamtsanierung des Konvikts seit längerem gegeben. Das Eintreten auf die Botschaft zur Jahresrechnung 2016 sei in der GPK nicht bestritten gewesen bzw. würden die enthaltenen Anträge der Regierung von der GPK unterstützt.

N In der Detailberatung wurde die Vorlage kontrovers diskutiert: Zum einen wurde die Korrektheit des Verfahrens für die Kreditvorlage angesprochen (Kurz-Botschaft für das Geschäft), zum anderen wurde moniert, dass in der Vorlage «ein Ausblick in die Zukunft mit einer Bedarfsabklärung, eine umfassende Beurteilung des Objektes, Alternativen und detaillierte Kostenschätzungen» fehlen würden.

O Der Vorsteher des Bau-, Verkehrs- und Forstdepartements nahm in der Debatte Stellung zu den kritischen Vorbringen und warf dabei unter anderem auch die Frage auf, ob die Instandsetzung des Konviktes unter Betrieb erfolgen könne oder nicht. Er stellte fest, dass eine Sanierung unter Betrieb ungünstig für diejenigen sei, die dann dort «noch vorübergehend hausen» würden, ebenso für jene, die dort arbeiten sollten. Deshalb habe die Verwaltung nach Provisorien gesucht:

«Und auch hier haben wir auch nicht einfach nur eine Variante, die erstschnellste, die für uns die beste war, die wir dann gewählt haben. Man kann eine Containerlösung machen mit Blechcontainern. Man kann eine machen aus Holzmodulen. Sie wissen, wir haben uns entschieden für Holzmodule. Man kann diese Blechcontainer oder Holzmodule kaufen oder man kann sie auch nur mieten. Wir haben uns, ich möchte da nicht zu lange werden, entschieden für eine Holzmodulbauweise, Punkt eins, und Punkt zwei für eine Holzmodulbauweise, die wir nur mieten. Die Vorteile sind die: Wir haben einen natürlichen Rohstoff, der bei uns wächst, den wir endlich wieder einmal baulich einsetzen können. Wir haben einen einheimischen Unternehmer. Sie können sich vorstellen, irgendwo in Mittelbünden hat er sein Geschäft, der diese Module entwickelt hat, und ist bereit, das Risiko einzugehen. Dieser war bereit und ist weiter bereit in das Risiko einzugehen, diese Module zu entwickeln, uns zur Verfügung zu stellen, vermietungsweise, und ist auch schon bereit und im Gespräch mit einer anderen Gemeinde, wo das WEF nämlich stattfindet, dass man diese Module dann später nach unserer Nutzung dann weiter nutzen kann. So gesehen eine schöne Verkettung von vernünftigen Vorgängen. Kommt dazu, dass diese Modulbauweise für die Holzmodule tatsächlich auch kostengünstiger ist als die andere Variante. Wir mussten hier also preislich nicht einmal einen Kompromiss eingehen, sondern hatten Vorteile.»

P In der Abstimmung genehmigte der Grosse Rat den Verpflichtungskredit für die bauliche Gesamtsanierung des Konvikts der Bündner Kantonsschule als Objektkredit von brutto CHF 31.4 Mio. (Kostenstand Oktober 2016) mit 77 zu 28 Stimmen bei 5 Enthaltungen.

5. Zusatzvergabe Realisierung und Betrieb Konvikt-Provisorien (2017)

Q Im Nachgang zur grossrätlichen Genehmigung des Objektkredites hält die Regierung mit Beschluss vom 8. August 2017 (Protokoll-Nr. 661) fest, dass das Gesamtleisterangebot des GL-Teams "Plessur", Chur, sämtliche Planer- und Unternehmerleistungen für die Instandsetzung des Konvikts umfasse. Darin nicht enthalten seien jedoch die Aufwendungen für das Unterkunftsprovisorium für rund 100 Schülerinnen und Schüler auf dem Areal westlich des Schulhauses Cleric. Es sei vorgesehen, das Provisorium während der Bauzeit für 27 Monate zu mieten. Abklärungen hätten ergeben, dass eine Lösung in Holz des Holzbauunternehmens Uffer AG, Savognin, günstiger sei als die Miete handelsüblicher und auf die Anforderungen angepasste Baucontainer. Da die Erstellung der Provisorien nicht nur aus dem Holzbau, sondern auch aus diversen Vorbereitungsarbeiten, wie Fundamenten, Werkleitungen und Umgebungsarbeiten besteht und eine saubere terminliche Koordination notwendig sei, mache eine Integration der Provisorien in den Gesamtleistervertrag und somit eine zusätzliche Beauftragung des Gesamtleisters Sinn. Das Mietangebot von Uffer AG, Savognin, vom 8. Februar 2017 für die Dauer von 27 Monaten mit rund CHF 2.2 Mio. und die veranschlagten Vorbereitungsarbeiten mit rund CHF 0.5 Mio. ergäben eine Gesamtsumme von rund CHF 2.75 Mio. Damit alle Leistungen vollumfänglich über den Gesamtleister abgewickelt werden könnten, bedürfe es aus finanzrechtlicher Sicht einer zusätzlichen Vergabe an den Gesamtleister im Rahmen des bewilligten Kredits. Die Gesamtkosten würden im Rahmen des Voranschlags und des Botschaftsprojekts eingehalten (nachstehend: «Auftragsvergabe 3»).

6. Vertragsrechtliche Grundlagen (2017/2018)

6.1 Gesamtleistervertrag «Instandsetzung Konvikt Chur» (2017)

R Am 26. September 2017 unterzeichneten die Vertragsparteien Kanton Graubünden (Bauherrschaft) und Implenia Schweiz AG (Gesamtleister) einen Gesamtleistervertrag betreffend die Instandsetzung Konvikt mit folgendem Vertragsgegenstand bzw. mit folgender Vergütung:

– «Ziff. 1.1 Vertragsgegenstand

Die Bauherrschaft überträgt dem Gesamtleister die Ausführung der folgenden Bauwerke bis zur betriebsbereiten Übergabe:

- Projekt: Instandsetzung Konvikt, Arosastrasse 32, 7000 Chur, Kataster Nr. 2678, Geb.-Nr. 1-38
Angebot vom: 30.09.2017 mit Nachträgen "Projektoptimierung" Liste vom 20.01.2017, revidiert 26.06.2017
- Projekt: Unterkunftsprovisorium Konvikt, Plessurstrasse 53, 7000 Chur, Kataster Nr. 2794

Angebot Provisorium (Mietlösung) vom 08.02.2017 der Uffer AG Savognin und Nebenarbeiten» gemäss Kostenvoranschlag vom 10.07.2017»

– Deckblatt: Vergütung:		
▪ Global-Kostendach brutto	CHF	23'336'480
▪ Mietprovisorium Anteil Uffer	CHF	2'060'000
▪ Mietprovisorium Anteil Implenla für Nebenarbeiten (Budgetbetrag)	CHF	490'740
▪ Global-Kostendach netto exkl. MWST	CHF	25'887'220
▪ 8.0% MWST	CHF	2'070'978
▪ Global-Kostendach netto inkl. MWST	CHF	27'958'198

6.2 Miet- und Untermietverträge Unterkunftsprovisorium (2018)

S Am 23. März 2018 unterzeichneten die Uffer AG (Vermieterin) und die Implenla Schweiz AG (Mieterin) sodann einen Mietvertrag betreffend «befristete Zurverfügungstellung und Nutzung eines Unterkunftsprovisoriums».

- Aus der Vertrags-Ziff. 1.1 (Allgemeines) ergibt sich, dass sich der Gesamtleister gestützt auf den Gesamtleistervertrag vom 26. September 2017 gegenüber der Bauherrschaft verpflichtet habe, «während der Dauer der Instandsetzung des Konvikts spätestens ab 30. Juli 2018 ein adäquates Unterkunftsprovisorium, welches auf Grundstück Nr. 2794 im Grundbuch Chur realisiert wird, zur Verfügung zu stellen».
- Unter Ziff. 1.2 (Bauliche Vorleistungen für Unterkunftsprovisorium) erklärt der Gesamtleister zudem, dass er sich zwecks «fristgerechter Zurverfügungstellung des Unterkunftsprovisoriums durch die Vermieterin» gegenüber der Bauherrschaft verpflichtet habe, diverse bauliche Vorleistungen zu erbringen. Die detaillierte Regelung zur Erbringung der Vorleistungen etc. wurde im Gesamtleistervertrag vorgenommen; sie bilde nicht Gegenstand des Mietvertrags.
- Mit Blick auf die Realisierung des Unterkunftsprovisoriums wird in Ziff. 1.4 vereinbart, dass die Besorgung von behördlichen Bewilligungen und die Tragung sämtlicher damit verbundenen Kosten und öffentlich-rechtlichen Abgaben im Gesamtleistervertrag geregelt sind und demnach nicht Gegenstand des Mietvertrags bilden.
- Schliesslich ergibt sich aus Ziff. 13 (Untermiete, Übertragung des Mietverhältnisses) im Kontext zur gesamtvertraglichen Konzeption, dass der Abschluss eines Untermietvertrages zwischen dem Gesamtleister und der Bauherrschaft auf der Basis des Mietvertrages und auch die Weitervermietung von Zimmern durch die Bauherrschaft, als Untermieter, an Bewohner des Mietobjektes ausdrücklich von einer Zustimmung zur Untermiete ausgenommen sind.

T In formeller und materieller Kongruenz zum Mietvertrag zwischen der Uffer AG als Vermieterin und der Implenla Schweiz AG als Mieterin unterzeichneten die Implenla Schweiz AG und der Kanton Graubünden (Bauherrschaft vertreten durch das Hochbauamt) am 29. März 2018 einen Untermietvertrag betreffend «befristete Zurverfügungstellung und Nutzung eines Unterkunftsprovisoriums».

7. Parlamentarische Anfragen (2019)

7.1 «Direktvergabe der Provisorien beim Konvikt» (Junisession 2019)

U Am 13. Juni 2019 erging von Grossräten des Kantons Graubünden eine Anfrage an die Regierung betreffend «Direktvergabe der Provisorien beim Konvikt»:

«Die Erstellung und Miete der Provisorien im Zusammenhang mit der Konvikt-Sanierung kosten rund 2.6 Mio. Franken. Obschon diese Summe die in Art. 14 des kantonalen Submissionsgesetzes festgelegte Obergrenze für eine Vergabe im freihändigen Verfahren (0.3 Mio. Franken) um ein Vielfaches übersteigt, wurde der Auftrag nicht öffentlich ausgeschrieben, sondern direkt an eine Firma vergeben. In der Sendung "Schweiz aktuell" vom 18.03.2019 zweifelt Vergabespezialist Peter Hettich, Professor für öffentliches Recht an der Universität St. Gallen an, dass genügend legitime Gründe gemäss Art. 3 der kantonalen Submissionsverordnung für ein freihändiges Verfahren der Provisorien vorlagen. Eine Stellungnahme der Regierung zu den Vorwürfen blieb in besagtem Medienbericht aus, stattdessen nahm die Verwaltung Stellung.

Aus diesem Grund bitten die Unterzeichnenden die Regierung um Beantwortung folgender Fragen:

1. Weshalb äusserte sich die Regierung im Rahmen der oben erwähnten Berichterstattung nicht zur Frage der freihändigen Vergabe der Konvikt- Provisorien?
2. Wie stellt sich die Regierung zu den Vorwürfen des Vergabeexperten Prof. Hettich, der die Rechtmässigkeit der freihändigen Vergabe zur Erstellung und Miete der Provisorien im Zusammenhang mit der Konviktsanierung anzweifelt?
3. Wie häufig wurden in den vergangenen fünf Jahren kantonale Aufträge mittels Berufung auf Ausnahmebestimmungen im freihändigen Verfahren vergeben, obschon die zulässige Auftragssumme überschritten war? Welche konkreten Aufträge waren davon allenfalls betroffen und wie wurde die freihändige Vergabe begründet?
4. Gedenkt die Regierung bei künftigen Aufträgen im Umfang von mehr als 300'000 Franken die Auslegung der Ausnahmebestimmungen für das freihändige Verfahren enger zu fassen?
5. Teilt die Regierung die Auffassung, dass eine grosszügige Auslegung der Ausnahmebestimmungen für eine Vergabe im freihändigen Verfahren (wie im Falle der Konvikt-Provisorien) Wettbewerb und Innovation hemmt und das Risiko einer nicht tolerierbaren Begünstigungspolitik einzelner Firmen durch den Kanton befördert?

V Am 29. August 2019 beantwortete die Regierung die Anfrage wie folgt:

«Die provisorischen Unterkünfte sind Teil des Gesamtprojekts "Gesamtsanierung Konvikt". Für dessen bauliche Instandsetzung wurde im Jahr 2016 ein selektiver Gesamtleistungswettbewerb gemäss WTO-Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen öffentlich ausgeschrieben. Mit Beschluss vom 22. November 2016 (Prot. Nr. 1026) vergab die Regierung unter Vorbehalt der Kreditgenehmigung durch den Grossen Rat den Gesamtleistungsauftrag für die bauliche Instandsetzung des Konvikts einem einheimischen Konsortium mit dem Architekten Pablo Horvath (Siegerprojekt "Weniger ist mehr") zum Gesamtbetrag von rund 24.8 Mio. Franken. Dieser Auftrag wurde mit Be-

schluss der Regierung vom 8. August 2017 (Prot. Nr. 661) für die während der baulichen Sanierung des Konvikts temporär benötigten Unterkunftsprovisorien im Rahmen einer Freihandvergabe um rund 2.7 Mio. Franken erweitert. Ausschlaggebend für die freihändige Erweiterung des Grundauftrages waren die vom Totalunternehmer bei den Provisorien zu leistenden Koordinations-, Vorbereitungs- und Installationsarbeiten sowie dessen Gesamtverantwortung für Termine, Qualität und Kosten.

Bei den auf Mietbasis beschafften Provisorien handelt es sich um eine innovative Produktneuheit eines regionalen Holzbauunternehmers. Der Baustoff Holz ist ökologisch und die Module sind energetisch hocheffizient. Die Mietlösung ermöglicht die Weiterverwendung (Folgenutzung) der Module nach Abschluss der Konviktsanierung und führt deshalb für den Kanton zu tiefen Kosten. Marktabklärungen des Kantons hatten damals ergeben, dass die Produktneuheit deutlich preisgünstiger war als die Miete herkömmlicher Wohncontainer. Die vom Kanton angestrebte Nachhaltigkeit kann mit der gewählten Lösung vorbildhaft erreicht werden. Im vom Grossen Rat genehmigten Verpflichtungskredit von 31.4 Mio. Franken für die Gesamtsanierung des Konvikts waren die Kosten für die Provisorien enthalten und offen ausgewiesen (vgl. Jahresrechnung 2016, S. 64 ff.).

1. Zu Frage 1: Die Medienschaffenden des Schweizer Fernsehens wandten sich mit ihrer Anfrage an das für die Projektrealisierung zuständige Hochbauamt. Gemäss dem üblichen Vorgang bei Medienanfragen erteilte hierauf der Kantonsbaumeister als offizielle Ansprechperson des Hochbauamtes Auskunft.
2. Zu Frage 2: Die Regierung erachtet unter der Gesamtwürdigung aller beschaffungsrelevanten Aspekte das gewählte Vorgehen nach wie vor als richtig und beurteilt die Auftragserweiterung als im Einklang mit den submissionsrechtlichen Bestimmungen.
3. Zu Frage 3: Gemäss der kantonalen Vergabestatistik nahm die kantonale Verwaltung in den vergangenen fünf Jahren (2014–2018) 188 Mal gestützt auf eine Ausnahmebestimmung von Art. 3 der kantonalen Submissionsverordnung (SubV; BR 803.310) eine Direktvergabe vor, dessen Auftragssumme über dem Schwellenwert für das freihändige Verfahren lag. Grösstenteils handelte es sich dabei um Auftragserweiterungen, die aufgrund projekttechnischer Abhängigkeiten oder anderer Besonderheiten an den ursprünglichen Anbieter vergeben werden müssen. Aber auch die weiteren in Art. 3 SubV aufgeführten, aus dem WTO-Abkommen abgeleiteten Ausnahmebestimmungen werden bei begründetem Bedarf von den Beschaffungsstellen angerufen. So können Dringlichkeitsgründe (z.B. Felssturz Molina-Buseno), Sicherheitsgründe (z.B. Drohnendetektionsanlage JVA Tignez) oder fehlende Auswahl (z.B. Bezug von Auftausalz bei den Schweizer Salinen) für eine Freihandvergabe über den massgeblichen Schwellenwerten relevant sein.
4. Zu Frage 4: Der Kanton wird auch in Zukunft die zu wählende Verfahrensart individuell prüfen und in Beachtung der submissionsrechtlichen Vorgaben festlegen. Bei Erfüllung der vom Gesetzgeber vorgesehenen Ausnahmebestimmungen sollen diese weiterhin restriktiv angewandt werden.
5. Zu Frage 5: Die submissionsrechtlichen Ausnahmeregelungen ermöglichen eine fach- und sachgerechte Vergabe in besonderen Fällen. Sie werden nicht allgemein von den Beschaffungsstellen angewandt, sondern zurückhaltend angerufen. Die Gefahr einer allgemeinen Wettbewerbs- oder Innovationshemmung stellt sich somit nicht.»

7.2 «Vergabepaxis beim Kanton» (Oktobersession 2019)

W Im Nachgang zur Beantwortung der Anfrage betreffend Direktvergabe der Provisorien beim Konvikt aus der Junisession, wurde die Regierung am 22. Oktober 2019 erneut um eine Beantwortung von Fragen im vergaberechtlichen Kontext ersucht:

«In den vergangenen fünf Jahren hat der Kanton in 188 Fällen Aufträge im freihändigen Verfahren vergeben, obschon der im Submissionsgesetz festgelegte Schwellenwert für eine freihändige Vergabe jeweils überschritten war. Die Regierung beteuert zwar, dass die entsprechenden Ausnahmbestimmungen nur zurückhaltend angerufen würden und nur in besonderen Fällen zur Anwendung kommen. Zwischen dieser Aussage und der enorm hohen Anzahl Fälle liegt aber eine grosse Diskrepanz. Im Fall der Konviktprovisorien konnte die Regierung bisher nicht glaubhaft darlegen, dass das gewählte Vorgehen einer Direktvergabe rechters war. Das verlangt saubere Aufklärung. Denn die Bestimmungen des Submissionsgesetzes sollen den Wettbewerb und einen haushälterischen Umgang mit den Steuergeldern fördern.

Daher bitten die Unterzeichnenden um die Beantwortung folgender Fragen:

1. In wie vielen der 188 Fälle lag die Auftragssumme in einer der folgenden Bandbreiten?

300'000.-	bis	400'000.- Franken
400'000.-	bis	500'000.- Franken
500'000.-	bis	750'000.- Franken
750'000.-	bis	1'000'000.- Franken
1'000'000.-	bis	1'500'000.- Franken
	über	1'500'000.- Franken
2. Wie gross sind unter den 188 Fällen die zwanzig höchsten Auftragssummen?
3. Welches waren die jeweiligen Begründungen für eine Ausnahme der 20 höchsten Auftragssummen unter Punkt 2?
4. Welches waren die jeweils drei häufigsten Gründe für eine Ausnahme in den unter Punkt 1 erfragten Kostenkategorien?
5. Ist die Regierung bereit, für die saubere Beurteilung der Rechtmässigkeit des Vorgehens bei den Konvikt-Provisorien externe Gutachten einzuholen?»

II. Fragestellung

1. Beurteilung der Rechtsfrage i.e.S.

- X Ausgehend vom vorstehend umrissenen Sachverhalt bzw. der anlässlich der Oktobersession 2019 eingereichten Anfrage von Herrn Grossrat Wilhelm (mit Mitunterzeichnenden) betreffend Vergabepraxis beim Kanton, bei der unter anderem die Frage gestellt wird, ob die Regierung bereit sei, «für die saubere Beurteilung der Rechtmässigkeit des Vorgehens bei den Konvikt-Provisorien externe Gutachten einzuholen», erwägt die Regierung im Januar 2020 die Antwort zur Anfrage von Grossrat Wilhelm zu beschliessen, damit der Vorstoss termingemäss anlässlich der Februarsession 2020 im Grossen Rat behandelt werden kann. Um die Anfrage Wilhelm nicht auf die Frage zu reduzieren, ob der Kanton bereit sei, ein Gutachten einzuholen, sondern die Frage auch inhaltlich zu beantworten, erachtet es die Regierung als zweckmässig, die gestellte Rechtsfrage durch einen Experten im Rahmen eines Kurzgutachtens klären zu lassen.
- Y Mit Beschluss vom 17. Dezember 2019 (Prot. Nr. 961) wurde der Unterzeichnende von der Regierung des Kantons Graubünden beauftragt, die Rechtmässigkeit des Vorgehens bei den Konvikt-Provisorien im Rahmen eines Kurzgutachtens zu beurteilen und hierüber Bericht zu erstatten.

Die zu beurteilende Frage lautet damit wie folgt: **«Beurteilt der Gutachter das Vorgehen bei den Konvikt-Provisorien als rechtmässig?»**

2. Vorgehen

- Z Das vorliegende Kurzgutachten widmet sich gestützt auf den Sachverhalt unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Beschaffungsrechts und aufgrund der zeitlichen Verhältnisse der Frage, wie die Vergabe der Konvikt-Provisorien beschaffungsrechtlich zu beurteilen ist. Diese Beurteilung erfolgt nach einer Darstellung der allgemeinen Rahmenbedingungen des öffentlichen Beschaffungsrechts sowie der bauvertragsrechtlichen Konzeption im vorliegenden Fall.

B GRUNDLAGEN

I. Anwendbares Recht

- 1 Das kantonale Vergaberecht umfasst einerseits einen sogenannten Staatsvertragsbereich – das heisst die Umsetzung der von der Schweiz abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge – und andererseits den teilweise über die staatsvertraglichen Verpflichtungen hinausgehenden Binnenbereich.
- 2 Als Rechtsquellen hinsichtlich der Beurteilung der persönlichen (subjektiven) Unterstellung von kantonalen Vergabestellen bzw. der sachlichen (objektiven) Unterstellung von öffentlichen Aufträgen sind im Staatsvertragsbereich das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (nachfolgend: GPA), das Bilaterale Abkommen zwischen der schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 (nachfolgend: BAöB) sowie das Übereinkommen vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandels-Assoziation (EFTA) bzw. mit dem revidierten Übereinkommen vom 21. Juni 2001 massgebend.
- 3 Diese staatsvertraglichen Normen werden sodann durch die von den Kantonen abgeschlossene Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (nachfolgend: IVöB) umgesetzt. Die IVöB enthält neben der Regulierung der subjektiven Unterstellung im Staatsvertragsbereich auch Regeln betreffend die Unterstellung im Binnenbereich (vgl. Art. 8 IVöB). Weitere Regeln zum subjektiven und objektiven Geltungsbereich im Staatsvertrags- und Binnenbereich enthalten für das kantonale Recht das Submissionsgesetz (SubG) vom 10. Februar 2004 und die Submissionsverordnung (SubV) vom 25. Mai 2004.
- 4 Die Revision des Beschaffungsrechts (GPA 2012, IVöB 2019) zeitigt keine Vorwirkung und ist deshalb vorliegend nicht von Bedeutung; sie wird in der vorliegenden Beurteilung nicht weiter erwähnt.

II. Geltungsbereich des Vergaberechts

1. Vorbemerkungen

5 Bevor auf die Frage nach der vergaberechtlichen Beurteilung der verschiedenen Beschaffungen im Zusammenhang mit der Instandsetzung des Konviktes bzw. der Unterkunftsprovisorien eingegangen werden kann, ist kurz eine Auslegeordnung zum anwendbaren Recht für die Auftraggeber und den bzw. die in Frage stehenden Beschaffungsgegenstände vorzunehmen.

6 Als Grundsatz ist vorab festzuhalten, dass Aufträge, welche (kumulativ) die jeweils massgebenden Auftragswerte (Schwellenwerte) überschreiten und in den subjektiven und objektiven Geltungsbereich des Vergaberechts fallen, nach den Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens auszuschreiben sind (BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts – Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Zürich/Basel/Genf 2012, N 2435).

2. Subjektiver Geltungsbereich (Qualifikation Vergabestelle)

7 Art. 8 IVöB definiert, welche Auftraggeber im Staatsvertragsbereich (Abs. 1) und welche im nicht von Staatsverträgen umfassten Bereich (Abs. 2) das Vergaberecht zu beachten haben.

8 Gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. a IVöB bzw. Art. 3 Abs. 2 SubG gilt, dass dem Vergaberecht Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben bzw. Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf kantonaler oder kommunaler Ebene, mit Ausnahme ihrer kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten dem Vergaberecht unterstellt sind.

3. Objektiver Geltungsbereich (Qualifikation Beschaffungsgegenstand)

3.1 Begriff des öffentlichen Auftrags

3.1.1 Übersicht

9 Der objektive Geltungsbereich des Vergaberechts beantwortet die Frage, was als öffentlicher Auftrag in förmlichen Submissionsverfahren auszuschreiben ist. Ein öffentlicher Auftrag setzt grundsätzlich Folgendes voraus (vgl. BGE 125 I 209; BEYELER, a.a.O., N 632):

- ein synallagmatisches Rechtsgeschäft,
- das Rechtsgeschäft wird veranlasst durch den öffentlichen Auftraggeber als Nachfrager,
- ein kommerziell motivierter Leistungserbringer wird tätig,
- der Auftraggeber entrichtet dem Leistungserbringer ein Entgelt; und
- der Leistungserbringer errichtet Bauten, liefert Güter oder leistet Dienste.

3.1.2 Merkmale im Einzelnen

- a) Synallagmatisches Rechtsgeschäft
- 10 Ein öffentlicher Auftrag setzt in erster Linie einen wechselseitigen Leistungsaustausch (Synallagma) voraus. Dies ist insbesondere der Fall, wenn eine Bau-, Liefer- oder Dienstleistung gegen die Bezahlung einer Vergütung erbracht wird (GALLI / MOSER / LANG / STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts. Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, Zürich 2013, N 179).
- b) Veranlassung des Rechtsgeschäfts durch öffentlichen Auftraggeber als Nachfrager
- 11 In einem nächsten Schritt ist zu prüfen, ob der öffentliche Auftraggeber das Geschäft als Nachfrager der Leistung veranlasst, um seine öffentlichen Aufgaben zu erfüllen (vgl. BEYELER, a.a.O., N 669 ff.)
- 12 Die Anwendung des Submissionsrechts sowohl des Bundes als auch der Kantone setzt voraus, dass eine «Beschaffung» im Sinne der einschlägigen Bestimmungen zu beurteilen ist. Art. 1 Ziff. 2 GPA beispielsweise bestimmt, dass das Übereinkommen Anwendung findet «auf jede Beschaffung durch vertragliche Methoden, einschliesslich Kauf oder Leasing, Miete oder Miete-Kauf, mit oder ohne Kaufoption».
- c) Kommerziell motivierter Leistungserbringer
- 13 Der Leistungserbringer hat kommerziell motiviert zu sein, er strebt somit nach wirtschaftlichen Vorteilen (z.B. Gewinne, Erfahrung, Referenzen), um sein Fortkommen auf dem Markt zu sichern (BEYELER, a.a.O., N 699 ff.). Eine kommerzielle Motivation des Leistungserbringers liegt primär dann vor, wenn der öffentliche Auftraggeber ein Geschäft mit einem Subjekt mit wirtschaftlicher Zwecksetzung eingeht. Denn ein solches Subjekt handelt immer aus kommerziellen Interessen heraus – auch dort, wo es einen Auftrag übernimmt, der nur kostendeckend vergütet wird oder der nicht einmal die Gestehungskosten deckt (BEYELER, a.a.O., N 704 ff.).
- d) Entgelt; Entgeltlichkeit
- 14 Grundsätzlich ist dem Vergaberecht ein breiter Begriff des Entgelts zugrunde zu legen: Nach der Lehre und Praxis kann Entgelt alles sein, was sich direkt oder unter Bewirtschaftung verwerten lässt (Geld, Rechte, Forderungen, Naturalleistungen, Sachwerte, Einräumung faktischer Gelegenheiten zur Gewinnerzielung, Gewährung von Vorzugskonditionen in einem anderen Geschäft; vgl. BEYELER, a.a.O., N 726).

3.2 Auftragsgegenständliche Leistungen (Bau-, Liefer- und Dienstleistungen)

3.2.1 Vorbemerkungen

15 Das Vergaberecht unterteilt die Leistungen des Leistungserbringers in Bau-, Liefer- und Dienstleistungen oder Kombinationen davon ein. Neben den vorstehend umschriebenen allgemeinen Voraussetzungen müssen die zu beschaffenden Leistungen unter einen dieser drei Begriffe subsumiert werden können, damit die zu beschaffenden Leistungen als öffentlicher Auftrag in Betracht kommen (BEYELER, a.a.O., N 717 ff.).

16 Auf die einzelnen Begriffe ist nachfolgend kurz einzugehen.

3.2.2 Lieferungen

17 Mit einem Lieferauftrag im vergaberechtlichen Sinne werden bewegliche Güter übergeben, überlassen, vermietet, verpachtet, verleast oder zur Verfügung gestellt (BEYELER, a.a.O., N 967).

3.2.3 Dienstleistungen

18 Dienstleistungen umfassen jegliches Tätigwerden, Verwalten und Erledigen im Interesse eines anderen, das weder unter Lieferaufträge noch unter Bauleistungen fällt (BEYELER, a.a.O., N 722, 1041 ff.).

19 Dem Staatsvertragsbereich unterstehen allerdings nur Dienstleistungen, welche in den sogenannten Positivlisten [prov]CPC aufgeführt sind (Annex 4 Anhang 1 GPA). Im Nicht-Staatsvertragsbereich sind dagegen sämtliche Dienstleistungen dem Vergaberecht unterstellt (vgl. Art. 6 Abs. 2 IVöB).

20 Die Gruppe 867 [prov]CPC, welche umfassende Architektur- und Ingenieurleistungen enthält, ist darin aufgeführt, womit der vorliegend interessierende Planungsauftrag den staatsvertraglichen Regeln unterstellt sein dürfte.

3.2.4 Bauleistungen

21 Nach Lehre und Rechtsprechung trifft eine «Bauleistung» im vergaberechtlichen Sinne alles, was unmittelbar physisch zur Veränderung einer unbeweglichen Sache und damit dazu führt oder beiträgt, dass ein Bauwerk (einschliesslich Baugrund) errichtet, verändert oder beseitigt wird (BEYELER, a.a.O., N 936 ff.).

22 Es gibt keine vom Vergaberecht sachlich ausgenommene Bauleistung: Das zeigt sich darin, dass die für die Definition der Bauleistungen einschlägigen Vorschriften (Annex 5 Anhang I GPA; Anhang VII BAöB; Art. 5 Abs. 1 Bst. c BöB; Anhang 2 VöB; Art. 6 Abs. 1 Bst. a IVöB) allesamt umfassend auf die Division 51 der [prov]CPC-Klassifikation beziehungsweise vollumfänglich auf die Gruppen 511–518 [prov]CPC verweisen, diese Klassifikation aber ausserhalb der angesprochenen Division 51 keine weiteren Bauleistungen kennt: Alle erdenklichen Bauleistungen fallen unter Division 51 und unterstehen somit dem Vergaberecht – insbesondere dem staatsvertraglichen.

- 23 Neben den klassischen Baumeisterarbeiten im Hoch- und Tiefbau (Errichtung, Erneuerung und Erweiterung sowie Rückbau und Abbruch von Gebäuden und Infrastruktur aller Art; namentlich Häuser, Unterstände, Hallen, Kavernen, Tunnel, Dämme, Staumauern, Stollen, Leitungen, Strassen, Plätze, Parks, Brücken) fällt als Bauleistungen auch die Errichtung von Bau- oder Provisoriums-Containern (51760) und auch auf Platz aufgestellte Fertigbaukonstruktionen (51400).
- 24 Ein Lieferauftrag liegt allerdings da vor, wo der öffentliche Auftraggeber Baumaterialien in beweglicher Form (also nicht eingebaut) beschafft, um sie selber zu verwenden (zu verbauen) oder sie Dritten (insbesondere einem Bau-Leistungserbringer) zur Verfügung zu stellen. Das gilt auch dann, wenn ein öffentlicher Auftraggeber vorfabrizierte Bauteile (bspw. eine vorfabrizierte Betontreppe) beschafft – diese sind für sich genommen als Lieferung zu betrachten (vgl. [prov]CPC 37550: «Prefabricated structural components for building or civil engineering, of cement, concrete or artificial stone»; 38700: «Prefabricated buildings»), wohingegen ihr Einbau eine Bauleistung ist (vgl. [prov]CPC 51400: «Assembly and erection of prefabricated constructions»).
- 25 Wer also den Auftrag übernimmt, vorfabrizierte Bauteile auf der Baustelle zusammenzufügen, zu verbauen und daraus ein unbewegliches Werk herzustellen, führt in vergaberechtlicher Hinsicht einen Bauauftrag aus, wohingegen jener, der ausschliesslich solche Teile herzustellen und in beweglicher Form zu liefern hat, allenfalls auf die Baustelle, einen Lieferauftrag erhalten hat.

3.3 Immobiliarsachenrechtliche Rechtsgeschäfte im Besonderen

- 26 Vom Vergaberecht ausgenommen ist «die Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen über Erwerb oder Miete von Grundstücken, vorhandenen Gebäuden oder anderen unbeweglichen Sachen oder in Bezug auf diesbezügliche Rechte, ungeachtet der Finanzmodalitäten» (Ziff. 3 Anhang VI BAöB; vgl. auch Note 3 Annex 4 Anhang I GPA; sog. Grundstücksprivileg). Damit sind insbesondere der Grundstückskauf, der Erwerb eines Baurechts, die Raummiete und die Erlangung einer Dienstbarkeit nicht dem Vergaberecht unterstellt (BEYELER, a.a.O., N 1007).
- 27 Die erwähnten Ausnahmebestimmungen sprechen ausdrücklich von «vorhandenen Gebäuden». Nicht vergaberechtsfrei ist deshalb der Erwerb von noch zu bauenden Gebäuden, was vergaberechtlich als Bauauftrag gilt (BEYELER, a.a.O., N 1008 und 1017).
- 28 BEYELER vertritt die Auffassung, dass jede Auftragsvergabe von Leistungen, welche über den reinen Erwerb an Rechten am bereits Bestehenden hinausgeht, dem Vergaberecht unterstellt ist (BEYELER, a.a.O., N 1018).
- 29 Ein öffentlicher Auftrag bejaht BEYELER auch in Fällen, wo ein öffentlicher Auftraggeber im Rahmen eines Kauf-, Baurechts- oder Mietvertrags einen Anspruch auf Rechte an einem Grundstück oder an Gebäuden zu einem Zeitpunkt erwirbt, in dem diese noch nicht den vertraglich geschuldeten Zustand aufweisen, und zwar wenn
- erstens der öffentliche Auftraggeber eine vertraglich – entsprechend seiner Interessen und Wünsche – bestimmte künftige Baute oder einen vertraglich bestimmten künftigen

Bauzustand kauft oder mietet, die Leistungen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses aber noch nicht erbracht worden sind, und wenn

- zweitens der Auftraggeber über einen entsprechenden Anteil des Kaufpreises oder Mietzinses (Aufschlag) letztlich voll oder klar überwiegend finanziert (BEYELER, a.a.O., N 1023).

30 Bei der Miete künftiger Bauten oder Bauzustände nimmt BEYELER eine vollumfängliche Finanzierung an, wenn der Auftraggeber deren direkte Bezahlung verspricht oder sich gegenüber dem Vermieter derart zeitlich bindet, dass die Mietzinsen die Kosten der Leistungen zuzüglich des Finanzierungsaufwands ungefähr decken. Dabei geht es letztlich darum, dass der Auftraggeber das Refinanzierungsrisiko des Vermieters übernimmt (BEYELER, a.a.O., N 1026 ff.).

31 Erhält der Vermieter vom Auftraggeber keinen Investitionsschutz, liegt kein vergaberechtspflichtiger Auftrag vor.

4. Beurteilung

4.1 Gesamtleistungsauftrag Instandsetzung Konvikt (Auftragsvergabe 1)

32 Im Zusammenhang mit einem Gesamleistungswettbewerb gilt, dass auch bei der gemeinsamen Vergabe von Planerleistungen und Bauleistungen die Qualifikation des Auftrags grundsätzlich nach dem Schwerpunkt der Leistungen vorzunehmen ist, wobei regelmässig das Übergewicht bei den Bauleistungen liegen dürfte (Galli et al., a.a.O. N 241).

33 Vorliegend ist unstreitig, dass die Vergabe des Gesamleistungsauftrags vom Beschaffungsrecht des Staatsvertragsbereichs erfasst wird. Der Gesamleistungswettbewerb wurde unter Beachtung der rechtlichen Vorgaben des internationalen, interkantonalen und des kantonalen Rechts durchgeführt. Die (erste) Vergabe des Gesamleistersauftrags an die Gewinnerin des Wettbewerbs Instandsetzung Konvikt Chur, Team "Plessur", vertreten durch Implenia Schweiz AG, ist deshalb rechtmässig erfolgt.

4.2 Planungsauftrag Konvikt-Provisorien (Auftragsvergabe 2)

34 Der Planungsauftrag (nicht die Herstellung) für die Konvikt-Provisorien ist als Dienstleistung zu qualifizieren. Sie fällt unter die Gruppe 867 [prov]CPC, welche umfassende Architektur- und Ingenieurleistungen enthält und in der Positivliste des GPA aufgeführt ist. Der Planungsauftrag für die Konvikt-Provisorien ist mithin grundsätzlich den staatsvertraglichen Regeln unterstellt.

35 Hinsichtlich der Anwendbarkeit des GPA ist neben der Qualifikation der eigentlichen Leistung aber auch der Schwellenwert zu beachten: Dieser bestimmt, ab welchem Auftragswert ein öffentlicher Auftrag dem GPA untersteht (sofern der subjektive und objektive Geltungsbereich erfüllt sind) und welche Verfahrensart der Vergabe bei im Binnenbereich liegenden öffentlichen Aufträgen anzuwenden ist.

- 36 Für den Staatsvertragsbereich verweist Art. 7 Abs. 1 IVöB auf ihren Anhang 1, wonach der Schwellenwert für Dienstleistungen in den Jahren 2020 und 2021 bei einem Auftragswert von CHF 350'000 liegt. Dieser Betrag ist beim vorliegenden Ausschreibungsgegenstand nicht überschritten. Anhang 2 IVöB bestimmt sodann den Schwellenwert für die Anwendbarkeit der verschiedenen Verfahrensarten. Bei einem Auftragswert von unter CHF 150'000 ist die freihändige Vergabe erlaubt. Diese befreit die Vergabestelle nicht von der Beachtung des öffentlichen Beschaffungsrecht, sondern erlaubt ihr lediglich die freie Wahl des Vertragspartners.
- 37 Die freihändige Vergabe des Planungsauftrages der Provisorien an die Zoanni Architektur Baumanagement AG, Chur, ist zusammenfassend im Einklang mit den vergaberechtlichen Bestimmungen, d.h. rechtmässig im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Ziff. 3 Bst. d SubG, erfolgt.

4.3 Realisierung und Vermietung Modulbauten Konvikt-Provisorien (Auftragsvergabe 3)

- 38 Vorweg stellt sich die Frage, ob die Miete der Provisorien allenfalls unter das Grundstücksprivileg fallen könnte (vgl. oben Rz. 26): Die Miete von Grundstücken, vorhandenen Gebäuden oder anderen unbeweglichen Sachen sind dem Vergaberecht nicht unterstellt. Vorliegend handelt es sich aber bei den in Frage stehende Provisorien weder um ein Grundstück noch um ein vorhandenes Gebäude im Sinne von Ziff. 3 Anhang VI BAöB bzw. Note 3 Annex 4 Anhang I GPA. Somit stellt sich zunächst die Frage, ob sie unter den Begriff der «anderen unbeweglichen Sachen» subsumierbar sind.
- 39 Der Kanton Graubünden mietet die erstellten Provisorien – und nicht etwa die Einzelbauteile, welche für sich genommen ohne Weiteres als bewegliche Sache zu qualifizieren wären. Es werden Fundamente erstellt, die Provisorien werden mit diesen verbunden, sie stehen über mindestens 27 Monate und sind baubewilligungspflichtig. Es erschiene deshalb zumindest nicht abwegig, die Provisorien als «unbewegliche Sachen» zu beurteilen. Dem steht die Qualifikation als «Fahrnisbaute» der Mietvertragsparteien in den Mietverträgen nach Auffassung der Verfasser nicht zwingend entgegen.
- 40 Selbst wenn die Provisorien als «andere unbewegliche Sache» qualifiziert werden könnte, handelt es sich dabei allerdings um eine künftige Baute, welche der Kanton – auf seine Bedürfnisse zugeschnitten – planen und herstellen liess. Zudem stellt sich vorliegend auch die Frage, ob der Kanton mit den Mietzinsen im Umfang von CHF 2.06 Mio. die Kosten der Leistungen zuzüglich des Finanzierungsaufwands ungefähr deckt und damit der Kanton mittelbar und bei wirtschaftlicher Betrachtung der eigentliche Bauherr ist und der Untermietvertrag insofern einen werkvertraglichen Bestandteil hat. Dagegen spricht zwar die im Angebot vom 28. November 2016 offerierte Kaufoption der Provisorien für CHF 4 Mio. Die Verfasser können jedoch nicht beurteilen, ob der Kanton mit dem Mietzins die Leistungen und Investitionen der Uffer AG deckt. Eine abschliessende Beurteilung dieser Frage ist den Verfassern somit nicht möglich.

- 41 Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass das Grundstücksprivileg im vorliegenden Fall vermutlich nicht greift und die Miete der nach den Bedürfnissen des öffentlichen Auftraggebers geplanten, hergestellten und gelieferten Modul-Provisorien aus wirtschaftlicher und vergaberechtlicher Sicht grundsätzlich als ausschreibungspflichtiger Bauauftrag zu behandeln ist.
- 42 Allerdings steht die Beschaffung der Konvikt-Provisorien in einem direkten Zusammenhang mit der Instandsetzung des Konviktes. Es ist aus baubetrieblichen, -technischen und -wirtschaftlichen Gründen nachvollziehbar, dass der Bauauftrag in enger Weise mit dem Gesamt(leisterbau)auftrag zusammenhängt und eine Verknüpfung der Aufträge bzw. eine «Auftragserweiterung» in Betracht fällt. Es sind deshalb die besonderen Verhältnisse zu untersuchen, welche im vorliegenden Fall eine Auftragserweiterung des Gesamtleisterauftrags bzw. die freihändige Vergabe des Entwicklungsauftrags allenfalls rechtfertigten.

C BESONDERE VERHÄLTNISSE

I. Ausgangslage

1. Umfang des Gesamtleistungsauftrags Instandsetzung Konvikt

1.1 Angebotsumfang im Gesamleistungswettbewerb

43 Anzubieten war gemäss Wettbewerbsprogramm vom 16. März 2016 «die Entwicklung eines technisch anspruchsvollen, ganzheitlichen und sensiblen, der herausragenden Qualität des Konvikts angemessenen Instandsetzungsprojekt und sämtliche dafür notwendige Planer- und Unternehmerleistungen». Das Unterkunftsprovisorium wurde darin ausdrücklich vom Gesamleistungswettbewerb ausgenommen, indem in Ziff. 1.1 (Ausgangslage) festgehalten wird, dass dieses «vorgängig zur Instandsetzung des Konvikts erstellt [wird] und nicht Bestandteil dieses Verfahrens [ist]».

1.2 Vertragliche Gestaltungsspielräume bei Gesamleistungsaufträgen

44 Hinsichtlich des Vertragsschlusses besteht – wie bei anderen Vergabeverfahren – ein Änderungsverbot bezüglich des Vertragspartners (Gewinner des Wettbewerbes, vgl. insbesondere Anhang zur SIA Ordnung 142/2009) sowie des Inhaltes des Vertrages. Der Umfang der Abschlusserlaubnis richtet sich dabei im Gegensatz zu konventionellen Ausschreibungen nicht nach dem Zuschlag, sondern nach der Empfehlung des Preisgerichts (SCHERLER, Der Wettbewerb nach der SIA-Ordnung 142, in: Stöckli Hubert/Siegenthaler Thomas [Hrsg.], Planerverträge, Verträge mit Architekten und Ingenieuren, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 3.121).

45 Das Änderungsverbot umfasst sämtliche wesentlichen Änderungen vom Vergabeergebnis. Zwar können Präzisierungen und Konkretisierung innerhalb des durch das Vergabeverfahren abgesteckten Rahmens erfolgen, eine Abweichung vom festgelegten sachlichen Inhalt ist hingegen vergaberechtlich nicht zulässig (BEYELER, a.a.O., N 2556 ff.).

1.3 Konkrete Hinweise für eine Auftragserweiterung und Optionen

46 Es finden sich in den Ausschreibungsunterlagen (Wettbewerbsprogramm) keine Hinweise für eine Auftragserweiterung oder Optionen. Das Wettbewerbsprogramm sowie der Bericht des Beurteilungsgremiums vom 14. November 2016 wird in der Ausgangslage jeweils das Unterkunftsprovisorium als nicht Teil des Verfahrens bezeichnet.

2. Evaluation der Provisoriumslösung

2.1 Vorgehen des beauftragten Planers

- 47 Die beauftragte Zoanni Architektur Baumanagement AG erstellte auf der Grundlage des ihr am 3. Februar 2016 erteilten Auftrages die Baupläne, welche am 19. Juli 2016 vom Amt für Höhere Bildung zuhanden des Hochbauamtes Graubünden genehmigt wurden. In der Folge wurden vier Richtofferten mit verschiedenen Varianten eingeholt. Zwei der Richtofferten bezogen sich auf Containermodule, während die beiden weiteren Angebote für Holzelement-Vorfabrikationen darstellten. Jeweils eines dieser Angebote offerierte den Kauf der jeweiligen Provisorien und das andere die Miete.
- 48 Anhand dieser Varianten gemäss Richtofferten erstellte die Beauftragte verschiedene Kostenschätzungen, welche sie dem Hochbauamt am 13. Dezember 2016 im Sinne eines «Kostenvergleichs Richtpreise, Basis Bauprojekt Stand 14.10.2016» für ein «Unterkunftsprovisorium mit Containermodulen oder Holz-Elementvorfabrikation» vorlegte. Das Hochbauamt verfolgte danach die Variante Miete von vorgefertigten Holzmodulen weiter (vgl. Rz. K vorstehend), welche schliesslich in den Gesamtleistervertrag aufgenommen wurde (vgl. Rz. Q vorstehend).

2.2 Richtofferten zur Ermittlung des relevanten Beschaffungsbedarfs und -umfangs

- 49 Der Begriff der Richtofferte existiert in der vergaberechtlichen Gesetzgebung nicht. Richtofferten werden eingeholt, um hinsichtlich der Erstellung einer Kostenschätzung oder der Festlegung der Höhe eines notwendigen Kredites ein Bild vom ungefähren Preis zu erhalten. Da jedoch keine Möglichkeit für jegliche geeignete Mitbewerber besteht, eine Offerte einzureichen und unter Umständen günstige und innovative Idee beizubringen, ersetzt die Einholung von Richtofferten nicht die öffentliche Ausschreibung der Leistung, sondern dient lediglich deren Vorbereitung (vgl. dazu auch Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Graubünden, hrsg. Bau-, Verkehrs- und Forstdepartement Graubünden, Stand: 01.01.2014, Ziff. 4.3.1 und 5.6.2).
- 50 Eine direkte Vergabe aufgrund vorgehend eingeholter Offerten wäre lediglich bei freihändiger Vergabe zulässig. Werden im Vorfeld einer solchen verschiedene Offerten eingeholt, so werden diese jedoch in der Regel als «Konkurrenzofferten» bezeichnet.

II. Qualifikation der Auftragsvergabe bzw. Auftragserweiterung Konvikts- Provisorium

1. Aspekte vergabefreier Beauftragung

1.1 Budgetpositionen in Wettbewerbsprogramm oder Gesamtleistungsangebot?

51 Die Ausweitung des Gesamtleistungsangebot auf das Unterkunftsprovisorium dürfte aufgrund fehlender diesbezüglicher Budgetpositionen oder Optionen in der Ausschreibung (Wettbewerbsprogramm bzw. Vertragsentwurf) und der darin explizit enthaltenen Ausklammerung des Provisoriums aus dem Verfahren nicht als von der Abschlusserlaubnis gemäss Ergebnis des vorliegenden Gestaltungswettbewerbs erfasst zu betrachten sein.

1.2 Qualifizierte Vorsubmission des Modulbau-(Sub-)Unternehmers?

52 Die verbindliche Vorgabe eines Subunternehmers durch die Vergabestelle ist zulässig, sofern es sich um einen Auftrag handelt, welcher im freihändigen Verfahren vergeben werden darf oder der Subunternehmer durch ein entsprechendes Vergabeverfahren im Sinne einer Vorsubmission ermittelt worden ist (Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau vom 11.06.2015, WBE.2015.70, E. 4.3; BEYELER, a.a.O., N 1671 ff.).

53 Es liegen aufgrund des Vorgehens zur Evaluation der Provisoriumslösung keine Hinweise vor, dass ein ordentliches Vergabeverfahren zu deren Auswahl stattfand. Auf die Tatbestände einer allfälligen Freihandvergabe und deren Anwendung im vorliegend zu beurteilenden Fall wird in der Folge eingegangen (vgl. Rz. 56 ff. nachstehend).

1.3 Untervergabe gemäss Art. 16 SubG?

54 Bei der Untervergabe werden Leistungen, welche an den Anbieter vergeben werden, von diesem an einen weiteren Unternehmer zur Ausführung weitergeben. Dafür bedarf es jedoch eines (gültig vergebenen) Leistungsauftrags an den Anbieter. Dieser kann mittels Untervergabe nicht seinen Leistungsumfang erweitern – auch wenn der Auftraggeber ihr zustimmt (Art. 16 SubG).

1.4 Irrtümliche Unterlassung?

55 Eine irrtümliche Unterlassung der Ausschreibung einer (Teil-)Leistung in einer Ausschreibung kann deren Integration in eine grössere Ausschreibung (vorliegend: das Gesamtleistungsangebot), womit die versehentlich nicht ausgeschriebene Leistung in einem engen sachlichen Zusammenhang steht, vertretbar erscheinen lassen. Vorliegend wurde das Unterkunftsprovisorium jedoch separat vom Gesamtleistungsauftrag geplant und nicht in den Wettbewerbsperimeter aufgenommen. Der diesbezügliche Hinweis im Wettbewerbsprogramm weist auf einen bewussten Entscheid hin.

2. Beauftragung im freihändigen Verfahren

2.1 Ausnahmecharakter der Tatbestände von Art. 3 Abs. 1 SubV

56 Grundsätzlich ist eine Freihandvergabe nur zulässig, sofern der Auftragswert unterhalb des massgeblichen Schwellenwerts liegt. Im Anwendungsbereich der IVöB sind freihändige Vergaben mithin möglich bei Lieferaufträgen bis CHF 100'000, bei Dienstleistungsaufträgen und Aufträgen des Baunebengewerbes bis CHF 150'000 und bei Aufträgen des Bauhauptgewerbes bis CHF 300'000. Oberhalb dieser Schwellenwerte ist grundsätzlich das entsprechend höherstufige Vergabeverfahren durchzuführen.

57 Nur ausnahmsweise ist eine freihändige Vergabe auch oberhalb der erwähnten Schwellenwerte bzw. unabhängig vom Auftragswert zulässig. Die Ausnahmetatbestände ergeben sich für den Staatsvertragsbereich aus Art. XV GPA, diese wurden – allerdings mit einigen Erweiterungen– in das kantonale Recht umgesetzt. Gemäss Art. 3 SubV ist eine freihändige Vergabe unabhängig vom Auftragswert zulässig, wenn:

- a) im offenen, selektiven oder Einladungsverfahren **keine Angebote** eingereicht werden, oder kein Anbieter die **Eignungskriterien erfüllt**;
- b) im offenen, selektiven oder Einladungsverfahren Angebote eingereicht werden, die **aufeinander abgestimmt** sind oder die **nicht den wesentlichen Anforderungen** der Ausschreibung entsprechen;
- c) aufgrund **technischer oder künstlerischer Besonderheiten** des Auftrages oder aus Gründen der **Sicherheit** oder des **Schutzes des geistigen Eigentums** nur ein Anbieter in Frage kommt und es keine angemessene Alternative gibt;
- d) die Einhaltung übergeordneter Grundsätze wie **Geheimhaltung, Berufsgeheimnis** oder **Schutz der Persönlichkeit** sonst nicht möglich ist;
- e) aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse die Beschaffung so **dringlich** wird, dass kein anderes Verfahren durchgeführt werden kann;
- f) aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse zur Ausführung oder Abrundung eines zuvor im Wettbewerb vergebenen Auftrages **zusätzliche Leistungen** notwendig werden, deren Trennung vom ursprünglichen Auftrag aus technischen und wirtschaftlichen Gründen mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden wäre. Der Wert der zusätzlichen Leistung darf höchstens die Hälfte des Wertes des ursprünglichen Auftrages ausmachen;
- g) Leistungen zur **Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung** bereits erbrachter Leistungen dem ursprünglichen Anbieter vergeben werden müssen, weil einzig dadurch die **Austauschbarkeit** mit schon vorhandenem Material oder Dienstleistungen gewährleistet ist;
- h) der Auftraggeber einen **neuen gleichartigen Auftrag** vergibt, der sich auf einen Grundauftrag bezieht, der im offenen, selektiven oder Einladungsverfahren vergeben wurde. In der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen für den Grundauftrag muss darauf hingewiesen werden, dass für solche Folgeleistungen das freihändige Vergabeverfahren angewendet werden kann;
- i) der Auftraggeber **Erstanfertigungen von Gütern (Prototypen) oder neuartige Dienstleistungen** beschafft, die auf sein Ersuchen im Rahmen eines Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neuentwicklungsauftrages hergestellt oder entwickelt werden;
- j) der Auftraggeber im Voraus die Absicht bekannt gegeben hat, den Vertrag mit dem **Gewinner eines Planungs- oder Gesamleistungswettbewerbs** abzuschliessen;

- k) der Auftraggeber Güter an **Warenbörsen** beschafft;
- l) der Auftraggeber Güter im Rahmen einer **günstigen, zeitlich befristeten** Gelegenheit zu einem Preis beschaffen kann, der erheblich unter den üblichen Preisen liegt, insbesondere bei Liquidationsverkäufen.» (Art. 3 SubV, Hervorhebungen durch Verfasser)

58 Diese Liste der Ausnahmetatbestände in Art. 3 SubV ist abschliessend. Eine freihändige Beschaffung aus anderen Gründen ist aus vergaberechtlicher Sicht nicht zulässig.

59 Mit Blick auf den vorliegend interessierenden Sachverhalt sind die in den Buchstaben f, g, h, i und j erwähnten Tatbestände nachfolgend näher zu betrachten.

2.2 Tatbestände im Einzelnen

2.2.1 Zusätzliche Leistungen (Art. 3 Abs. 1 Bst. f SubV)

60 Der Ausnahmetatbestand in Bst. f setzt gemäss seinem Wortlaut insbesondere «unvorhersehbare Ereignisse» voraus, welche die zusätzlichen Leistungen erforderlich machen.

61 Aus der Vergabe des Dienstleistungsauftrages vom 3. Februar 2016 an die Zoanni Architektur Baumanagement AG ergibt sich jedoch, dass die Leistungen voraussehbar waren und damit die Anwendung von Art. 3 Bst. f SubV bereits aus diesem Grund nicht in Frage kommt.

2.2.2 Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen durch Gesamtleister (Art. 3 Abs. 1 Bst. g SubV)

62 Gemäss 3 Abs. 1 Bst. g SubV kann ein Auftrag unabhängig vom Auftragswert direkt vergeben werden, wenn Leistungen zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen dem ursprünglichen Anbieter vergeben werden müssen, weil einzig dadurch die Austauschbarkeit mit schon vorhandenem Material oder Dienstleistungen gewährleistet ist. Selbst wenn die Voraussetzung, wonach einzig dadurch die Austauschbarkeit gewährleistet bleibt, nicht in dieser absoluten Form erfüllt ist, kann der Ausnahmetatbestand allenfalls angewendet werden, falls die Koordination des neuen Auftrags mit bereits vorhandenen Leistungen mit einem unverhältnismässig hohen Aufwand verbunden wäre (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 9. November 2001, VB.2001.00116, E. 4c)

63 Die Provisoriumslösung wurde in den Vertrag des Gesamtleisters hineingenommen, somit diesem vergeben, bevor er Leistungen erbrachte. Dies dürfte gegen die Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1 Bst. g SubV sprechen. Eine allfällige Ausschreibung des Provisoriums hätte zu diesem Zeitpunkt auf den Gesamleistungsvertrag angepasst werden können. Zwar wären diesfalls aufgrund zusätzlichen Koordinationsaufwands gewisse Mehrkosten nicht auszuschliessen, doch wäre somit die Austauschbarkeit gewährt. Zudem weist die zunächst unabhängige Planung des Unterkunftsprovisoriums und des Gesamleistungswettbewerbs auf eine gewisse Unabhängigkeit der Leistungen hin, auch wenn die Integration der Provisorien in die Gesamtleistung grundsätzlich sinnvoll erscheint.

2.2.3 Neuer gleichartiger Auftrag mit Bezug zu Grundauftrag (Art. 3 Abs. 1 Bst. h SubV)

64 Diese Ausnahme ermöglicht eine Freihandvergabe für einen neuen gleichartigen Auftrag, der sich auf einen Grundauftrag bezieht, der im offenen, selektiven oder Einladungsverfahren vergeben wurde, sofern in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen für den Grundauftrag darauf hingewiesen wurde, dass für solche Folgeleistungen das freihändige Vergabeverfahren angewendet werden kann.

65 Im zu beurteilenden Fall wurde die Grundleistung in Anwendung von Art. 3 Abs. 1 Bst. j SubV der Implenia Schweiz AG freihändig vergeben. Die Anforderungen an das Vergabeverfahren des Grundauftrags ist mithin nicht erfüllt. Zudem fehlt in den Ausschreibungsunterlagen ein Hinweis auf die Möglichkeit einer Folgebeschaffung. Die Ausnahme greift u.E. im vorliegenden Fall nicht.

2.2.4 Beschaffung von Erstanfertigungen (Art. 3 Abs. 1 Bst. i SubV)

66 Die in Frage stehende Ausnahme erlaubt der Behörde die freihändige Beschaffung von Prototypen, Erstanfertigungen oder neuartigen Dienstleistungen, die in ihrem Auftrag im Rahmen eines Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neuentwicklungsauftrags entwickelt werden. Nachdem diese Aufträge ausgeführt sind, unterliegen alle weiteren Käufe solcher Waren den allgemeinen Vergabevorschriften. Diese Art von Aufträgen ist damit nach zwei Seiten abgegrenzt (WOLF, Aktuelles Vergaberecht 2010, Zürich 2010, S. 140 f.):

- Reine Forschungs- oder Entwicklungsaufträge fallen nicht in den Anwendungsbereich des WTO-Übereinkommens, da sie in den Anhängen zum Übereinkommen nicht aufgeführt sind. Für die Erteilung dieser Aufträge bedarf es daher keiner Ausnahme.
- Bei der freihändigen Beschaffung gemäss der Ausnahmebestimmung erteilt die Vergabestelle nicht nur den Forschungs- oder Entwicklungsauftrag, sondern erwirbt auch das Endprodukt der Neuentwicklung. Da dieses, für sich allein betrachtet, in einem regulären Vergabeverfahren beschafft werden müsste, ist hier die Ausnahme erforderlich. Weitere Beschaffungen der neu entwickelten Waren müssen danach im offenen oder selektiven Vergabeverfahren erfolgen.

67 Ein nach Bst. i SubV freihändig vergebener Auftrag nimmt somit eine Zwischenstellung zwischen einem reinen Forschungs- oder Entwicklungsauftrag und dem Kauf von Serienprodukten ein. Immerhin darf die freihändige Beschaffung auch «eine begrenzte Produktion oder Lieferung einschliessen, um die Erprobungsergebnisse zu verarbeiten und zu zeigen, dass sich das Produkt für eine Produktion oder Lieferung in grösseren Mengen bei annehmbaren Qualitätsnormen eignet. Nicht darunter fällt eine Serienfertigung oder -lieferung zum Nachweis der Vermarktbarkeit des Produkts oder zur Deckung der Forschungs- und Entwicklungskosten.» (Fussnote 8 zu Art. XV Ziff. 1 Bst. e GPA).

68 Zwar dürfte es sich gemäss Unterlagen bei den gewählten Holzmodulen um eine innovative Lösung handeln, sie werden jedoch nicht nur im Rahmen einer innovativen Entwicklung, sondern für den tatsächlichen Gebrauch erstellt. Der Nutzen für die öffentliche Auftraggeberin geht somit weiter, als lediglich eine innovative Erstanfertigung zu erlangen, welche in der Folge als Grundlage für eine Ausschreibung verwendet werden kann.

2.2.5 Folgebeschaffung bei Wettbewerbsgewinner (Art. 3 Abs. 1 Bst. j SubV)

69 Diesbezüglich ist auf die Ausführungen betreffend die vertraglichen Gestaltungsspielräume bei Gesamtleistungsaufträgen zu verweisen (vgl. Rz. 43 ff. vorstehend). Die Abschlusserlaubnis umfasst das Gewinnerangebot, welches vorliegend keine Provisoriumslösung enthält und diese auch nicht erfassen musste.

3. Bagatellklausel für Bauaufträge

70 Nachfolgend ist kurz auf eine Besonderheit bei Bauaufträgen im Staatsvertragsbereich einzugehen:

71 Werden für die Realisierung eines Bauwerkes mehrere Bauaufträge (nicht aber jene der Liefer- oder Dienstleistungsaufträge) vergeben, ist im Staatsvertragsbereich der Gesamtwert der Hoch- und Tiefbauarbeiten für die Bestimmung des Auftragswerts - und des richtigen Vergabeverfahrens anhand der Schwellenwerte – massgebend (BEYELER, a.a.O., N 948). Gemäss der sogenannten «Bagatellklausel» können im Staatsvertragsbereich jedoch einzelne Bauaufträge, die kleinere Aufträge im Rahmen der Realisierung eines Gesamtvorhabens darstellen, unter den vereinfachten Bedingungen des Nicht-Staatsvertragsbereichs vergeben werden (Art. 7 Abs. 2 IVöB). Vorausgesetzt wird, dass solche Teilaufträge je einzeln den Wert von CHF 2 Mio. nicht erreichen und zusammengerechnet höchstens 20% des Wertes des gesamten Bauwerkes ausmachen.

72 Was genau der Anteil an reinen Bauleistungen an die Implenia Schweiz AG vergebenen Auftrag über CHF 23'336'480.-, am «Anteil Uffer» in der Höhe von 2.06 Mio oder am «Anteil Implenia» in der Höhe von CHF 490'740.- ist, kann vorliegend offen bleiben.

73 Sofern die Anteile Implenia und Uffer separat betrachtet werden können, wäre selbst in Anwendung der Bagatellklausel für den «Anteil Implenia» mindestens ein Einladungsverfahren und für den «Anteil Uffer» vermutlich ein offenes oder selektives Verfahren durchzuführen gewesen. Die Bagatellklausel vermag somit eine freihändige Vergabe der Provisorien nicht zu rechtfertigen.

D FAZIT

I. Kurzbeurteilung der gestellten Gutachterfrage

1. Rechtmässigkeit Vergabe Gesamleisterauftrag (Auftragsvergabe 1)

74 Der Gesamleistungswettbewerb wurde unter Beachtung der rechtlichen Vorgaben des internationalen, interkantonalen und des kantonalen Rechts durchgeführt. Die (erste) Vergabe des Gesamleisterauftrags an die Gewinnerin des Wettbewerbs Instandsetzung Konvikt Chur, Team "Plessur", vertreten durch Implenia Schweiz AG, ist rechtmässig erfolgt.

2. Rechtmässigkeit Vergabe Planung Konvikt Provisorien (Auftragsvergabe 2)

75 Die freihändige Vergabe des Planungsauftrages der Provisorien an die Zoanni Architektur Baumanagement AG, Chur, ist zusammenfassend im Einklang mit den vergaberechtlichen Bestimmungen, d.h. rechtmässig im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Ziff. 3 Bst. d SubG, erfolgt.

3. Rechtmässigkeit Freihandvergabe Auftragserweiterung (Auftragsvergabe 3)

76 Die Verfasser gehen bei der Aktenlage davon aus, dass die Voraussetzungen der einzelnen Ausnahmetatbestände gemäss Art. 3 Abs. 1 SubV für die Freihandvergabe der Realisierung und Vermietung der Konvikt-Provisorien vorliegend eher nicht erfüllt sind. Das dürfte trotz des nicht bestreitbaren unmittelbaren sachlichen und zeitlichen Zusammenhangs der Auftragserweiterung mit den hauptsächlichen Leistungen des Gesamtleisters gelten.

77 Begründet wird diese Auffassung insbesondere mit den Indizien im konkreten Fall, wonach

- sich im Wettbewerbsprogramm für den Gesamleistungsauftrag nichts dazu findet, wie und wo die Erstellung und der Betrieb allfälliger Provisorien durch den Gesamtleister (evtl. optional oder durch Vorsubmission mit Vorgabe eines Pflicht-Subunternehmers) gewährleistet werden könnte;
- der mit dem Vorprojekt bzw. Kostenschätzung für das Unterkunftsprovisorium Konvikt beauftragte Planer lediglich eine «Richtofferte in der Funktionsausschreibung mit TU Angebot im Freihändigen Verfahren» verlangte, obschon erkennbar gewesen sein dürfte, dass die Auftragssumme den Schwellenwert für die Durchführung eines Vergabeverfahrens übersteigt und auch sein eigener Auftrag die Submission der erforderlichen Bauleistungen vorgesehen hätte.

- 78 Im Kontext zum «Ausnahmekatalog» von Art. 3 Abs. 1 SubV dürfte sich im vorliegenden Fall Folgendes ergeben:
- Die Beschaffung der Provisorien war voraussehbar, womit die Anwendung von Art. 3 Bst. f SubV nicht in Frage kommt.
 - Die Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1 Bst. g SubV ist insbesondere zu verneinen, da die Provisoriumslösung dem Gesamtleister vergeben wurde, bevor dieser überhaupt Leistungen erbracht hat. Eine allfällige Ausschreibung des Provisoriums hätte zu diesem Zeitpunkt mit dem Gesamtleistungsvertrag abgestimmt werden können.
 - Die Ausnahme von Art. 3 Abs. 1 Bst. h SubV dürfte ebenfalls nicht greifen. Im zu beurteilenden Fall wurde die Grundleistung in Anwendung von Art. 3 Abs. 1 Bst. j SubV der Implenia Schweiz AG freihändig vergeben. Die Anforderungen an das Vergabeverfahren des Grundauftrags ist mithin nicht erfüllt. Zudem fehlt in den Ausschreibungsunterlagen ein Hinweis auf die Möglichkeit einer Folgebeschaffung.
 - Aufgrund des Wortlauts von Art. 3 Abs. 1 Bst. i SubV, der notwendigen Berücksichtigung von Art. XV Ziff. 1 GPA sowie der Rechtsprechung zu vergleichbaren Bestimmungen anderer Kantone ist davon auszugehen, dass auch die Voraussetzungen für die freihändige Vergabe gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. i SubV nicht mit Bestimmtheit als erfüllt gelten können.
 - Art. 3 Abs. 1 Bst. j SubV (Folgebeschaffung bei Wettbewerbsgewinner) greift vorliegend nicht. Die vergaberechtliche Abschlusserlaubnis umfasst das Gewinnerangebot, welches vorliegend keine Provisoriumslösung enthält und diese auch nicht erfassen musste.
- 79 Die Verfasser kommen sodann zum Ergebnis, dass das Grundstücksprivileg im vorliegenden Fall nicht greifen dürfte, da die Miete der noch zu erstellenden Provisorien aus wirtschaftlicher und vergaberechtlicher Sicht grundsätzlich als ausschreibungspflichtiger Bauauftrag zu behandeln ist.
- 80 Bei der Prüfung, ob allenfalls die Bagatellklausel für Bauaufträge greifen könnte, zeigte sich, dass bei Anwendung der Klausel für den «Anteil Uffer» mindestens ein offenes oder selektives Verfahren im Nicht-Staatsvertragsbereich durchzuführen gewesen wäre.

II. Schlussbemerkungen

- 81 Obwohl im vorliegend zu beurteilenden Fall ein formell bzw. vergaberechtlich anderes Vorgehen zur Beschaffung der Konvikt-Provisorien hätte in Betracht gezogen werden können, ist festzustellen, 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.
- 82 In Umsetzung dieser Genehmigung erfolgte die Auftragserweiterung durch die Regierung des Kantons Graubünden mit förmlichem Beschluss am 8. August 2017 (Prot. Nr. 661; Auftragsvergabe 3). Inzwischen ist das Vergabeergebnis bzw. der Auftragsumfang mit der Erweiterung um die Provisorien in Rechtskraft erwachsen. Eine definitive Beurteilung der gestellten Gutachterfrage hätte mittels Anfechtung der Vergabe durch ein Gericht erfolgen müssen (vgl. Art. 25 f. SubG).

* * *

Wir hoffen, Ihnen mit diesen Ausführungen gedient zu haben. Für Erläuterungen und bei Fragen zu unseren Beurteilungen, stehen wir Ihnen selbstverständlich zur Verfügung.

Winterthur, 30. Januar 2020

Dr. Stefan Scherler, Rechtsanwalt
Martina Schweizer, Rechtsanwältin