

Antrag des Regierungsrates vom 11. Januar 2017

KR-Nr. 287/2014

**5327**

**Beschluss des Kantonsrates  
zum Postulat KR-Nr. 287/2014 betreffend  
Änderung der Submissionsverordnung**

(vom .....

*Der Kantonsrat,*

nach Einsichtnahme in den Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 11. Januar 2017,

*beschliesst:*

I. Das Postulat KR-Nr. 287/2014 betreffend Änderung der Submissionsverordnung wird als erledigt abgeschrieben.

II. Mitteilung an den Regierungsrat.

---

Der Kantonsrat hat dem Regierungsrat am 26. Januar 2015 folgendes von Kantonsrat Martin Arnold, Oberrieden, Kantonsrätin Carmen Walker Späh, Zürich, und Kantonsrat Josef Wiederkehr, Dietikon, am 3. November 2014 eingereichte Postulat zur Berichterstattung und Antragstellung überwiesen:

Der Regierungsrat wird eingeladen, die Submissionsverordnung des Kantons Zürich vom 23. Juli 2003 (RB 720.11, SubV ZH) wie folgt zu ändern:

§ 27. Abs. 1–3 unverändert.

<sup>4</sup> Allen Anbietenden wird grundsätzlich innert zwei Tagen nach Öffnung der Angebote das Protokoll über die Öffnung elektronisch oder postalisch zugestellt. Die Öffnung kann unter Ausschluss der Öffentlichkeit oder öffentlich erfolgen.

Öffnung der Angebote

*Bericht des Regierungsrates:*

## **Rechtliche Grundlagen**

Gegenstand des vorliegenden Postulats ist einerseits die Frage nach einer öffentlichen Offertöffnung bzw. deren Vor- und Nachteile und andererseits die Frage nach dem Zeitpunkt der Herausgabe des Offertöffnungsprotokolls. Dabei ist einzig das Einsichtsrecht während der vorprozessualen Phase von Belang. Die Akteneinsicht im Beschwerdeverfahren ist nicht Gegenstand der Betrachtung.

Die Forderung des Postulats ist zunächst in den Zusammenhang der übergeordneten Rechtsgrundlagen zu stellen. So laufen gegenwärtig die Arbeiten zur Revision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB, LS 720.1) und parallel dazu die Revision des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 und der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1; VöB, SR 172.056.11). Mit den Revisionsvorhaben sollen das 2012 revidierte WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA, SR 0.632.231.422) in der nationalen Gesetzgebung umgesetzt und gleichzeitig die Rechtsordnungen von Bund und Kantonen soweit möglich aneinander angeglichen werden (Harmonisierung). Das internationale Recht verlangt im Rahmen des offenen und des selektiven Verfahrens bei der Offertöffnung allen voran Massnahmen zur Respektierung der Inländerbehandlung und der Nichtdiskriminierung der Anbietenden (Art. XIII 3 GPA). Das revidierte GPA enthält keine spezifischen Ausführungen zur Offertöffnung mehr. In Art. XV wird neu unter dem Übertitel «Behandlung der Angebote» indessen in eher allgemeiner Weise festgehalten, dass eine Vergabestelle die Angebote in Verfahren, welche die Fairness und Gleichbehandlung im Verfahren ebenso wie die Vertraulichkeit der Offerten gewährleisten, entgegenzunehmen, zu öffnen und zu behandeln habe. Unter diesen Voraussetzungen wird sowohl nach dem in Kraft stehenden als auch nach dem revidierten GPA keine publikums- oder parteiöffentliche Offertöffnung verlangt. So definieren sowohl das geltende als auch das revidierte GPA die Offertöffnung als Verfahrensschritt, in dem die massgeblichen Prinzipien (Fairness, Gleichbehandlung und Transparenz) sicherzustellen sind. Eine Protokollpflicht ergibt sich indirekt aus der Verpflichtung, die entsprechenden Angaben zur Verfügung zu halten, ebenso die Wahrung der Vertraulichkeit der Offerten, wobei die Offertpreise gemäss der gerichtlichen Praxis (ohne Detailpreise) nicht dem Vertraulichkeitsgrundsatz unterliegen.

Die staatsvertraglichen Grundlagen nennen die Offertöffnung als separaten Verfahrensschritt, bei dem die Regeln eines fairen Verfahrens, d. h. eines Verfahrens, in dem die Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, Transparenz und Vertraulichkeit gewahrt werden, zu gewährleisten sind. Praxis bei den Vergabestellen des Bundes ist eine nicht öffentliche Offertöffnung. Sodann entspricht es der Praxis der Bundesverwaltung, dass unter Hinweis auf den Vertraulichkeitsgrundsatz lediglich in anonymisierte Protokolle Einsicht gewährt wird. Die kantonalen Ausführungsbestimmungen zeigen im Allgemeinen eine Vielfalt an Regelungen. Die Regelungen reichen von einer öffentlichen Offertöffnung für alle Anbietenden, zu Offertöffnungen in Anwesenheit von Berufsverbänden oder Vertretungen von Gesamtarbeitsvertragsparteien bis hin zur Publikation von anonymisierten Offertöffnungsprotokollen im Internet oder einer auf die Anbietenden beschränkten Einsicht. Für alle Kantone kann indessen festgehalten werden, dass sie ausdrückliche Regelungen für die Offertöffnung getroffen haben, welche die Protokollpflicht und das Einsichtsrecht umfassen. Die Informationen über die Offertöffnung müssen denn auch für Beschwerdeverfahren zur Verfügung stehen.

Der Regierungsrat hat in seinen Vernehmlassungen vom 10. Dezember 2014 (RRB Nr. 1342/2014) und vom 1. Juli 2015 (RRB Nr. 720/2015) die anstehenden Revisionsvorhaben zu IVöB, BöB und VöB grundsätzlich begrüsst. Der Entwurf vom 18. September 2014 zur IVöB regelt die Angebotsöffnung wie folgt (Art. 39 Abs. 3): «Allen Anbietern wird spätestens nach dem Zuschlag auf Verlangen Einsicht in dieses Protokoll gewährt.» Damit setzen sich im Rahmen der Revision die Mustervergaberichtlinien des Interkantonalen Organs für das öffentliche Beschaffungswesen (VRöB) fort, die sich auch in der Regelung der zürcherischen Submissionsverordnung widerspiegeln (§ 27 Abs. 4 SVO, LS 720.11).

### **Öffentliche versus nicht öffentliche Offertöffnung**

Die übergeordneten Rechtsgrundlagen verlangen keine Durchführung einer öffentlichen Offertöffnung. Vielmehr setzen diese auf eine beschränkte Information, um dem Vertraulichkeitsgrundsatz Genüge zu tun. Die übergeordneten Rechtsgrundlagen schreiben jedoch vor, dass auch bei der Offertöffnung den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung Rechnung zu tragen ist, namentlich zugunsten von ausländischen Anbietenden. Unter diesem Gesichtspunkt stellt sich durchaus die Frage, ob die öffentliche Offertöffnung, die den anwesenden Anbietenden im Vergleich zu einer schriftlichen Mitteilung einen gewissen Informationsvorsprung bieten kann, diese Anforderung verletzt. Wenn ausländische

Anbietende mehrere hundert Kilometer reisen müssten, um an einer Offertöffnung teilzunehmen, dürfte eine Diskriminierung unter Umständen bejaht werden. Hinzu kommt eine nicht unberechtigte Befürchtung, wonach das persönliche (regelmässige) physische Zusammenreffen von Anbietenden den Boden für Absprachen nähren könnte, sei es mit Bezug auf ein künftiges allgemeines Preisniveau oder die Steuerung des Zuschlags.

Die Transparenz kann durch die Erstellung des und Einsichtnahme in das Offertöffnungsprotokoll bzw. dessen Zustellung gewährleistet werden. Ein Erkenntnisgewinn einer öffentlichen Offertöffnung für die Anbietenden bzw. die behauptete Verhinderung von Manipulationen durch die Vergabestelle ist kein ausreichendes Argument. Da eine rechnerische Überprüfung der Offerten im Rahmen der Offertöffnung noch gar nicht möglich war, ebenso wenig eine Prüfung der Vollständigkeit, beschränkt sich der Informationsgehalt der Offertöffnung auf die nicht verifizierte Notifikation von Frankenbeträgen. Unter Vorbehalt von sehr häufig vorkommenden Rechnungsfehlern kann eigentlich nur bei reinen Preisvergaben von einer raschen und einigermassen zuverlässigen Transparenz über die Zuschlagschancen gesprochen werden. Bei allen Ausschreibungen, die komplexere Vergaben betreffen, namentlich Planerleistungen, bei denen das Preiskriterium regelmässig mit einer kleineren Gewichtung als bei bauausführenden Leistungen angesetzt wird, ist es unumgänglich, dass die qualitativen Kriterien sorgfältig bewertet werden, um die Chance auf den Zuschlag beurteilen zu können. Bei Vergaben, bei denen der Preis eine Gewichtung von 40% oder weniger aufweist, kann die Fokussierung auf die Preisbetrachtung ein völlig falsches Signal aussenden.

Aus diesen Überlegungen lehnt der Regierungsrat eine öffentliche Offertöffnung ab.

### **Zum Zeitpunkt der Zustellung eines Offertöffnungsprotokolls**

Das in § 27 Abs. 4 SVO festgeschriebene Verfahren lässt den Vergabestellen darin Spielraum, zu welchem Zeitpunkt Anbietende Einblick in das Offertöffnungsprotokoll erhalten. Das Postulat begründet sich darin einerseits mit dem Widerspruch zu dem im öffentlichen Beschaffungswesen geltenden Grundsatz der Transparenz und andererseits mit der grossen Belastung für die offerierenden Firmen, die bis zum Abschluss des Verfahrens an ihre Offerten gebunden sind. Für offerierende Unternehmungen sei es nachteilig, während des gesamten Vergabeverfahrens erhebliche Mittel wie Personal, Maschinen und Finanzen für den möglichen Auftrag zu reservieren bzw. vorsorglich zu blockieren. Es bestehe deshalb ein grosses Interesse seitens der offerie-

renden Firmen, die wenig Aussicht auf einen Zuschlag hätten, sich neuen Aufträgen zuzuwenden. Unternehmen hingegen, die sich Chancen auf einen Zuschlag ausrechnen könnten, würden die Ressourcenplanung aufrechterhalten und damit die zeitgerechte Auftragsabwicklung sicherstellen können.

Grundsätzlich hat der Regierungsrat Verständnis für das Anliegen des Postulats, dass Anbietende möglichst rasch erfahren wollen, ob sie mit einem Zuschlag rechnen können. Es ist nachvollziehbar, dieses Bedürfnis auf den Grundsatz der Transparenz abzustützen. Trotzdem weist § 27 Abs. 4 SVO in seiner geltenden Fassung Vorzüge gegenüber der im Postulat vorgeschlagenen Regelung auf. So sind Offerten in der Regel zwei Tage nach der Offertöffnung formell noch nicht geprüft und bereinigt. Die rechnerische Überprüfung von Offerten ergibt mit grosser Regelmässigkeit, dass Offerten Rechnungsfehler enthalten (Additionsfehler, Übertragungsfehler, fehlerhafte Berechnung von Mehrwertsteuer, Rabatt usw.) oder dass ganze Positionen fehlen, doppelt erfasst sind oder Ähnliches. Nicht selten sind Rechnungsfehler zu korrigieren oder sonstige Korrekturen vorzunehmen. Folge einer solchen rechnerischen Überprüfung bzw. einer Prüfung der Vollständigkeit sind denn auch häufig Anpassungen des Offertpreises, ohne dass diesbezüglich den Anbietenden oder der Vergabestelle Manipulationen vorgeworfen werden müssten oder könnten oder eine unzulässige Offertanpassung der Vergabestelle zu beanstanden wäre. Es besteht somit zwei Tage nach der Offertöffnung grundsätzlich ein grösseres Risiko, dass Anbietende irrtümlicherweise von nur geringen Zuschlagschancen ausgehen und sich damit anderen Aufträgen zuwenden oder dass sie sich ungerechtfertigte Zuschlagschancen ausrechnen.

Wird das Offertöffnungsprotokoll sofort nach der Offertöffnung ohne vorgängige rechnerische Überprüfung der Offerten den Anbietenden zugestellt, ist dies für diese wenig hilfreich, weil sie nicht erkennen können, ob und gegebenenfalls welche rechnerischen Korrekturen mit der Bereinigung der Offerten noch vorgenommen werden. Die Offenlegung der bereinigten Offerten mit einer entsprechenden Kommentierung zum Offertöffnungsprotokoll dient der Transparenz deutlich mehr, als wenn das Offertöffnungsprotokoll automatisch oder sofort verschickt wird und im Nachhinein Korrekturen aufwendig begründet werden müssen.

Bei vielen Vergaben, insbesondere bei Dienstleistungsaufträgen, ist schliesslich der Preis gegenüber anderen Zuschlagskriterien von untergeordneter Bedeutung. Daher ist es für die Anbietenden nur aufgrund des Offertöffnungsprotokolls nicht offensichtlich, wer den Zuschlag erhalten wird. Aufgrund der Angaben, die gemäss § 27 Abs. 3 SVO zwingend im Offertöffnungsprotokoll aufzuführen sind, lassen sich die ent-

sprechenden Chancen nicht konkret abschätzen. Es kommt immer wieder vor, dass Anbietende trotz vergleichbarer Preise den Zuschlag wegen schlechter Erfüllung der übrigen Zuschlagskriterien nicht erhalten. Eine Beurteilung der Chancen auf einen Zuschlag ist in solchen Konstellationen allein aufgrund einer Einsicht in das Offertöffnungsprotokoll nicht möglich. Das Argument des Postulats, dass die Anbietenden sich allenfalls möglichst frühzeitig weiterorientieren und neu disponieren können, geht daher fehl. Dies ist erst nach endgültiger Auswertung der Offerten möglich. Sofern vonseiten der Anbietenden aus den im Postulat angeführten Gründen (namentlich Vorhaltung der betrieblichen Mittel) ein entsprechendes Bedürfnis besteht, kann erwartet werden, dass sie aktiv auf die Vergabestellen zugehen und Einsicht in das Offertöffnungsprotokoll verlangen. Zudem soll eine Vergabestelle davon ausgehen können, dass die eingereichten Angebote derart verfasst sind, dass der Anbietende selbst mit Chancen auf einen Zuschlag rechnet. Entsprechend wird bei den Anbietenden die Bereitschaft bestehen, die erforderlichen Mittel vorzuhalten, um den Vergabegegenstand bei einem Zuschlag auch erfüllen zu können.

Die Bekanntgabe des Offertöffnungsprotokolls, bevor die Offerten bereinigt sind, könnte überdies dazu führen, dass die Anbietenden versucht sind, auf die Offertauswertung und den Zuschlag Einfluss zu nehmen. Es darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Gefahr der Manipulation durch die Anbietenden steigt, namentlich dann, wenn sie über ihre Preisrangierung Bescheid wissen, im Rahmen der Bereinigung von Angeboten aber noch Erläuterungen zu ihrem Angebot liefern müssen, die unter Umständen auch preisrelevant sein können.

Um unerwünschte und nicht mehr kontrollierbare Einflüsse auf ein faires Auswertungsverfahren zu vermeiden, darf deshalb die Einsicht in das Offertöffnungsprotokoll frühestens nach rechnerischer Prüfung der Offerten und erfolgter Erläuterungs- und Bereinigungsphase gewährt werden, aber dies sollte auch nicht später erfolgen. Bereits die heutige Regelung in der SVO ermöglicht, schon vor dem Zuschlag Einsicht in das Offertöffnungsprotokoll zu verlangen. Damit wird dem Grundsatz der Transparenz schon mit dem bestehenden § 27 Abs. 4 SVO entsprochen. Im Sinne einer Gleichbehandlung scheint jedoch eine direkte Zustellung an die Verfahrensbeteiligten und nicht nur ein Einsichtsrecht auf Verlangen hin grundsätzlich sinnvoll. Dabei bleibt anzumerken, dass eine, wie im Postulatstext vorgeschlagene, grundsätzlich starre Frist von zwei Tagen für den Versand zu kurz ist und eine flexiblere Handhabung zu bevorzugen ist.

## Weiteres Vorgehen

Der Regierungsrat hat das Bedürfnis der Anbietenden nach mehr Transparenz und einer raschen Information hinsichtlich der Offertöffnungsprotokolle erkannt. Deshalb wird im Sinne einer Gleichbehandlung eine direkte Zustellung der Offertöffnungsprotokolle und nicht nur ein Einsichtsrecht auf Verlangen hin als angemessen erachtet. Angesichts der Tatsache, dass derzeit noch offen ist, wie die IVöB die vorliegende Frage regeln wird, ist es jedoch nicht sinnvoll, im jetzigen Zeitpunkt eine neue Regelung in die Submissionsverordnung aufzunehmen, die unter Umständen in wenigen Jahren wieder entfallen wird. Dies führt zu Rechtsunsicherheit und schadet der Verlässlichkeit des öffentlichen Submissionsverfahrens. Vielmehr ist die endgültige Regelung der IVöB abzuwarten und im heutigen Zeitpunkt auf eine Änderung der Submissionsverordnung zu verzichten. Es wird somit im Rahmen der Umsetzungsvorlage zu prüfen sein, ob unter Beachtung der übergeordneten Rechtsgrundlagen und der Gewährleistung einer fairen Auswertungsphase eine einheitliche Lösung der Offertöffnung anzustreben ist, die folgende Punkte berücksichtigt: Die Offertöffnung soll in offenen, selektiven und Einladungsverfahren und bei allen Auftragsarten nicht öffentlich, durch zwei Personen der Vergabestelle mit Protokollpflicht selbst durchzuführen sein. Dabei soll das Offertöffnungsprotokoll auch nicht in anonymisierter Form veröffentlicht, sondern allen Verfahrensbeteiligten möglichst rasch mit allfälligen Korrekturen nach erfolgter rechnerischer Prüfung und Erläuterungs- sowie Bereinigungsphase zugestellt werden. Es soll mit der Zustellung ausnahmsweise bis nach dem Zuschlag zugewartet werden können, sollten wichtige Gründe vorliegen, die das Vergabeverfahren bei einer früheren Zustellung beeinträchtigen könnten.

Eine entsprechende neue Regelung in der SVO käme dem Anliegen des Postulats, dass das Offertöffnungsprotokoll den Anbietenden aktiv zugestellt würde, entgegen.

Gestützt auf diesen Bericht beantragt der Regierungsrat dem Kantonsrat, das Postulat KR-Nr. 287/2014 als erledigt abzuschreiben.

Im Namen des Regierungsrates

Der Präsident:  
Mario Fehr

Der Staatsschreiber:  
Beat Husi