

B 2.8	<b>5. Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 1. Dezember 2014 zur Revision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) / Prise de position de la Commission de la concurrence du 1<sup>er</sup> décembre 2014 sur la révision de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP)</b>
-------	--

## 1 Ausgangslage

1. Am 22. September 2014 hat das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) die Vernehmlassung zur Komplettrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) eröffnet und die Wettbewerbskommission (WEKO) dazu eingeladen, eine Stellungnahme einzureichen.

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. Die WEKO hat bereits zu den Revisionsentwürfen der IVöB von 1998 und von 2000 Empfehlungen abgegeben.<sup>1</sup>

3. Die Revision der IVöB betrifft sowohl das Binnenmarktgesetz als auch das Kartellgesetz und ist darüber hinaus von grosser wettbewerbspolitischer Bedeutung. Die vorliegende Stellungnahme der WEKO richtet sich an das InöB und behandelt die generellen wettbewerbspolitischen Aspekte des Entwurfs vom 18. September 2014 für eine revidierte IVöB (E-IVöB). Zum Systemwechsel im Bereich BGBM, der mit den beschaffungsrechtlichen Revisionsentwürfen des Bundes (VE-BöB) und der Kantone (E-IVöB) verbunden ist, und der die Rechtsschutzgarantie nach Art. 9 BGBM für Konkordatskantone aufheben würde, äussert sich die WEKO zusätzlich in einer separaten Empfehlung zuhanden des Bundesrates und des InöB.

## 2 Stellungnahme

4. Der Aufbau der vorliegenden Stellungnahme folgt der Reihenfolge der Bestimmungen des E-IVöB.

### 2.1 Ausnahmen

5. Art. 11 E-IVöB sieht einen Katalog von Leistungen vor, die vom Geltungsbereich der künftigen IVöB ausgenommen sind. Gemäss dem erläuternden Bericht zum E-IVöB (S. 19) handelt es sich beim Katalog nach Art. 11 E-IVöB nicht um eine abschliessende Aufzählung. Diese Aussage widerspricht dem erläuternden Bericht des EFD zur Änderung des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (S. 16), in welchem von einer „abschliessenden Aufzählung“ die Rede ist. Es liegt somit eine Diskrepanz zwischen der Deutung des BöB und der Deutung der IVöB vor, welche dem Harmonisierungsziel

der Revision der Schweizer Beschaffungsnormen widerspricht. Die Aufzählung in Art. 11 E-IVöB muss abschliessend sein. Denn zur Erreichung der Zwecke gemäss Art. 1 E-IVöB sollten grundsätzlich alle staatlichen Leistungsbezüge der IVöB unterstehen. Dieses Ziel wäre gefährdet, wenn die öffentlichen Auftraggeber selbst und ohne Vorgabe von Kriterien Ausnahmen vom Anwendungsbereich der IVöB beschliessen könnten.

6. Zu den einzelnen Ausnahmetatbeständen drängen sich folgende Bemerkungen auf:

### Art. 11 Abs. 3 Bst. b – d E-IVöB (In-state, In-house, Quasi-in-house)

7. 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.

8. 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-Richtlinie<sup>2</sup> geregelt wurden.

### In-state (Art. 11 Abs. 3 Bst. b E-IVöB)

9. In-state-Vergaben (in der EU werden diese öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit genannt) sind Vergaben, die zwischen öffentlichen Einrichtungen getätigt werden, ohne dass der Auftraggeber über den Leistungserbringer eine Kontrolle ausübt (diese fehlende Kontrolle stellt den wesentlichen Unterschied zu den nachfolgend behandelten In-house und Quasi-in-house-Vergaben dar).

10. Die Vorgaben des GPA 2012 zur In-state-Vergabe sind nicht sehr restriktiv: Gemäss Annex 7 zum GPA

<sup>1</sup> Empfehlung vom 17. April 2000 betreffend Entwurf für eine Revision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, RPW 2000/2 270 ff.; Recommendation du 6 juillet 1998 concernant le projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), DPC 1998/2 329 ff.

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.

11. In der EU sind In-state-Direktvergaben gemäss der Praxis des EuGH nur unter sehr strengen Voraussetzungen zulässig (EuGH, Urteil v. 13.6.2013 – C-386/11 „Piepenbrock“). Demnach ist das Vergaberecht nur dann nicht anwendbar, wenn die öffentlichen Stellen eine Zusammenarbeit bei der Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe vereinbaren (EuGH, Urteil vom 19.12.2012 - C-159/11 „Lecce“). Eine Ausschreibungspflicht besteht danach nicht,

- sofern solche Verträge ausschliesslich zwischen öffentlichen Einrichtungen ohne Beteiligung Privater geschlossen werden,
- das Ziel der Zusammenarbeit die Erbringung einer gemeinsamen öffentlichen Dienstleistung zugunsten dieser öffentlichen Einrichtungen ist,
- kein privater Anbieter besser gestellt wird als seine Wettbewerber und
- die Zusammenarbeit ausschliesslich durch Ziele des öffentlichen Interesses bestimmt wird.

12. In Bezug auf das GPA 2012: Art. 11 Abs. 3 Bst. b E-IVöB ist strenger formuliert, als es das GPA 2012 verlangt, weil er zur Vorgabe, wonach die leistungserbringende Einrichtung selbst ein öffentlicher Auftraggeber sein muss (d.h. dem Beschaffungsrecht unterstellt), zusätzlich verlangt, dass diese leistungserbringende Einrichtung nicht in den Markt eintreten darf.

13. Die WEKO unterstützt diese zusätzliche Einschränkung. Allerdings kann die gewählte Formulierung zu Verwirrungen führen, da Unklarheit darüber entstehen könnte, wer mit dem Begriff des „Auftraggebers“ jeweils gemeint ist. In beiden Fällen muss der Anbieter der fraglichen Beschaffung (Leistungserbringer) gemeint sein. Sollte dies nicht der Fall sein, ginge die Bestimmung sehr weit und würde einen zu grossen Spielraum für die vergaberechtsfreie Instate-Direktvergabe von Aufträgen öffnen. Aus wettbewerblicher Sicht ist von Bedeutung, dass viele subjektiv unterstellte Auftraggeber selber gleichzeitig als Anbieter am Markt und im Wettbewerb zu Dritten tätig sind (z. B. BKW, Industrielle Werke usw.). Es bestünde die Gefahr, dass subjektiv unterstellte Auftraggeber aus direkt vergebenen öffentlichen Aufträgen in ihrem Absatzmarkt einen Wettbewerbsvorteil gegenüber ihrer Konkurrenten erhalten.

14. Entscheidend ist entgegen der möglichen Interpretation des V-IVöB aus wettbewerblicher Sicht deshalb nicht, ob der Auftraggeber im Wettbewerb steht, sondern vielmehr, ob der Anbieter/Leistungserbringer, der den Auftrag ohne Ausschreibung erhält, einen Wettbewerbsvorteil aus solchen Direktvergaben gegenüber seinen Konkurrenten ziehen kann. Wir schlagen deshalb eine Änderung der Formulierung in Abs. 3 Bst. b vor.

15. 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, muss zudem eine solche private Beteiligung ausgeschlossen werden.

16. Ausserdem weisen wir darauf hin, dass der in Bst. b verwendete Begriff des „Wettbewerbs“ zu unnötigen Interpretationen Anlass geben könnte. Damit ist aus unserer Sicht nicht der sogenannte „*make or buy*“ Entscheid gemeint.<sup>3</sup> Es geht vielmehr um die Frage, ob der Staat im Wettbewerb als Wettbewerber auftritt. Dies sollte klargestellt werden, indem dem Leistungserbringer untersagt wird, seine Leistungen auch auf dem Markt zu erbringen.

17. In Bezug auf das EU-Recht: Art. 11 Abs. 3 Bst. b E-IVöB weniger streng formuliert, als das EU-Recht, weil er die restriktiven Vorgaben der EU-Rechtsprechung an das öffentliche Interesse der Zusammenarbeit (kritisch, wenn dieselben Leistungen auch auf dem Markt erhältlich sind), an die Definition der Zusammenarbeit (liegt nicht vor, wenn ein Beteiligter nur den Preis bezahlt und selbst keine Tätigkeiten übernimmt) und an die Gemeinsamkeit der öffentlichen Dienstleistung (öffentlicher Auftraggeber und öffentlicher Leistungserbringer müssen zwingend dieselbe öffentliche Aufgabe wahrnehmen) nicht übernimmt. Diese Voraussetzungen sind allerdings gestützt auf Einzelfälle zustande gekommen und scheinen sich noch in Entwicklung zu befinden, weshalb es als verfrüht erscheint, schon heute darauf abzustellen.

**Antrag 1:** Änderung von Art. 11 Abs. 3 Bst. b E-IVöB wie folgt:

„b) von anderen, rechtlich selbständigen Auftraggebern ohne Beteiligung Privater, die ihrerseits dem Beschaffungsrecht unterstellt sind, und soweit die Auftraggeberin sie diese Leistungen nicht im Wettbewerb mit privaten Anbietern auch auf dem Markt erbringen;“

#### **In-house (Art. 11 Abs. 3 Bst. c E-IVöB)**

18. 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.<sup>4</sup>

19. Nicht jeder Leistungsfluss zwischen zwei Stellen desselben Rechtsträgers ist aber wettbewerbspolitisch unproblematisch.<sup>5</sup> Auch hier ist auf die 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.“<sup>6</sup> Die Bestimmung sollte deshalb durch diesen Punkt ergänzt werden. Auch hier gilt das zuvor zu Antrag 1 Gesagte zum Verständnis des Begriffs „Wettbewerb“.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Diese Form von Wettbewerb wird in der Literatur auch als „Systemkonkurrenz“ bezeichnet (Martin Beyeler, In-house-Vergaben, in: Aktuelles Vergaberecht 2010, Jean-Baptiste Zufferey, Hubert Stöckli (Hrsg.), Rz 49).

<sup>4</sup> MARTIN BEYELER, In-house-Vergaben, in: Aktuelles Vergaberecht 2010, Jean-Baptiste Zufferey, Hubert Stöckli (Hrsg.), Rz 7.

<sup>5</sup> MARTIN BEYELER, In-house-Vergaben, in: Aktuelles Vergaberecht 2010, Jean-Baptiste Zufferey, Hubert Stöckli (Hrsg.), Rz 68 ff.

<sup>6</sup> MARTIN BEYELER, In-house-Vergaben, in: Aktuelles Vergaberecht 2010, Jean-Baptiste Zufferey, Hubert Stöckli (Hrsg.), Rz 69.

**Antrag 2:** Änderung von Art. 11 Abs. 3 Bst. c E-IVöB wie folgt:

„c) von unselbständigen Organisationseinheiten eines unterstellten Auftraggebers, soweit der Leistungserbringer diese Leistungen nicht auch auf dem Markt erbringt; und“

### Quasi-In-house (Art. 11 Abs. 3 Bst. d E-IVöB)

20. Bezüglich des Quasi-In-house-Privilegs sollte ebenfalls darauf hingewiesen werden, dass am fraglichen öffentlichen Unternehmen keine private Beteiligung bestehen darf.<sup>7</sup>

21. Die im Erläuternden Bericht des EFD indirekt genannten möglichen 20 % Leistungen an andere Auftraggeber (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 3:** Änderung von Art. 11 Abs. 3 Bst. d E-IVöB wie folgt:

„d) von öffentlichen Unternehmen ohne Beteiligung Privater, über die der Auftraggeber eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über seine eigenen Dienststellen entspricht, soweit diese Unternehmen ihre Leistungen im Wesentlichen für den Auftraggeber erbringen.“

## 2.2 Bestimmung des Auftragswerts

22. In Art. 16 E-IVöB wird keine Regelung für die Bestimmung des Gesamtwerts bei wiederkehrenden (Dienst-)Leistungen vorgesehen, welcher schliesslich für die Orientierung des Schwellenwerts massgebend ist. Im erläuternden Bericht zu Art. 16 Abs. 6 wird hingegen die vorgesehene Berechnung des Auftragswerts bei wiederkehrenden Aufträgen behandelt. Diese klärt die naheliegende und wichtige Frage, welche Leistungen im Verlaufe einer Zeitspanne einem Auftrag und damit dem Auftragswert gemäss Art. 16 Abs. 1 E-IVöB zuzurechnen sind. Aufgrund deren Wichtigkeit ist die Regelung zu den wiederkehrenden Aufträgen nicht nur im erläuternden Bericht, sondern auch in der IVöB festzuschreiben.

**Antrag 4:** Hinzufügen eines Abs. 7 in Art. 16 E-IVöB:

„<sup>7</sup> 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.“

## 2.3 Freihändiges Verfahren

23. Art. 21 Abs. 2 Bst. b E-IVöB 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.

**Antrag 5:** Änderung von Art. 21 Abs. 2 Bst. b E-IVöB 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.“

24. La lettre c de l'article 21 al. 2 E-IVöB permet, au-dessus des seuils applicables, de renoncer aux procédures ouverte et sélective lorsqu'aucune mise en concurrence n'est possible et qu'aucune alternative n'existe. L'étendue de cette exception doit être 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). Ainsi, une clause d'architecte par exemple, sur un ou plusieurs biens-fonds nécessaires à la réalisation d'un projet d'un pouvoir adjudicateur ne remplit pas les conditions de cette exception. La formulation du nouvel article XIII par. 1 let. b revGPA précise à cet égard les exigences et ne laisse en principe ainsi plus la place au doute. Une clause contractuelle qui limiterait la concurrence dans un marché public ne saurait constituer une raison technique (ni artistique ou relevant du droit de la propriété intellectuelle) qui induit une absence de concurrence dans le marché à passer.

**Antrag 6:** Le projet de rapport explicatif est muet en ce qui concerne l'art. 21 al. 2 let. c E-IVöB (p. 26). Compte tenu de l'importance de cette dérogation et de l'interprétation très étroite qu'il doit en être fait, un paragraphe doit être ajouté dans la partie du rapport qui concerne la disposition mentionnée ci-avant (en troisième position); la teneur est la suivante :

«L'article 21 al. 2 let. c E-IVöB prévoit une exception qui permet, au-dessus des seuils applicables, de renoncer aux procédures ouvertes ou sélectives lorsqu'aucune mise en concurrence n'est possible et qu'aucune alternative n'existe. Or, comme les clauses contractuelles qui restreignent la concurrence dans un marché publique (par ex. une clause d'architecte, d'ingénieur ou similaire) ne constituent ni une particularité technique, ni une particularité artistique du marché (et encore moins un motif relevant du droit de la propriété intellectuelle), elles ne sauraient en aucun cas justifier le recours à cette exception.»

<sup>7</sup> 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.

25. La lettre d de l'article 21 al. 2 E-IVöB permet, au-dessus des seuils applicables, de renoncer aux procédures ouverte et sélective lorsqu'en raison d'événements imprévisibles, l'urgence du marché est telle que, même en raccourcissant les délais raccourcis minimaux, il est impossible d'appliquer une procédure ouverte ou sélective, même avec des délais raccourcis. Selon l'article art. XV par. 1 let. c GPA (art. XIII par. 1 let. d revGPA), l'application de la clause exceptionnelle d'urgence nécessite la réunion des conditions suivantes: la survenance d'un événement imprévisible; cet événement imprévisible est à l'origine d'une situation d'extrême urgence; l'urgence ne doit pas être due au fait du pouvoir adjudicateur, par exemple par son imprévoyance, ni résulter de la planification qu'il s'est fixée; 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; 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 in 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. Il doit être dorénavant clair que seule la procédure de gré à gré peut être appliquée en vertu de cette clause exceptionnelle. La pratique enseigne que ces éléments ne sont pas clairs pour tous les pouvoirs adjudicateurs. Ainsi est-il nécessaire de préciser expressément dans le rapport explicatif les conditions d'application de cette clause exceptionnelle.

**Antrag 7:** Le projet de rapport explicatif ad art. 21 al. 2 doit être complété par un paragraphe (en quatrième position, en suite du paragraphe à ajouter au titre de la recommandation 7) relatif à la lettre d de cette disposition; la teneur est la suivante :

«L'application de la clause exceptionnelle d'urgence de la let. d nécessite la réunion des conditions suivantes: la survenance d'un événement imprévisible; cet événement imprévisible est à l'origine d'une situation d'extrême urgence; l'urgence ne doit pas être due au fait du pouvoir adjudicateur, par exemple par son imprévoyance, ni résulter de la planification qu'il s'est fixée; 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, seule la procédure de gré à gré doit être envisageable dans le cadre de cette exception.»

26. Weiter muss bei Aufträgen über den Schwellenwerten, die aus Ausnahmegründen gemäss Art. 21 Abs. 2 freihändig vergeben werden dürfen, der Rechtsschutz gewährleistet sein. Dies bedingt, dass sowohl der Zuschlag als auch der Bericht nach Art. 21 Abs. 3 veröffentlicht werden.

**Antrag 8:** Änderung von Art. 21 Abs. 3 E-IVöB wie folgt:

„Der Auftraggeber erstellt über jeden nach Massgabe von Absatz 2 vergebenen Auftrag einen ~~internen~~ Bericht mit folgendem Inhalt:

- [...]
- [...]
- [...]
- Der Bericht nach Massgabe von Absatz 3 wird zusammen mit dem Zuschlag gemäss Artikel 48 veröffentlicht.“

#### 2.4 Bietergemeinschaften und Subunternehmer

27. Das Thema 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.).

28. 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. 33 Abs. 1 E-IVöB vorgesehen ist). Zielen diese aber darauf ab, den Wettbewerb zu behindern, ist eine nähere Prüfung angezeigt. Dieses Grundkonzept sollte auch aus dem E-IVöB und seinen Erläuterungen hervorgehen.

29. Bedenklich können Bietergemeinschaften und Vereinbarungen zwischen Auftragnehmern und Subunternehmern jedoch 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 eigenen Offerte einreichen wird, obwohl er dazu in der Lage wäre, entgeht dem Auftraggeber eine zusätzliche Offerte. Damit würde der Wettbewerb gehemmt.

30. 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 9: Ergänzung von Art. 33 Abs. 1 E-IVöB 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.“

## 2.5 Sanktionen

31. Gemäss Art. 44 Bst. I 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. 45, der eine Verwarnung, einen Ausschluss für künftige Verfahren oder eine Busse vorsieht, ist dieser Tatbestand allerdings nicht enthalten. Die WEKO regt an, diesen Katalog um Art. 44 Bst. I zu ergänzen.

Antrag 10: Ergänzung von Art. 45 Abs. 1 E-IVöB 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 44 Buchstabe d, g, ~~und h~~, und l erfüllt, verwarnen, von künftigen Aufträgen für die Dauer von bis zu fünf Jahren ausschliessen, oder ihm eine Busse von bis zu zehn Prozent der bereinigten Angebotssumme auferlegen.“

32. Weiter sollen gemäss Art. 45 Abs. 2 Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 44 Bst. I vom Auftraggeber der Wettbewerbskommission mitgeteilt werden. Demgegenüber gilt für Bundesbeschaffungsstellen bereits bei *Verdacht* von Wettbewerbsabreden eine Meldepflicht (Art. 33 Org-VöB). Generell ist 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. 44 Bst. I nachzuweisen. Es sollte daher – wie im erläuternden Bericht dargelegt – bereits bei hinreichenden Anhaltspunkten für eine Kollusion zwischen den Anbietern eine Anzeigepflicht bestehen. Entsprechend ist Art. 45 Abs. 2 breiter zu fassen.

Antrag 11: Änderung von Art. 45 Abs. 2 E-IVöB wie folgt:

„Diese Sanktionsmöglichkeiten gelten unbeschadet weiterer rechtlicher Schritte gegen den fehlbaren Anbieter oder seine Organe. Widerhandlungen gemäss Artikel 44 Absatz 1 Buchstabe l teilt der Auftraggeber der Wettbewerbskommission mit. Der Auftraggeber teilt der Wettbewerbskommission mit, wenn er den freien Wettbewerb in seinem Beschaffungsbereich für behindert hält, wenn er wegen abgestimmten Angeboten eine freihändige Vergabe durchführt (Artikel 21 Abs. 2 Bst. b), ein Verga-

beverfahren abbricht (Artikel 43 Abs. 1 Bst. e), Anbieter ausschliesst, aus einem Verzeichnis streicht oder einen Zuschlag widerruft (Artikel 44 Bst. l), oder wenn er Anbieter wegen Widerhandlungen gemäss Artikel 44 Bst. l sanktioniert.“

## 2.6 Aufbewahrung von Unterlagen

33. 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.

Antrag 12: Änderung von Art. 49 Abs. 2 E-IVöB und Ergänzung eines Abs. 3 wie folgt:

„<sup>2</sup> Zu den aufzubewahrenden Unterlagen gehören:

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

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

## 2.7 Beschwerderecht der WEKO

34. Der E-IVöB sieht vor, dass das Behördenbeschwerderecht in die IVöB übernommen und als Variantenentscheid entweder weiterhin der WEKO oder neu dem InöB zukommen soll (Art. 52 Abs. 3 E-IVöB). Gemäss Vernehmlassungsbericht habe das Beschwerderecht der WEKO gestützt auf Art. 9 Abs. 2bis BGBM „keine grosse Bedeutung erlangt“ und solle aufgehoben werden (S. 51). Die WEKO teilt diese Auffassung nicht. Der erläuternde Bericht führt denn auch an keiner Stelle aus, aus welchen Gründen die Aufhebung der WEKO-Aufsichtsinstrumente im Bereich der kantonalen und kommunalen Beschaffung angezeigt sein soll.

35. Gestützt auf die WEKO-Empfehlung ebenfalls vom 1. Dezember 2014 zuhanden des Bundesrates und des InöB spricht sich die WEKO für die Beibehaltung des Beschwerderechts auf Bundesgesetzesebene aus.

Antrag 13: Streichung von Art. 52 Abs. 3 E-IVöB.