

VergabeNews Nr. 3 Januar 2010

WEKO betont parallele Anwendbarkeit von Beschaffungs- und Kartellrecht



Dr. Daniel Zimmerli, LL.M.
Fürsprecher
+ 41 44 498 98 98; dzimmerli@wvp.ch

In den letzten Jahren hatte sich die Wettbewerbskommission (WEKO) wiederholt mit Submissionskartellen zu befassen. Mit Verfügung vom 6. Juli 2009 verhängte die WEKO gegen mehrere Elektroinstallationsunternehmen im Raum Bern, die sich an Submissionsabsprachen beteiligt hatten, hohe Bussen. Die WEKO rekapituliert ihre bisherige Praxis und macht klar, dass und warum Beschaffungs- und Kartellrecht parallel anwendbar sind.

Sachverhalt

Mehrere grosse Elektroinstallationsunternehmen im Raum Bern sprachen ihr Angebotsverhalten über mehrere Jahre ab, wenn sie sich für Elektroinstallationsaufträge von Privaten, aber auch der öffentlichen Hand interessierten. Unter Anderem wiesen sie einander abwechslungsweise Projekte zu ("Rotationskartell"), reichten Stütz- und Scheinofferten ein und koordinierten zentrale Kalkulationsparameter. Sie hielten so die Angebotspreise hoch und verhinderten ferner, dass sich die verschiedenen Installateure gegenseitig Stammkunden abwarben. Die WEKO erhielt von der Abredekonstruktion dank einer Selbstanzeige eines Abredeteilnehmers Kenntnis und führte Hausdurchsuchungen durch. Dem ersten Selbstanzeiger erliess die WEKO die Sanktion in Anwendung der "Bonusregelung" von Art. 49a Abs. 2 des Kartellgesetzes (KG; SR 251) vollständig.

Parallele Anwendbarkeit von Beschaffungs- und Kartellrecht

Nach Art. 11 lit. e des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB; SR 172.056.1) kann der Auftraggeber den Zuschlag widerrufen oder Anbieter vom Verfahren ausschliessen, wenn diese im Vergabeverfahren Abreden getroffen haben, die den "wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen". Diese Bestimmung gleicht dem Wortlaut von Art. 5 KG, der Abreden für unzulässig erklärt, die auf einem Markt den wirksamen Wettbewerb beseitigen oder ihn erheblich beeinträchtigen, ohne aus Gründen der ökonomischen Effizienz gerechtfertigt zu sein. Daher stelle sich laut WEKO die Frage, ob das BoeB die Folgen von Wettbewerbsabreden unter Anbietern im förmlichen Submissionsverfahren abschliessend regle, oder ob eine Submissionsabsprache auch unter das KG falle.

Laut WEKO sind das BoeB – und damit auch die Voeb sowie gegebenenfalls die IVoeb bzw. die kantonalen beschaffungsrechtlichen Erlasse – und das KG auf eine Submissionsabsprache parallel anwendbar. Denn diese Regelwerke schützten gemäss WEKO verschiedene Rechtsgüter: Das Beschaffungsrecht schütze den öffentlichen Auftraggeber. Es ermögliche diesem, dank des Submissionsverfahrens das wirtschaftlich günstigste Angebot zu wählen und so die öffentlichen Mittel wirtschaftlich einzusetzen. Anbieter, die diesen Zweck mittels Absprachen zu vereiteln suchten, könne die Vergabestelle vom Verfahren ausschliessen. Das KG hingegen schütze nicht die Vergabestelle und das Submissionsverfahren, sondern den wirksamen Wettbewerb an sich (Art. 1 KG). Der Schutz dieses volkswirtschaftlich bedeutsamen Rechtsguts vor den Folgen von Wettbewerbsabreden sei nicht Aufgabe der Vergabestellen, sondern der WEKO. Das KG sei unabhängig davon anwendbar, ob eine Submissionsabsprache die Interessen einer Vergabestelle verletze. Ferner sei Art. 11 lit. e BoeB ohnehin nur anwendbar auf so genannte "verdeckte Absprachen", d.h. auf Absprachen unter Anbietern, die der Vergabestelle nicht offengelegt worden seien. Demgegenüber erfasse das KG alle Arten von Absprachen und abgestimmten Verhaltensweisen, unabhängig davon, ob sie offengelegt worden seien oder im Verborgenen praktiziert würden. Auch die Rechtsfolgen des Beschaffungs- und des Kartellrechts unterschieden sich: Die Vergabestelle könne einen Teilnehmer einer Submissionsabsprache vom Verfahren ausschliessen. Die WEKO könne gegen die Abredeteilnehmer Sanktionen verfügen.

Die WEKO unterstreicht in dieser Verfügung, dass sie Submissionskartelle in hoher Priorität verfolgt. Für Anbieter ist die Erkenntnis wesentlich, dass sie prinzipiell immer ins Visier der WEKO geraten werden, wenn sie ihr Angebotsverhalten in Submissionsver-

fahren untereinander abstimmen. Daran ändert auch ein förmliches und umfassend geregeltes Beschaffungsverfahren nichts – selbst dann nicht, wenn das Beschaffungsrecht der geprellten Vergabestelle die Mittel an die Hand gibt, fehlbare Anbieter vom Verfahren auszuschliessen und Zuschläge zu widerrufen.

Submissionsabsprachen unter Konkurrenzen beseitigen vermutlich den wirksamen Wettbewerb (Art. 5 Abs. 3 KG) und werden mit Bussen bedroht, deren Höchstgrenze bei 10% des Umsatzes liegt, den ein Abredeteilnehmer in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielt hat (Art. 49a Abs. 1 KG). Nicht vergessen werden darf, dass ein Zuschlag, der unter dem Einfluss einer Submissionsabrede erging (z.B. an eine zu hohe Offerte, die von den Abredeteilnehmern "geschützt" wurde), nichtig ist (Art. 20 OR). Geschädigte können gegen die Abredeteilnehmer ausserdem zivilprozessual Schadenersatzansprüche geltend machen.

Die Verfügung der WEKO vom 6. Juni 2009 ist auf der Website der WEKO abrufbar (<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>).

VergabeNews berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereich des schweizerischen Beschaffungsrechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden. Sollten Sie keine weiteren Zustellungen der VergabeNews wünschen, so teilen Sie uns dies bitte per E-Mail (VergabeNews@wwp.ch) mit.

Unter www.beschaffungswesen.ch finden Sie eine Einführung und weiterführende Informationen (insb. hilfreiche Links zu den verschiedenen Rechtsquellen sowie Publikationsbeiträge) zum öffentlichen Beschaffungsrecht der Schweiz.

© Walder Wyss & Partner AG, Zürich, 2010

ww&p

**Walder Wyss & Partner
Rechtsanwälte**

Walder Wyss & Partner AG
Seefeldstrasse 123
Postfach 1236
CH-8034 Zürich
Telefon +41 44 498 98 98
Fax +41 44 498 98 99
reception@wwp.ch
www.wwp.ch