

B 2.	8. BGBM LMI LMI
B 2.8	1. Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 15. Juni 2015 zur Vernehmlassung über die Revision des Bundesgesetzes und der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB/VöB) sowie der Verordnung über die Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen (SWV)

1 Ausgangslage

1. Die Wettbewerbskommission (WEKO) wurde am 1. April 2015 eingeladen, im Rahmen der obgenannten Vernehmlassung Stellung zu nehmen.

2. Die WEKO und deren Sekretariat überwachen die Einhaltung des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) durch Gemeinden und andere Träger öffentlicher Aufgaben (Art. 8 Abs. 1 BGBM) und sind zuständig für die Durchsetzung des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251). Die WEKO kann gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BGBM Empfehlungen zu binnenmarktrelevanten Erlassen abgeben und sie kann gestützt auf Art. 46 Abs. 2 KG zu rechtsetzenden Erlassentwürfen der Kantone Stellung nehmen.

3. Die Komplettrevision des BöB betrifft sowohl das Binnenmarktgesetz als auch das Kartellgesetz und ist darüber hinaus von grosser wettbewerbspolitischer Bedeutung. Die WEKO hat bereits im Rahmen der Vernehmlassung zur Revisionsvorlage für eine neue IVöB eine Stellungnahme vom 1. Dezember 2014 zuhanden des InöB eingereicht (RPW 2014/4, S. 817 ff.). Zusätzlich hat sich die WEKO mittels einer Empfehlung vom 1. Dezember 2014 zuhanden des Bundesrats und des InöB 2014 zu den Aspekten der Revision geäussert, die das BGBM betreffen (RPW 2014/4, S. 801 ff. sowie S. 809 ff.).

2 Stellungnahme zum E-revBGBM (Art. 63 E-BöB)

4. Die WEKO hat dem Bundesrat und dem InöB am 1. Dezember 2014 empfohlen, von einer Revision des BGBM abzusehen. Dies insbesondere auch deshalb, weil mit der Aufhebung der materiellen beschaffungsrechtlichen Mindeststandards die damit verbundene Aufsicht der WEKO zum Schutze des Wettbewerbs und des Binnenmarktes weggefallen wäre. Die ausführliche Begründung der WEKO ist an dieser Stelle nicht zu wiederholen, sondern es kann auf die Empfehlung vom 1. Dezember 2014 verwiesen werden.

5. Die Vernehmlassungsvorlage sieht vor, dass die Pflicht zur Ausschreibung von Konzessionen nach Art. 2 Abs. 7 BGBM unverändert fortbesteht. Die WEKO unterstützt die Beibehaltung von Art. 2 Abs. 7 BGBM aus-

drücklich. Diese Ausschreibungspflicht erfasst Konzessionen ausserhalb des Bereichs der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, die auch nach Art. 8 Abs. 2 E-BöB nicht als öffentlicher Auftrag gelten und folglich nicht dem Beschaffungsrecht unterstehen.

6. Ferner sieht die Vernehmlassungsvorlage vor, dass die materiellen und verfahrensrechtlichen Mindeststandards im Bereich der kantonalen Beschaffung (Art. 5 und Art. 9 Abs. 1 und 2 BGBM) neu nicht mehr für Kantone gelten, die der IVöB 2015 beigetreten sind. Dieser Grundsatz gilt unter der Voraussetzung, dass die binnenmarktrechtlichen Mindeststandards eingehalten sind. Der Rechtsschutz soll neu einheitlich ab einem Auftragswert von CHF 150'000 greifen.

7. Zum Schutz des Wettbewerbs und der offenen kantonalen Beschaffungsmärkte nimmt die WEKO heute verschiedene Funktionen wahr. Sie kann zur Durchsetzung der beschaffungsrechtlichen Mindeststandards durch die Kantone Empfehlungen abgeben, Gutachten erstatten, Untersuchungen durchführen und Gerichtsbeschwerden einreichen. Gemäss der Vernehmlassungsvorlage soll die WEKO diese wichtige Funktion weiterhin wahrnehmen. Die heutigen Aufsichtsinstrumente der WEKO gelten unverändert fort und bleiben zurecht im BGBM verankert. Aufgrund der Aufhebung der binnenmarktrechtlichen Beschaffungsregeln können die Aufsichtsinstrumente neu zur Durchsetzung der IVöB 2015 eingesetzt werden.

8. Nach Auffassung der WEKO handelt es sich insgesamt um einen ausgewogenen Revisionsvorentwurf, der dem Schutz des Wettbewerbs, der Öffnung der kantonalen und kommunalen Beschaffungsmärkte und der Durchsetzung des Beschaffungsrechts Rechnung trägt. Die WEKO spricht sich deshalb für die Revision des BGBM gemäss der Vernehmlassungsvorlage aus. Der in der Vernehmlassungsvorlage aufgeführte Eventualvorschlag aus dem E-IVöB, wonach ein Behördenbeschwerderecht neu in der IVöB verankert werden und entweder dem InöB oder der WEKO zukommen solle, lehnt die WEKO entschieden ab.

9. Sollten im Rahmen der Ausarbeitung des Entwurfs zuhanden des Parlaments einzelne Revisionspunkte betreffend das BGBM zuungunsten des Wettbewerbs oder des Wettbewerbsschutzes geändert werden, so fällt die WEKO auf ihre gemäss Empfehlung vom

1. Dezember 2014 geäusserte Auffassung zurück, wonach auf eine Revision des BGBM insgesamt zu verzichten ist. Das Bestreben zur Harmonisierung der Beschaffungsrechte von Bund und Kantonen würde dadurch nicht in Frage gestellt.

Antrag 1: Art. 63 E-BöB sei unverändert in den Entwurf zuhanden des Parlaments aufzunehmen und der Eventualvorschlag gemäss E-IVöB nicht weiterzuverfolgen.

3 Stellungnahme zum E-BöB

10. Der Aufbau der vorliegenden Stellungnahme folgt der Reihenfolge der Bestimmungen des E-BöB.

3.1 Vorbemerkungen

11. Die WEKO unterstützt ausdrücklich

- das Bestreben der Harmonisierung der Beschaffungsrechte von Bund und Kantonen;
- die Verankerung der Förderung des wirksamen Wettbewerbs und der Verhinderung von Wettbewerbsabreden in der Zweckbestimmung (Art. 1 Bst. d E-BöB);
- die Pflicht der Auftraggeberin zum Treffen von Massnahmen gegen Wettbewerbsabreden (Art. 13 Bst. b E-BöB);
- die explizite Einschränkung der Dringlichkeitsausnahme auf Fälle, bei denen auch mit verkürzten Fristen kein offenes Verfahren möglich ist (Art. 23 Abs. 2 Bst. d E-BöB);
- die Ausdehnung des Rechtsschutzes auf alle Beschaffungen des Bundes ab einem Auftragswert von CHF 150'000 (Art. 54 E-BöB).

3.2 Ausnahmen

12. Art. 12 E-BöB sieht einen Katalog von Leistungen vor, die vom Geltungsbereich des E-BöB ausgenommen sind. Zu den einzelnen Ausnahmetatbeständen drängen sich folgende Bemerkungen auf.

Art. 12 Abs. 3 Bst. b – d E-BöB (In-state, In-house, Quasi-in-house)

13. Die Konstellationen der In-state, In-house und Quasi-in-house Beschaffungen regeln ähnliche Sachverhalte: In all diesen Fällen geht es darum, das Beschaffungsrecht nicht anzuwenden, weil ein Vorgang nicht in den objektiven Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts fällt oder mit anderen Worten: Weil gar keine öffentliche Beschaffung vorliegt. Der Grund hierfür ist, dass sich diese Vorgänge innerhalb der Staatssphäre abspielen, ohne dass der Markt berührt wird. Deshalb ist es in diesen Fällen auch nicht notwendig, das Beschaffungsrecht zur Anwendung zu bringen, da das Beschaffungsrecht nicht darüber entscheiden soll, ob ein solcher Marktkontakt stattfindet, sondern nur wie er ausgestaltet sein soll, wenn er stattfindet.

14. Im schweizerischen Beschaffungsrecht sind diese Konstellationen bisher nicht geregelt. Die rechtsanwendenden Schweizer Behörden haben sich deshalb bisher stark an der Praxis des EuGH orientiert, welche sich ständig weiterentwickelt hat und nicht als abgeschlossen

gelten kann, auch wenn verschiedene bisher ungeklärte Fragen nun in einer neuen EU-Richtlinie¹ geregelt sind.

In-state (Art. 12 Abs. 3 Bst. b E-BöB)

15. In-state-Vergaben sind Vergaben, die zwischen öffentlichen Einrichtungen getätigt werden, ohne dass der staatliche Auftraggeber über den staatlichen Leistungserbringer eine Kontrolle ausübt (diese fehlende Kontrolle stellt den wesentlichen Unterschied zur In-house und Quasi-in-house-Vergabe dar).

16. Die Vorgaben des GPA 2012 zur In-state-Vergabe sind nicht sehr restriktiv: Gemäss Annex 7 zum GPA 2012 Bst. B) 1 unterstehen Leistungen bereits dann nicht dem Abkommen, wenn sie durch eine andere juristische Person erbracht werden, die dem Abkommen (d.h. dem Beschaffungsrecht) unterstellt ist.

17. In der EU sind In-state-Direktvergaben gemäss der Praxis des EuGH nur unter strengen Voraussetzungen zulässig (EuGH, Urteil v. 8.5.2014 – C-15/13, „Datenlosen Informationssysteme“; EuGH, Urteil v. 13.6.2013 – C-386/11 „Piepenbrock“; EuGH, Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 „Lecce“). Gemäss EU-Richtlinie² besteht eine Ausschreibungspflicht nur dann nicht, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Der Vertrag begründet oder erfüllt eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern mit dem Ziel sicherzustellen, dass von ihnen zu erbringende öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden;
- die Durchführung dieser Zusammenarbeit wird ausschliesslich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt und
- die beteiligten öffentlichen Auftraggeber erbringen auf dem offenen Markt weniger als 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten.

18. In Bezug auf das GPA 2012: Art. 12 Abs. 3 Bst. b E-BöB ist strenger formuliert, als es das GPA 2012 verlangt, weil er zur Voraussetzung, wonach die leistungserbringende Einrichtung selbst eine öffentliche Auftraggeberin sein muss (d.h. dem Beschaffungsrecht unterstellt), zusätzlich verlangt, dass diese leistungserbringende Einrichtung nicht in den Markt eintreten darf.

19. Die WEKO unterstützt diese zusätzliche Einschränkung. Da durch eine In-state-Vergabe auch kein privater Beteiligter (z.B. Aktionär) der öffentlichen Einrichtung von einem Auftrag soll profitieren können, den die öffentliche Einrichtung vergaberechtsfrei erhält, sollte zudem eine solche private Beteiligung ausgeschlossen werden.

20. In Bezug auf das EU-Recht: Art. 12 Abs. 3 Bst. b E-BöB erscheint einerseits weniger streng formuliert, als das EU-Recht, weil er die restriktiven Vorgaben der EU-

¹ Richtlinie 2014/24/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 65.

² Art. 12 (4) Richtlinie 2014/24/EU (Fn 1).

Rechtsprechung an das öffentliche Interesse der Zusammenarbeit nicht übernimmt. Andererseits erscheint Art. 12 Abs. 3 Bst. b E-BöB strenger zu sein, weil er nicht die Möglichkeit eröffnet, 20 % der von der Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten am offenen Markt zu erbringen. Da diese Abweichungen des E-BöB vom EU-Recht aber die Wettbewerbsneutralität nicht beeinträchtigen, ist keine Anpassung des E-BöB nötig.

Antrag 2: Änderung von Art. 12 Abs. 3 Bst. b E-BöB wie folgt:

„b) bei anderen, rechtlich selbständigen Auftraggeberinnen ohne Beteiligung Privater, die ihrerseits dem Beschaffungsrecht unterstellt sind, soweit die Auftraggeberinnen diese Leistungen nicht im Wettbewerb mit privaten Anbietern erbringen;“

In-house (Art. 12 Abs. 3 Bst. c E-BöB)

21. Diese Bestimmung bezieht sich auf das sogenannte In-house-Privileg. Als In-house-Geschäfte werden in der Literatur Leistungsflüsse zwischen verschiedenen Stellen innerhalb eines einzigen Rechtsträgers bezeichnet.³

22. Nicht jeder Leistungsfluss zwischen zwei Stellen desselben Rechtsträgers ist aber wettbewerbspolitisch unproblematisch.⁴ Auch hier ist auf die staatliche Wettbewerbsneutralität zu achten. Diese ist nicht mehr gewährleistet, „wenn die Stelle, welche die Leistungen erbringen soll, solche oder andere Leistungen auf dem Markt (also ohne besondere öffentliche Interessen, allein aus fiskalisch-kommerziellen Motiven heraus) anbietet und erbringt.“⁵ Andernfalls besteht die Gefahr, dass die staatliche Leistungserbringerin aus den (ohne Ausschreibung erhaltenen) öffentlichen Aufträgen einen Wettbewerbsvorteil für ihre Markttätigkeit erhält. Die Bestimmung sollte deshalb durch diesen Punkt ergänzt werden.

Antrag 3: Änderung von Art. 12 Abs. 3 Bst. c E-BöB wie folgt:

„c) bei unselbständigen Organisationseinheiten einer unterstellten Auftraggeberin, soweit sie diese Leistungen nicht im Wettbewerb mit privaten Anbietern erbringt; und“

Quasi-In-house (Art. 12 Abs. 3 Bst. d E-BöB)

23. Bezüglich des Quasi-In-house-Privilegs sollte ebenfalls darauf hingewiesen werden, dass am fraglichen öffentlichen Unternehmen keine private Beteiligung bestehen darf.⁶

24. Die im Erläuternden Bericht des EFD indirekt genannten möglichen 20 % Leistungen an Dritte (zur Präzisierung des Begriffs „im Wesentlichen“) erscheinen zudem als eher hoch, da damit eine gewichtige Teilnahme am Wettbewerb verbunden sein kann. Die WEKO regt deshalb an, diesen Prozentsatz auf 10 % zu senken bzw. das Mass der erforderlichen Leistungen für den Auftraggeber auf 90% zu erhöhen.

Antrag 4: Änderung von Art. 12 Abs. 3 Bst. d E-BöB wie folgt:

„d) bei öffentlichen Unternehmen ohne Beteiligung Privater, über die die Auftraggeberin eine Kontrolle ausübt,

die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht, soweit diese Unternehmen ihre Leistungen im Wesentlichen ausschliesslich für die Auftraggeberin erbringen.“

3.3 Bestimmung des Auftragswerts

25. Im Gegensatz zum geltenden BöB sieht der E-BöB keine Regelung mehr für die Bestimmung des Gesamtwerts bei wiederkehrenden (Dienst-)Leistungen vor, welcher schliesslich für die Orientierung des Schwellenwerts massgebend ist. Auch wird diese nicht mehr, wie noch im Revisionsentwurf, im erläuternden Bericht zu Art. 17 behandelt. Es ist eine naheliegende und wichtige Frage, welche Leistungen im Verlaufe einer Zeitspanne einem Auftrag und damit dem Auftragswert gemäss Art. 17 Abs. 1 E-BöB zuzurechnen sind. Aufgrund deren Wichtigkeit ist die Regelung zu den wiederkehrenden Aufträgen im BöB festzuschreiben.

Antrag 5: Hinzufügen eines Abs. 7 in Art. 17 E-BöB:

„7 Vergibt die Auftraggeberin mehrere gleichartige Liefer- und Dienstleistungsaufträge oder teilt sie einen Liefer- oder Dienstleistungsauftrag in mehrere gleichartige Einzelaufträge (Lose), so bilden die tatsächlichen Vergütungen der vergangenen 12 Monate oder die geschätzten Vergütungen für die 12 Monate nach dem Erstauftrag die Grundlage für die Schätzung des Auftragswerts.“

26. Le rapport explicatif (p. 32) mentionne les alinéas 3 et 4 de l'article 10 P-LMP, le texte du projet en consultation ne contient pas de 4e alinéa à l'article 10 P-LMP. La COMCO demande à ce que l'alinéa 4 de l'article 17 qui contient une règle de détermination de la procédure applicable en fonction de la valeur du marché, soit déplacé à l'article 10 P-LMP.

Antrag 6: Déplacer l'alinéa 4 de l'article 17 à l'article 10 à la suite de l'alinéa 3.

3.4 Freihändiges Verfahren

27. Art. 23 Abs. 2 Bst. b E-BöB hält fest, dass das freihändige Verfahren unabhängig vom Schwellenwert gewählt werden darf, wenn im offenen, selektiven oder Einladungsverfahren ausschliesslich Angebote eingereicht werden, die auf einer Wettbewerbsabrede beruhen. Das Bestehen einer Wettbewerbsabrede wird eine Vergabestelle jedoch in der Regel nicht innerhalb eines Vergabeverfahrens feststellen können. Deshalb muss es ausreichen, dass *hinreichende Anhaltspunkte* für eine Wettbewerbsabrede bestehen, damit eine Vergabestelle das freihändige Verfahren anwenden kann.⁷

³ MARTIN BEYELER, In-house-Vergaben, in: Aktuelles Vergaberecht 2010, Jean-Baptiste Zufferey, Hubert Stöckli (Hrsg.), Rz 7.

⁴ MARTIN BEYELER, In-house-Vergaben, in: Aktuelles Vergaberecht 2010, Jean-Baptiste Zufferey, Hubert Stöckli (Hrsg.), Rz 68 ff.

⁵ MARTIN BEYELER, In-house-Vergaben, in: Aktuelles Vergaberecht 2010, Jean-Baptiste Zufferey, Hubert Stöckli (Hrsg.), Rz 69.

⁶ Richtlinie 2014/24/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 65.

⁷ Vgl. Art. 57 §4 Bst. d Richtlinien 2014/24/UE (Fn 1), dort sind „hinreichende plausible Anhaltspunkte“ nötig; siehe auch Art. 46 Bst. I E-BöB.

Antrag 7: Änderung von Art. 23 Abs. 2 Bst. b E-BöB wie folgt:

„Es bestehen hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass ~~die werden~~ im offenen, selektiven Verfahren oder im Einladungsverfahren eingereichten ~~ausschliesslich~~ Angebote eingereicht, die auf einer Wettbewerbsabrede beruhen.“

28. La lettre c de l'article 23 al. 2 P-LMP permet de renoncer aux procédures ouverte et sélective ou sur invitation lorsqu'aucune mise en concurrence n'est possible et qu'aucune alternative n'existe. L'étendue de cette exception a été précisée dans le rapport en ce sens qu'une clause contractuelle qui limiterait la concurrence dans un marché public ne constitue pas une particularité technique (ni artistique). Le rapport mentionne l'obligation de «fournir des motifs techniques mais aussi expliquer de façon crédible et (si possible) prouver [en allemand: «belegen»] que ces motifs techniques nécessitent impérativement ce type de procédure». Ensuite, le rapport précise que «[I]es clauses contractuelles qui restreignent la concurrence dans un marché public (par ex. une clause d'architecte) ne constituent ni une particularité technique, ni une particularité artistique et ne permettent dès lors pas d'invoquer l'exception de la let. c.»

29. La formulation du nouvel article XIII par. 1 let. b rev-GPA ne laisse aucune place au doute: toute limitation de la concurrence dans le marché public ne peut provenir que d'une particularité technique ou artistique du marché ou en raison de motif relevant de la protection de la propriété intellectuelle. Si le rapport est explicite sur ce dernier aspect, ce n'est pas le cas pour ce qui concerne les particularités techniques ou artistiques du marché.

30. L'idée est qu'une clause contractuelle touchant l'un des objets nécessaires à l'accomplissement de la prestation qui limiterait la concurrence dans le marché public, respectivement constituerait un «montage» empêchant la réalisation d'un projet d'intérêt public, ne peut être admise comme une raison technique (ou artistique, ou relevant du droit de la propriété intellectuelle) de ce même marché.⁸ De telles clauses ne permettent pas de retenir une absence réelle de concurrence dans le marché à passer. Le contenu du rapport explicatif n'est pas suffisamment explicite. Il est nécessaire de revoir ou compléter le passage relevant.

Antrag 8: Compte tenu de l'importance de cette dérogation et de l'interprétation très étroite qui doit en être faite, il apparaît que la teneur du rapport explicatif n'est pas assez claire; les corrections proposées sont les suivantes (p. 47 du Rapport explicatif):

«*Let. c.* Cette condition correspond à la réglementation éprouvée actuelle. Elle est remplie lorsqu'un marché ne peut être attribué qu'à un soumissionnaire bien précis, en raison des particularités techniques ou artistiques du marché ou pour des motifs relevant de la protection de la propriété intellectuelle. C'est par exemple le cas lorsque ce soumissionnaire, faute de solutions de remplacement appropriées, est le seul capable de fournir un certain produit ou une certaine prestation de construction ou de service. Pour justifier le recours à la procédure de gré à gré, l'adjudicateur doit non seulement fournir des motifs techniques mais aussi expliquer de

façon crédible et (si possible) prouver que ces motifs (techniques, artistiques ou ressortant du droit de la propriété intellectuelle) ~~nécessitent impérativement ce type de procédure ne permettent de passer le marché en procédure ouverte ou sélective.~~ Les clauses contractuelles qui ~~ont pour effet de restreindre~~ restreignent la concurrence dans un marché public (par ex. une clause d'architecte ou d'ingénieur) ne constituent ni une particularité technique, ni une particularité artistique du marché à passer et ne permettent dès lors pas d'invoquer l'exception de la let. c. Si un soumissionnaire conteste la procédure de gré à gré devant les tribunaux, il doit prouver qu'il est disposé et en mesure d'offrir des prestations de substitution.»

31. La lettre d de l'article 23 al. 2 P-LMP permet de renoncer aux procédures ouverte et sélective lorsqu'en raison d'événements imprévisibles, l'urgence du marché est telle que, il est impossible d'appliquer une procédure ouverte ou sélective. Cette disposition découle de l'art. XV par. 1 let. c GPA (art. XIII par. 1 let. d revGPA) qui précise que le pouvoir adjudicateur ne peut avoir recours à la procédure de gré à gré qu'à la condition que cette procédure exceptionnelle «ne soit pas utilisée en vue de ramener la concurrence en deçà du maximum possible» et «pour autant que cela [soit] strictement nécessaire» (art. XV par. 1 ab initio et par. 1 let. c GPA [art. XIII par. 1 let. d revGPA). Ce dernier critère indique que le recours à la clause exceptionnelle d'urgence doit respecter le principe de la proportionnalité.

32. Dans son arrêt 2C_1131/2013 du 31 mars 2015 (destiné à la publication), le Tribunal fédéral a précisé que lorsqu'une procédure ouverte ou sélective n'est pas possible pour des questions de temps, il est indispensable de se poser la question du raccourcissement des délais (consid. 5.6). Il doit être dorénavant clair que la procédure de gré à gré ne peut être appliquée en vertu de cette clause exceptionnelle que lorsque le pouvoir adjudicateur se retrouve sans sa faute dans une situation d'urgence pour laquelle même une procédure avec des délais raccourcis ne permettrait pas d'obtenir les prestations ou les marchandises nécessaires à l'accomplissement d'une tâche de l'État. Le cas de l'arrêt du Tribunal fédéral susmentionné montre que ces éléments ne sont pas clairs pour tous les pouvoirs adjudicateurs. Ainsi est-il nécessaire de préciser plus en détail les conditions d'application de cette clause exceptionnelle dans le rapport explicatif, à savoir d'indiquer que le raccourcissement des délais doit avoir été examiné et qu'il doit être documenté.

33. Par ailleurs, l'application du principe de la proportionnalité à l'usage de cette exception implique qu'un pouvoir adjudicateur ne peut passer un marché de gré à gré qu'en tant que mesure d'urgence, c'est-à-dire que pour lui laisser le temps de passer un marché en bonne et due forme.

⁸ Cf. par exemple la critique de JACQUES DUBEY, La jurisprudence des marchés publics entre 2012 et 2014, in : Zufferey/Stöckli (édit.), *Marchés publics 2014*, Zurich 2014, p. 89 ss, p. 98 s.; dans le même ouvrage, OLIVIER RODONDI, *Les marchés de gré à gré*, p. 177 ss, p. 199 s.

Antrag 9: L'art. 23 al. 2 let. d P-LMP ainsi que le projet de rapport explicatif ad art. 23 al. 2 let. d P-LMP (p. 47) doivent être complétés de la manière suivante :

Art. 23 al. 2 let. d P-LMP:

«d. dans la mesure strictement nécessaire où, en raison d'événements ...»

Rapport explicatif :

«[...] l'urgence doit être telle que le pouvoir adjudicateur ne serait pas en mesure d'y faire face s'il procédait par le biais d'une procédure ouverte, sélective ou sur invitation, même avec délais raccourcis. Le pouvoir adjudicateur ne peut avoir recours à la procédure de gré à gré qu'à la condition que cette procédure exceptionnelle ne soit pas utilisée pour éviter la concurrence ou de manière discriminatoire et «dans la mesure où cela sera strictement nécessaire» (art. XIII par. 1 let. d GPA [2012]). Ainsi, en vertu du principe de la proportionnalité, la procédure de gré à gré ne doit pas remplacer la passation d'une marché en procédure ouverte ou sélective, mais uniquement accorder un sursis au pouvoir adjudicateur à l'acquisition (du reste) des prestations ou marchandises par une procédure ouverte ou sélective. Cela implique par exemple qu'un pouvoir adjudicateur ne peut pas passer un marché pour cinq ans par le biais d'une procédure de gré à gré au motif de l'urgence, mais uniquement pour une durée qui lui permette de passer sereinement un marché en procédure ouverte ou sélective.»

34. Pour les marchés au-dessus des seuils qui sont adjugés par le biais d'une procédure de gré à gré en vertu d'une des clauses exceptionnelles de l'art. 23 al. 2 P-LMP les motifs doivent clairement être exposés dans la décision d'adjudication qui est publiée (art. XVI par. 2 let. f revGPA). La COMCO convient de ce que la motivation puisse être sommaire, mais il doit néanmoins être possible de comprendre clairement à quelle clause exceptionnelle le pouvoir adjudicateur fait appel et en quoi les conditions en sont remplies. Par ailleurs, il est nécessaire de mentionner dans le rapport explicatif que le pouvoir adjudicateur ne peut faire usage que d'une seule exception à la fois – et non pas deux voire plusieurs motifs – pour justifier la passation d'un marché de gré à gré en application d'une des clauses exceptionnelles de l'art. 23 al. 2 P-LMP, même s'il est possible (en théorie) que les conditions de deux ou plusieurs clauses exceptionnelles soient remplies. Les dispositions concernées et les passages idoines du rapport explicatif doivent être modifiés, respectivement complétés.

Antrag 10: Modification des art. 23 al. 3 et 53 al. 3 let. d (nouvelle) P-LMP ainsi que du rapport explicatif aux pages 47 et 80 s. :

Art. 23

«...

³ Pour chaque marché de gré à gré conformément à l'al. 2, l'adjudicateur rédigera un rapport interne avec le contenu suivant:

a. ...

b. ...

c. l'indication de la clause exceptionnelle invoquée ainsi que l'explication des circonstances et des conditions justifiant le recours à la procédure de gré à gré.»

Dans le rapport explicatif (p. 47, 1er paragraphe ad art. 23 al. 2 P-LMP, *in fine*) :

«... pour des raisons imprévisibles. Comme il apparaît en principe impossible, ou à tout le moins rarissime, qu'en pratique les conditions de deux exceptions puissent être simultanément remplies, compte tenu du caractère exceptionnel de ces entorses au droit des marchés publics, il n'est admissible d'invoquer qu'une seule clause exceptionnelle de gré à gré par marché. Ainsi, le pouvoir adjudicateur devra choisir la clause exceptionnelle de gré à gré qu'il entend invoquer. En pratique, il choisira celle qui est le plus manifestement remplie respectivement celle qui est prépondérante.»

Art. 50

«...

4 Les adjudications des marchés publics soumis aux accords internationaux doivent être publiées dans un délai de 72 jours. L'avis contient les indications suivantes:

a. le type de procédure utilisé et, cas échéant, la clause exceptionnelle de l'art. 23 al. 2 ayant justifié l'utilisation d'une procédure de gré à gré».

Art. 53 (*nouvelle lettre d à l'alinéa 3*)

«³...

let. d les informations visées à l'art. 23 al. 3 let. c, lorsque l'adjudicateur a fait usage d'une clause exceptionnelle de gré à gré.»

Dans le rapport explicatif (p. 80 s., nouveau paragraphe avant l'al. 4, à la p. 81)

«...

Lorsque l'adjudicateur a fait usage d'une clause exceptionnelle de gré à gré, compte tenu de la restriction portée aux principes de la transparence, de la concurrence et de l'économicité, il doit en indiquer le motif et justifier de son application dans sa décision (art. 23 al. 3 let. c).

Al. 4

Les offres présentées dans le cadre des appels d'offres publics ...»

3.5 Bietergemeinschaften und Subunternehmer

35. Die Thematik der Bietergemeinschaften und der Subunternehmer war im Rahmen der Revision des Kartellgesetzes ein grosses Thema. Vertreter aus der Baubranche haben dabei vorgebracht, mit der KG-Revision sei ein Verbot von Bietergemeinschaften verbunden. Dies führte insbesondere zu einer Diskussion über die Auslegung des aktuellen Kartellgesetzes. Fakt ist: Bietergemeinschaften sind kartellrechtlich nicht verboten, sondern grundsätzlich zulässig (Jahresbericht WEKO 2013, RPW 2014/1, S. 5 f.).

36. Bietergemeinschaften und Subunternehmer sind kartellrechtlich nach denselben Vorgaben zu prüfen, wie alle anderen Verhaltensweisen auch. Sie fördern den

Wettbewerb in vielen Fällen, da Submissionsteilnehmer ohne die Möglichkeiten der Bietergemeinschaft und des Subunternehmertums unter Umständen gar keine Offerten einreichen könnten. Bietergemeinschaft und Subunternehmertum sind und sollen deshalb grundsätzlich erlaubt sein (wie es in Art. 35 Abs. 1 E-BöB vorgesehen ist). Zielen diese aber darauf ab, den Wettbewerb zu behindern, ist eine nähere Prüfung angezeigt. Dieses Grundkonzept sollte auch aus dem E-BöB und seinen Erläuterungen hervorgehen.

37. Bedenklich können insbesondere Bietergemeinschaften und Vereinbarungen zwischen Auftragnehmern und Subunternehmern dann sein, wenn sie getroffen wurden, um zusätzliche Offerten zu verhindern. Reicht beispielsweise ein Unternehmen eine Offerte ein, welche es mit Hilfe eines Subunternehmers zu erfüllen gedenkt, und vereinbart mit diesem Subunternehmer, dass der Subunternehmer keine eigene Offerte einreichen wird, obwohl er dazu in der Lage wäre, entgeht dem Auftraggeber eine zusätzliche Offerte. Damit würde der Wettbewerb gehemmt.

38. Bietergemeinschaften sollten daher gegenüber dem Auftraggeber offengelegt werden. Dies schafft Transparenz und ermöglicht es dem Auftraggeber zu reagieren und sich beispielsweise von einer Bietergemeinschaft über die Gründe für die Kooperation informieren zu lassen (z.B. wenn die beiden grössten Konkurrenten zusammen offerieren, obwohl beide ohne Weiteres in der Lage zu sein scheinen, selbst eine Offerte einzureichen). Ebenso sollte ein Zuschlagsempfänger nach Erteilung des Zuschlags dem Auftraggeber offenlegen, welche Subunternehmer – zumindest solche mit einer Beteiligung von mindestens 10 % an der Auftragssumme – für welche Leistungen an der Erbringung des Auftrags beteiligt sind.

Antrag 11: Ergänzung von Art. 35 Abs. 1 E-BöB wie folgt:

„Bietergemeinschaften und Subunternehmer sind zugelassen. Bietergemeinschaften müssen im Angebot gegenüber dem Auftraggeber offen gelegt werden. Der Zuschlagsempfänger muss die Beteiligung von Subunternehmern [eventualiter: mit einer Beteiligung von 10 % an der Auftragssumme] an der Ausführung des Auftrags gegenüber dem Auftraggeber offenlegen, sobald er Klarheit über die Beteiligung der Subunternehmer hat.“

3.6 Sanktionen

39. Gemäss Art. 46 Bst. I E-BöB kann der Auftraggeber einen Anbieter von einem Vergabeverfahren ausschliessen, aus einem Verzeichnis streichen oder einen bereits erteilten Zuschlag widerrufen, wenn Wettbewerbsabreden getroffen wurden, die eine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Im Sanktionskatalog nach Art. 47 Abs. 1 E-BöB, der eine Verwarnung einen Ausschluss für künftige Verfahren vorsieht, ist dieser Tatbestand allerdings nicht enthalten. Die WEKO regt an, diesen Katalog um Art. 46 Bst. I zu ergänzen.

Antrag 12: Ergänzung von Art. 47 Abs. 1 E-BöB wie folgt:

„Der Auftraggeber oder die nach gesetzlicher Anordnung zuständige Behörde kann den Anbieter, der selber oder durch seine Organe in schwerwiegender Weise einen oder mehrere der Tatbestände von Artikel 46 Buchstabe d, g, h, I und q erfüllt, verwarnen oder von künftigen Aufträgen der jeweiligen Auftraggeberin für die Dauer von bis zu fünf Jahren ausschliessen.“

40. Weiter sollen gemäss Art. 47 Abs. 2 E-BöB Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 46 Bst. I E-BöB vom Auftraggeber der Wettbewerbskommission mitgeteilt werden. Demgegenüber gilt gemäss aktuellem Recht bereits bei *Verdacht* von Wettbewerbsabreden eine Meldepflicht (Art. 33 Org-VöB). Wie bereits in Abschnitt 26 ausgeführt, ist generell davon auszugehen, dass ein Auftraggeber resp. eine Beschaffungsstelle gar nicht in der Lage ist, ohne vorgängige Untersuchung und Sanktionsverfügung der Wettbewerbskommission eine Widerhandlung gegen Art. 46 Bst. I E-BöB nachzuweisen. Es sollte daher – wie im erläuternden Bericht dargelegt – bereits bei hinreichenden Anhaltspunkten für eine Kollusion zwischen den Anbietern eine Anzeigepflicht bei den Wettbewerbsbehörden bestehen. Entsprechend ist Art. 47 Abs. 2 E-BöB breiter zu fassen. Die folgenden Änderungen in Antrag 13 basieren auf den angezeigten Änderungen in Antrag 7 und 12.

Antrag 13: Änderung von Art. 47 Abs. 2 E-BöB wie folgt:

„Diese Sanktionsmöglichkeiten gelten unbeschadet weiterer rechtlicher Schritte gegen die fehlbare Anbieterin oder ihre Organe. ~~Widerhandlungen gemäss Artikel 46 Absatz 1 Buchstabe I teilt die Auftraggeberin der Wettbewerbskommission mit. Die Auftraggeberin teilt der Wettbewerbskommission mit, wenn sie den freien Wettbewerb in ihrem Beschaffungsbereich für behindert hält, wenn sie aufgrund von Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe b eine freihändige Vergabe durchführt, wenn sie aufgrund von Artikel 45 Absatz 1 Buchstabe e ein Vergabeverfahren abbricht, wenn sie aufgrund von Artikel 46 Buchstabe I eine Anbieterin ausschliesst, aus einem Verzeichnis streicht oder einen Zuschlag widerruft, oder wenn sie eine Anbieterin aufgrund von Artikel 47 Absatz 1 wegen Widerhandlungen gemäss Artikel 46 Buchstabe I sanktioniert.~~“

3.7 Aufbewahrung von Unterlagen

41. Die WEKO und ihr Sekretariat werden immer wieder – gerade von öffentlichen Auftraggebern – mit Hinweisen und Verdachtsmomenten zu möglichen Abreden im Beschaffungswesen bedient, deren Nachweis aber regelmässig mit Schwierigkeiten verbunden ist. Statistische Auswertungen der Ausschreibungsunterlagen ermöglichen es, Indizien für Submissionsabreden zu erlangen. Eine solche Auswertung setzt voraus, dass zumindest die Offertöffnungsprotokolle von mehreren Jahren erhältlich sind. Entsprechend ist die Aufbewahrungspflicht – es reicht die elektronische Erfassung – der Offertöffnungsprotokolle auf (mindestens) zehn Jahre anzusetzen und der WEKO ein Zugangsrecht einzuräumen. Entsprechend ist Artikel 51 zu ergänzen.

Antrag 14: Änderung von Art. 51 Abs. 2 E-BöB und Ergänzung eines Abs. 3 wie folgt:

„² Zu den aufzubewahrenden Unterlagen gehören:

- a) und b) [...]
 e) ~~das Offertöffnungsprotokoll~~
 d) bis i) [...].“

„³ Soweit keine weitergehenden Bestimmungen bestehen, bewahrt der Auftraggeber die Offertöffnungsprotokolle für die Dauer von mindestens zehn Jahren ab Zuschlag, in elektronischer oder Papierform auf. Die Wettbewerbskommission erhält auf Anfrage Zugang zu diesen Offertöffnungsprotokollen.“

42. Les articles 55 et 56 AP-OMP prévoient les modalités de recours pour les marchés dont la valeur n'atteint pas les seuils internationaux. En particulier, ils indiquent qu'un juge unique est saisi du recours après paiement d'une avance de 5'000 CHF ; qu'il doit tenter la conciliation et à défaut rendre sa décision en ne communiquant que le dispositif. À compter de la notification du dispositif, la partie insatisfaite de la décision peut exiger dans les 10 jours une motivation – *sommaire* – de la décision et ce, après avoir payé une seconde avance de 5'000 CHF.

43. De telles modalités de recours ne garantissent pas une protection juridictionnelle effective voire elles confinent, pour ainsi dire, à l'arbitraire. Elles impliquent par exemple qu'un juge unique tranchera un recours relatif à un marché de construction de 8 mio. CHF après paiement d'une avance de 5'000 CHF, en rendant un simple dispositif sans aucune motivation, ou uniquement avec une motivation sommaire pour autant que le recourant paie 5'000 CHF supplémentaires.

44. La COMCO considère que les marchés publics, même en deçà des seuils prévus par les accords internationaux, doivent bénéficier d'une voie de droit effective, à même de générer de la jurisprudence aussi pour ces marchés d'importance plus faible, sans devoir en outre payer 5'000.- pour obtenir une motivation. L'autorité de recours reste libre de revoir le montant des frais judiciaires à la hausse lorsque la motivation aura amené à un dépassement de l'avance de frais.

Antrag 15: Modification de l'article 56 AP-OMP comme suit (alternatives):

Art. 56 Décision sur recours

¹ Le juge unique communique sa décision aux parties par l'intermédiaire du dispositif lors de l'audience d'instruction ou par notification du dispositif.

² Chaque partie peut, dans un délai de dix jours à compter de la notification de la décision, exiger que celle-ci soit motivée ~~sommairement~~ sur les points attaqués. ~~Dans ce même délai, la partie requérante doit verser une avance de frais supplémentaire de 5000 francs.~~

Formulation alternative: ² [...]. Dans ce même délai, la partie requérant la motivation peut se voir demander le paiement d'une avance de frais supplémentaire s'il est à prévoir que la motivation amènera à un dépassement de la première avance de frais.

[...]