

Öffentliche Offertöffnung

Ausgangslage

Auf staatsvertraglicher Ebene regelt Art. XIII GPA die Öffnung der Angebote, wobei keine Vorgaben über die Öffentlichkeit dieses Aktes gemacht werden. Das Bundesrecht behandelt das Thema in Art. 24 VöB, welcher ebenfalls keine Angaben zur Öffentlichkeit enthält. Ob auf Bundesstufe eine öffentliche Offertöffnung erfolgen darf resp. ob die Anbieter ein Einsichtsrecht in das Offertöffnungsprotokoll haben, ist umstritten, wird aber unter Verweis auf den Vertraulichkeitsgrundsatz (Art. 8 Abs. 1 lit. d BöB) mehrheitlich abgelehnt. Die Vorgabe für die Regelungen auf kantonaler Ebene findet sich in § 26 VRöB, welcher ebenfalls keine Aussage zur Öffentlichkeit macht. Die Praxis in den Kantonen ist entsprechend uneinheitlich; soweit ersichtlich scheint die Mehrheit der Kantone die Offertöffnung öffentlich durchzuführen. Im Kanton Zürich verlangt § 27 SubmV keine Öffentlichkeit der Offertöffnung, sieht aber vor, dass den Anbietern spätestens nach dem Zuschlag auf Verlangen Einsicht in das Offertöffnungsprotokoll zu gewähren ist.

Position usic

Aus der Sicht der usic und seinen Mitgliedsunternehmen besteht ein Interesse an einer öffentlichen Offertöffnung. Dies aus folgenden Überlegungen:

- Gebot der Transparenz (Art. 1 Abs. 3 lit. c IVöB): Transparenz schafft Vertrauen in die Vergabebehörde und die angewandten Verfahren. Wenn die Offertöffnung hinter verschlossenen Türen erfolgt, können stets Zweifel aufkommen über den korrekten Ablauf. Für die Vergabebehörde gibt es bei der Offertöffnung nichts zu verbergen, weshalb die Offertöffnung ohne weiteres öffentlich erfolgen kann.
- Gebot der Fairness (Art. 1 Abs. 3 lit. b IVöB): Die Vergabe von Planerleistungen kann aufgrund der komplexen Aufgabenstellung nicht mit der Vergabe von standardisierten Waren oder Dienstleistungen verglichen werden. Vielmehr müssen die Anbieter bei der Ausarbeitung von Offerten für Planerleistungen regelmässig einen grossen Aufwand betreiben; Offerten können gerne mehrere CHF 10'000 kosten. Hinzu kommt, dass die angebotene Leistung nicht per Knopfdruck abrufbar ist, sondern in Bezug auf die geforderten personellen Ressourcen besonderer Planung bedarf. Vor diesem Hintergrund entspricht es dem Gebot der Fairness, dass ein Anbieter möglichst rasch weiss oder zumindest abschätzen kann, ob sein Angebot den Zuschlag erhält oder nicht. Der Anbieter muss möglichst rasch wissen, ob die personellen Ressourcen im vorgesehenen Umfang bereit gestellt werden dürfen oder anderweitig eingesetzt werden können. Im Rahmen der Offertöffnung erlangen die Anbieter zwar noch keine Gewissheit; aufgrund der angebotenen Preise können sie sich aber ein Bild über ihre Chancen auf den Zuschlag machen. Dies erleichtert massgeblich die weitere Ressourcenplanung des Anbieters. Dieses Interesse der Anbieter ist hoch zu gewichten und ernst zu nehmen. Die Auftraggeber haben mit Blick auf die Preisgestaltung der Anbieter selber ein Interesse an einer effizienten Arbeitsweise der Anbieter.
- Gebot des effizienten Mitteleinsatzes (Art. 1 Abs. 3 lit. d IVöB): Werden im Zeitpunkt der Offertöffnung keine Informationen bekannt gegeben, sind die Anbieter versucht, Hinweise durch direkte Gespräche mit dem Auftraggeber erhältlich zu machen. Ein Anbieter, welcher erst im Rahmen des Zuschlages von seiner Nichtberücksichtigung erfährt, ist zudem eher geneigt, ein Verlierergespräch einzufordern als ein Anbieter, welcher bereits in einem frühen Stadium weiss, dass sein Angebot keine Chance auf den Zuschlag hat. Es ist deshalb ein Gebot des effizienten Mitteleinsatzes auf Seiten der Vergabebehörde wie auch zu Gunsten der Anbieter, möglichst rasch Transparenz zu schaffen und so unnötigen Aufwand zu vermeiden.

Die zuweilen gegen die öffentliche Offertöffnung geltend gemachten Einwände sind nicht überzeugend:

- Keine Verletzung des Vertraulichkeitsgrundsatzes (Art. 11 lit. g IVöB): Vor allem auf Bundesstufe wird argumentiert, eine öffentliche Offertöffnung verletze den Vertraulichkeitsgrundsatz. Dieses Argument verkennt, dass auch das Gebot der Transparenz ein Grundsatz des Vergaberechts ist und somit eine Güterabwägung zwischen den Transparenz- und den Vertraulichkeitsanforderungen vorgenommen werden muss. Hier gilt zu beachten, dass im Rahmen der Offertöffnung nur wenige Informationen bekannt werden (insb. das Preisangebot der Anbieter, vgl. § 26 Abs. 3 VRöB). Daraus lassen sich keine „Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse“ der Anbieter (vgl. § 17 Abs. 1 VRöB) ableiten, welche besonderen Schutzes bedürften (wie z.B. technisches Know-how, Angaben zu Schlüsselpersonen etc.).
- Keine Manipulationsgefahr (Art. 11 lit. c IVöB): Ein anderer Einwand gegen die Öffentlichkeit der Offertöffnung wird darin gesehen, dass die Kenntnis über die Rangierung der Angebote die Anbieter dazu verleiten könnte, nachträglich ihr Angebot zu verändern, um so ihre Chancen auf den Zuschlag zu verbessern. Auf Bundesebene sind Verhandlungen zugelassen (Art. 20 BöB), womit diese Gefahr theoretisch besteht. In der Praxis hat eine Vergabebehörde aber alle Mittel, solche Manipulationsversuche zu unterbinden. Auf kantonaler Ebene besteht ein Verhandlungsverbot (Art. 11 lit. c IVöB), weshalb dem Argument von vornherein die Grundlage entzogen ist.

Aus all diesen Überlegungen fordert die usic alle Auftraggeber auf, die Offertöffnung öffentlich durchzuführen und den Anbietern umgehend Einblick in das Offertöffnungsprotokoll zu gewähren.

usic/Dr. Mario Marti, Rechtsanwalt
Bern, 26. Juli 2012