

Sitzung vom 17. April 2019

**391. Motion (Gleich lange Spiesse für staatsnahe Betriebe
bei kantonalen Beschaffungen)**

Kantonsrätin Cornelia Keller, Gossau, sowie die Kantonsräte Josef Wiederkehr, Dietikon, und Hans-Rudolf Knöpfli, Winterthur, haben am 4. Februar 2019 folgende Motion eingereicht:

Der Regierungsrat wird beauftragt, dem Kantonsrat die gesetzlichen Grundlagen zu unterbreiten, damit im Rahmen von Ausschreibungsverfahren für die Teilnahme von staatlichen Betrieben sowie Unternehmen, an welchen das Gemeinwesen eine bedeutende Beteiligung hat, folgende Bestimmungen gelte:

1. Als Nachweis zur Erfüllung der Teilnahmebedingungen soll von Anbieterinnen, an welchen das Gemeinwesen eine bedeutende Beteiligung besitzt, als zusätzliches Eignungskriterium eine Eigentümerstrategie der staatlichen Eigentümerschaft verlangt werden.
2. Die Anbieterin wird nicht zum Vergabeverfahren zugelassen, wenn entweder die staatliche Eigentümerschaft über keine Eigentümerstrategie verfügt oder die Tätigkeit der Anbieterin nicht ausdrücklich in der Eigentümerstrategie erwähnt ist.

Begründung:

Unternehmen, an welchen das Gemeinwesen bedeutende Beteiligungen besitzt, enthalten ein grosses Potenzial an Interessenskonflikten. Dies hat auch der Regierungsrat in seiner Antwort auf die Anfrage KR-Nr. 137/2017 festgestellt und ausgeführt, dass die Festhaltung der Zweckumschreibung in Eigentümerstrategien zentral ist, um die Rechtmässigkeit staatlichen Handelns in privaten Märkten überprüfen zu können. Deshalb sieht auch die kantonale Richtlinie für Corporate Governance vor, dass Unternehmen, an welchen der Kanton eine bedeutende Beteiligung besitzt, mittels Eigentümerstrategie geführt werden sollen. In Beantwortung der Anfrage KR-Nr. 162/2018 führt der Regierungsrat weiter aus, dass bei kantonalen Ausschreibungen Offenlegungspflichten gegenüber solchen Unternehmen gelten, um allfällige Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern. Diese beziehen sich jedoch hauptsächlich auf mögliche Quersubventionierungen sowie die Offenlegung von öffentlichen Geldern. Ob die privatwirtschaftliche Tätigkeit auch dem in der Eigentümerstrategie festgehaltenen Zweck entspricht, ist nicht Teil der Prüfung. Der Regierungsrat sieht dies als Sache der jeweiligen Anbieterin bzw. deren staat-

lichen Eigentümerin. Im Interesse der Glaubwürdigkeit und Transparenz staatlichen Handelns ist es deshalb konsequent und richtig, dass der Kanton die ihm selbst auferlegten PCG auch bei anderen staatsnahen Akteuren einfordert, sofern sich diese um öffentliche Aufträge des Kantons bewerben.

Auf Antrag der Baudirektion

beschliesst der Regierungsrat:

I. Zur Motion Cornelia Keller, Gossau, Josef Wiederkehr, Dietikon, und Hans-Rudolf Knöpfli, Winterthur, wird wie folgt Stellung genommen:

Die rechtlichen Rahmenbedingungen des Ausschlusses von einem Vergabeverfahren wurden bereits in der Beantwortung der Anfrage KR-Nr. 162/2018 betreffend Konkurrenzierung Privater durch Staatsbetriebe? umfassend dargelegt. Das Anliegen der Motionärin und der Motionäre lässt sich auf kantonaler Ebene nicht umsetzen, denn dafür müsste zumindest die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB, LS 720.1) geändert werden. Das Bundesgericht hat mit Urteil 2C_582/2016 vom 22. Mai 2017 (BGE 143 II 425), das sich auf Bundesrecht bezieht, in Bezug auf den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität staatlichen Handelns aus Sicht der Anbieter festgestellt, dass sich staatsnahe Betriebe wettbewerbsneutral verhalten müssen und dass ein Verstoß gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, insbesondere durch unzulässige Quersubventionierungen, im Vergabeverfahren einen Ausschlussgrund darstellt. Das mit einer allfälligen Quersubventionierung eines Angebots zusammenhängende Risiko wird durch die jeweilige Gebietskörperschaft getragen, die an diesem Staatsbetrieb beteiligt ist. Die Verantwortung für die Rechtmässigkeit der Teilnahme von Anbietern in einem Vergabeverfahren liegt somit in erster Linie bei den Anbietern selbst bzw. bei den Gemeinwesen, denen die Anbieter angegliedert sind oder von denen sie finanziert werden. Darüber hinaus obliegt es den Vergabestellen im Kanton Zürich, im Rahmen ihrer Vergabeverfahren mit öffentlichen Mitteln quersubventionierte Angebote gemäss § 32 der Submissionsverordnung (SVO, LS 720.11) zu überprüfen. Besteht ein konkreter Verdacht einer Quersubventionierung, zum Beispiel bei ungewöhnlich günstigen Angeboten, muss der Anbieter detailliert nachweisen, dass keine Quersubvention vorliegt, ansonsten er vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wird.

Die Richtlinien über die Public Corporate Governance des Kantons Zürich (PCG-Richtlinien; RRB Nr. 122/2014) zielen auf die transparente Steuerung der Beteiligungen des Kantons durch den Regierungsrat, eine zeitgemässe Aufsicht sowie die Unterstützung der Oberaufsicht des Kantonsrates. Der Kanton führt bedeutende Beteiligungen gemäss Ziff. 5.1 der PCG-Richtlinien mit einer Eigentümerstrategie des Regierungsrates (RRB Nr. 353/2014). Als bedeutend gilt eine Beteiligung, wenn der Anteil am Eigenkapital mindestens 30% beträgt oder der Wert (Anschaffungswert abzüglich Abschreibungen oder tieferer Verkehrswert) 1 Mio. Franken übersteigt oder wenn bedeutende Risiken für den Kantonshaushalt, die Volkswirtschaft oder das Ansehen des Kantons bestehen. Die Eigentümerstrategie umfasst die strategischen Ziele sowie die Vorgaben zur Vertretung in den Organen, zur Berichterstattung und zur Risikobeurteilung (Ziff. 5.2 PCG-Richtlinien).

Die Motionärin und die Motionäre fordern für Ausschreibungsverfahren, dass als Voraussetzung für die Teilnahme eines Anbieters, an dem das Gemeinwesen eine bedeutende Beteiligung hat, eine Eigentümerstrategie der staatlichen Eigentümerschaft vorhanden sein muss und dass sich diese zur Tätigkeit der Anbieterin ausdrücklich äussert. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Eignungskriterien bzw. Teilnahmebedingungen grundsätzlich als Ausschlusskriterien zu definieren, d. h., dass bei Nichterfüllen ein Ausschluss des Anbieters aus dem Vergabeverfahren die Folge sein muss (vgl. BGE 141 II 353 E. 7.1 und BGE 139 II 489 E. 2.2.4). Eine so weitreichende Massnahme wie der Ausschluss aus dem Vergabeverfahren (bzw. Ausschluss von der Teilnahme am Wettbewerb) ist nur dann gerechtfertigt, wenn in einem konkreten Vergabeverfahren tatsächlich eine unzulässige Quersubventionierung und damit ein Ausschlussgrund gegeben ist. Die Vergabestelle muss dazu im Einzelfall und mit Blick auf die eingegangene Offerte prüfen, ob eine Wettbewerbsverzerrung vorliegt. Bezogen auf das Ziel, unzulässige Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern, hilft es ihr dabei nicht weiter, von den Anbietern lediglich das Vorhandensein einer Eigentümerstrategie zu verlangen. Die Vergabestelle kann allein gestützt auf die Tatsache, dass eine Eigentümerstrategie mit Aussagen zur Tätigkeit der Anbieterin vorhanden ist, keine Schlussfolgerungen für das konkrete Vergabeverfahren ziehen. Anbietende können sich gegenüber nicht gerechtfertigten Ausschlüssen durch die Vergabestelle mittels Beschwerde an das Verwaltungsgericht zur Wehr setzen. Ungeklärt ist ferner, wie das Erfordernis einer Eigentümerstrategie auf ausserkantonale und ausländische Anbietende anzuwenden wäre, da die PCG-Richtlinien des Kantons Zürich für diese nicht gelten.

Aus diesen Gründen beantragt der Regierungsrat dem Kantonsrat, die Motion KR-Nr. 43/2019 abzulehnen.

II. Mitteilung an die Mitglieder des Kantonsrates und des Regierungsrates sowie an die Baudirektion.

Vor dem Regierungsrat

Die Staatsschreiberin:

Kathrin Arioli