



SVöB Schweizerische Vereinigung für
öffentliches Beschaffungswesen
ASMP Association suisse
des marchés publics
ASAP Associazione Svizzera per gli
appalti pubblici

Mitgliederversammlung 2021

ARGE – im Grundsatz kartellrechtlich zulässig und im Zweifelsfall vergaberechtlich sanktionsbedroht?

Marquard Christen, CMS von Erlach Partners AG, Partner
Frank Stüssi, Sekretariat WEKO, Stellvertretender Direktor

Bern, 17. September 2021

Übersicht

1. ARGE
2. Kartellrechtliche Sicht
3. Beschaffungsrechtliche Sicht
4. Schnittstellen Beschaffungs- und Kartellrecht
5. Fazit – Thesen



Übersicht

1. ARGE

2. Kartellrechtliche Sicht
3. Beschaffungsrechtliche Sicht
4. Schnittstellen Beschaffungs- und Kartellrecht
5. Fazit – Thesen

ARGE

- Vertraglicher «Zusammenschluss» von natürlichen und/oder juristischen Personen zur gemeinsamen Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks
- Kooperation zwischen zwei oder mehr unabhängigen Unternehmen zur gemeinsamen Ausführung eines (Bau-)Projektes
- Regelmässig einfache Gesellschaften i.S.v. Art. 530 ff. OR
- Regelmässig auf eine beschränkte Dauer und ein Projekt angelegt
- Zwischen Ausschreibung und Zuschlagserteilung häufig als BIEGE bezeichnet

Prämisse

- ARGE sind betriebswirtschaftlich sinnvoll:
 - Zuschlagsentscheid der Beschaffungsstelle orientiert sich am vorteilhaftesten Angebot mit bestem Preis-Leistungsverhältnis
 - Unternehmen möchten Aufträge erhalten – stehen Unternehmen in Konkurrenz, müssen sie zu bestem Preis-Leistungsverhältnis anbieten

Wettbewerb im Vergabe- und Kartellrecht

– Vergaberecht:

- Wettbewerb als Mittel um **wirtschaftlichen und nachhaltigen Einsatz öffentlicher Mittel** und **Gleichbehandlung** zu erreichen
- **Förderung** des wirksamen, fairen **Wettbewerbs** unter den Anbieterinnen, insbesondere durch Massnahmen gegen unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption

– Kartellrecht:

- **Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen** (durch bspw. unzulässige Abreden unter Unternehmen) zur **Förderung von Wettbewerb** im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung

Übersicht

1. ARGE

2. Kartellrechtliche Sicht

3. Beschaffungsrechtliche Sicht

4. Schnittstellen Beschaffungs- und Kartellrecht

5. Fazit – Thesen

Rückblick

- Botschaft vom 22.2.12 zu Teilrevision KG mit Teilkartellverbot
- Parlamentarische Beratungen (inkl. Fact Sheet zu ARGE)
- Kartellrechtliche Untersuchungen zu Submissionsabreden
- Gaba-Rechtsprechung des BGer
- WEKO im Jahresbericht 2013 zu ARGE
- Publikationen von Behördenvertretern zu ARGE

Art. 4 KG (Begriffe)

¹ Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare **Vereinbarungen** sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen **von Unternehmen** *gleicher oder verschiedener Marktstufen*, die eine **Wettbewerbsbeschränkung bezwecken** oder **bewirken**.



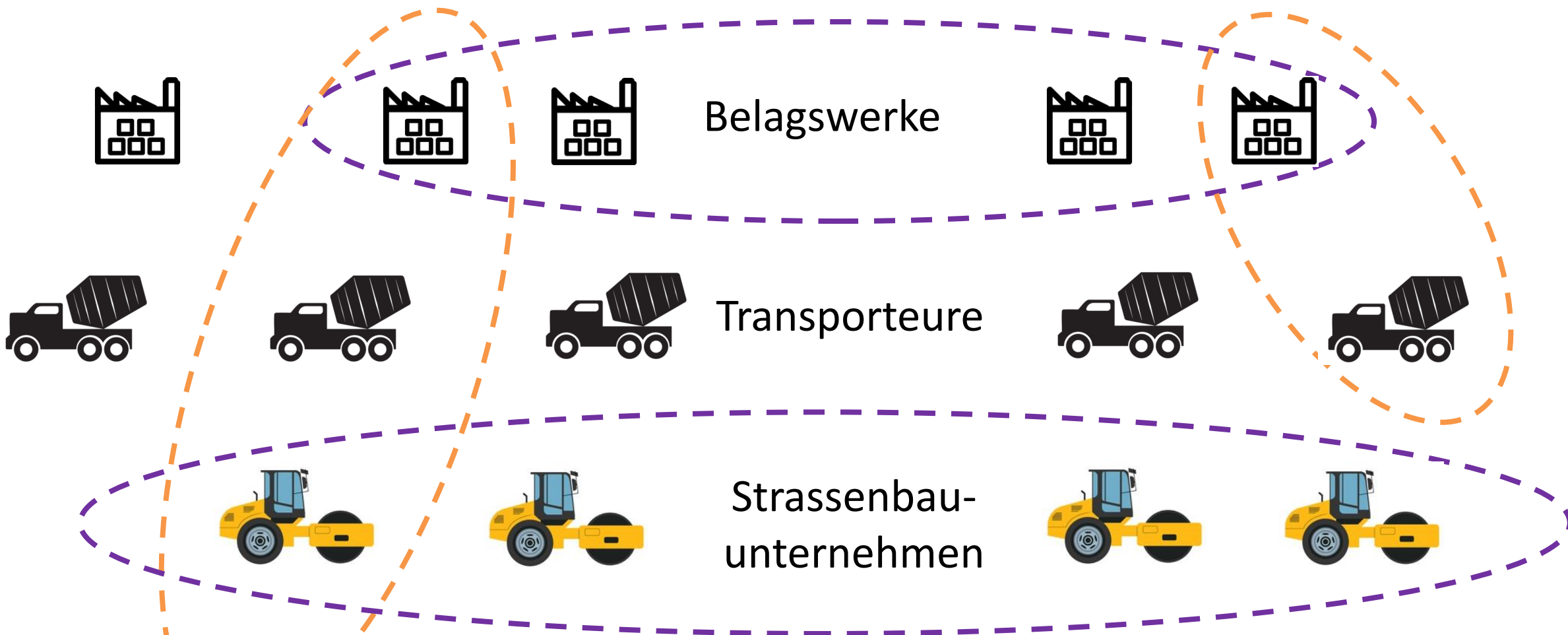


SVöB
ASMP
ASAP

Schweizerische Vereinigung für
öffentliches Beschaffungswesen
Association suisse
des marchés publics
Associazione Svizzera per gli
appalti pubblici

vertikale Abreden

(Preisbindungen, Gebietsschutz)



horizontale Abreden

(Preise, Mengen, Gebiete)

Vielfältige Gründe für ARGE

- Beschaffungsprojekt erfordert Spezialitäten, die Unternehmen erst dank ARGE-Bildung aufweisen
- Unternehmen verfügen allein nicht über genügend Ressourcen (Personal, Maschinen)
- ARGE dient der Erfüllung der Eignungskriterien
- ARGE erlaubt die Erfüllung finanzieller Garantien
- ARGE erlaubt es, ein Kapazitätsrisiko oder ein anderes Risiko zu tragen
- ARGE dient der Kapazitäts- und Risikooptimierung
- ARGE erlaubt ein wirtschaftlicheres, effizienteres Angebot

Objektive und subjektive Gründe

- Nicht nur «objektive» Gründe zählen bei der Frage, ob eine kartellrechtliche Abrede vorliegt
- Die subjektive Sicht der Unternehmen fliesst in die kartellrechtliche Beurteilung ein:
 - Zweckmässiges und kaufmännisch vernünftiges Handeln im Grundsatz wettbewerbsfördernd oder zumindest wettbewerbsneutral – den Unternehmen ist ein Beurteilungsspielraum zuzugestehen
 - Plausibilität und unternehmerisches Ermessen: von Vorteil, wenn im Zweifelsfall die subjektive Unternehmerentscheidung zur ARGE-Bildung aufgrund objektiver Faktoren nachvollzogen werden kann

Keine Wettbewerbsabreden

- Projektweise gebildete ARGE sind in der Regel keine Wettbewerbsabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG (Bezwecken und Bewirken liegt *nicht* vor):
 - Oft fördern ARGE den Wettbewerb, indem sie Unternehmen erst ermöglichen, für ein bestimmtes Projekt zu offerieren und dieses durchzuführen
 - Anzahl Angebote erhöht sich dank ARGE oder bleibt gleich
 - Eine weitergehende Prüfung unter Art. 5 KG erübrigt sich dadurch
- ARGE standen und stehen deshalb nicht im Fokus der WEKO

Kartellrechtlich problematische ARGE

- ARGE hemmt den Wettbewerb (z.B. Einbindung von Konkurrenten)
- ARGE-Gespräche dienen dem Austausch von sensiblen Informationen (Abklärung von Interesse an Beschaffungsobjekten)
- ARGE dient als Deckmantel für ein Kartell
 - ARGE stellen kartellrechtliche Wettbewerbsabreden dar (Bezwecken und Bewirken liegt vor)

Art. 5 KG (Unzulässige Wettbewerbsabreden)

Für ARGE, die eine Wettbewerbsabrede darstellen, gilt:

¹ Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen **erheblich beeinträchtigen** und sich nicht durch **Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen** lassen, sowie Abreden, die zur **Beseitigung wirksamen Wettbewerbs** führen, sind unzulässig.

Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung bei **horizontalen Abreden** über Preise, Mengen und Gebiete und **vertikale Abreden** über Mindest- und Festpreise sowie das Verbot von Passivverkäufen (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG).

→ Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 sind sanktionsbedroht

Praxis der WEKO

- Untersuchung Elektroninstallationsbetriebe Bern (2009; RPW 2009/3, S. 196 ff.)
- Untersuchung Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau (2011; RPW 2012/2, S. 207 ff.)
- Untersuchung Strassen- und Tiefbau Kanton Zürich (2013; RPW 2013/4, S. 524 ff.)
- Vorabklärung Dauer-ARGE Graubünden (2020; RPW 2021/1, S. 90 ff.)



Spezialfall: projektübergreifende, dauerhafte ARGE

- Übliche Gründe für ARGE kommen pro Beschaffung zum Tragen
- Reduziert die gemeinsame ARGE die Anzahl eingereichter Angebote über alle Beschaffungen hinweg betrachtet, beschränkt eine Dauer-ARGE in der Regel den Wettbewerb und eine Wettbewerbsrede liegt vor
- Bei offenkundiger Verbesserung der Angebote (Angebote sind dank ARGE vorteilhafter) liegt trotz nomineller Reduktion der Anzahl Angebote keine Wettbewerbsabrede vor
- In die Beurteilung fließen u.a. ein: wiederholte, alleinige Ausführung trotz gemeinsamen Angebots, vergaberechtliche Vorgaben, Marktverhältnisse



Faustregel und internationale Praxis

- Faustregeln:
 - Ist eine ARGE wettbewerbsfördernd, liegt keine kartellrechtliche Wettbewerbsabrede vor
 - Hätten die Unternehmen auch ohne ARGE offeriert und reduziert die ARGE-Bildung damit die Anzahl Offerten ohne offenkundige Verbesserung des Angebots, liegt eine kartellrechtliche Abrede vor, deren kartellrechtliche Zulässigkeit zu prüfen ist
- Internationale Praxis eher strenger als die WEKO-Praxis; teilweise wird verlangt, dass ohne ARGE-Bildung keine Offerte möglich gewesen wäre

Zwischenfazit Stüssi

- ARGE im Grundsatz keine kartellrechtliche Abrede, ergo zulässig (kein Bezwecken oder Bewirken)
- Falls ARGE kartellrechtliche Abreden darstellen,
 - sind sie im Grundsatz erheblich (wesensgemäss enthalten sie preisliche Vereinbarungen)
 - womit sich die Frage von Effizienzgründen (wirtschaftlichen Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG) stellt
 - bestehen keine Effizienzgründe, drohen Sanktionen
- *Im Zweifel sind ARGE aus kartellrechtlicher Sicht zulässig*



Im Grundsatz kartellrechtlich zulässig, aber ...

- ARGE sind insbesondere in folgenden Konstellationen näher zu prüfen
 - ARGE-Partner könnten/würden auch alleine offerieren (**Reduktion** der Anzahl **Offerten**)
 - ARGE wird **regelmässig mit demselben Partner über eine grössere Anzahl Objekte** gebildet
 - Als ARGE akquiriertes Projekt wird **nicht als ARGE ausgeführt**
 - potentieller ARGE Partner ist der **einzigste (oder stärkste) Konkurrent**
 - ARGE mit **mehr als zwei** unabhängigen Unternehmen
 - **"stille"** ARGE
 - ARGE dient einer **nicht offensichtlichen Risikooptimierung**



Zulässige Risikooptimierung

- Unternehmen könnte auch allein offerieren, wird dies aber nicht tun, weil das Risiko zu hoch ist (bspw. potentieller Kapazitätsengpass, nicht vertretbares finanzielles Risiko)
- "wirtschaftlich zweckmässig und kaufmännisch vernünftig, von einem eigenständigen Angebot abzusehen" (Vorabklärung Dauer-ARGE Graubünden, Rz. 125)
- WEKO räumt Unternehmen Entscheidungsspielraum ein (Business Judgement Rule)
 - begrüssenswert
 - aber dennoch mit Unsicherheiten verbunden

Konstellation "ARGE reduziert die Anzahl Offerten"

- Dennoch zulässig, falls:
 - Angebot ist "**offensichtlich wirtschaftlich besser ('vorteilhafter')**": keine Wettbewerbsbeschränkung (Art. 4 Abs. 1 KG)
 - Angebot ist wirtschaftlich besser, dies ist aber "**nicht geradezu offensichtlich**": erhebliche Wettbewerbsbeschränkung (Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG), aber allenfalls aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt (Art. 5 Abs. 2 KG)

(vgl. Vorabklärung Dauer-ARGE Graubünden, Rz. 195)

Zwischenfazit RA Christen

- Empfehlung zur Risikominimierung:
 - Dokumentation der Gründe für die ARGE (immer)
 - Evtl. Erstellung von glaubhaften und nachvollziehbaren Einzelofferten zu Vergleichszwecken
- Achtung: Vorabklärung Sekretariat WEKO bindet WEKO nicht
- Mit der Unsicherheit, ob eine ARGE zulässig ist, ist ein kartell- und vergaberechtliches Sanktionsrisiko verbunden



Übersicht

1. ARGE
2. Kartellrechtliche Sicht
- 3. Beschaffungsrechtliche Sicht**
4. Schnittstellen Beschaffungs- und Kartellrecht
5. Fazit – Thesen

ARGE im Beschaffungsrecht

- Art. 31 BöB/IVöB und KBOB-Merkblatt
- ARGE sind bei öffentlichen Beschaffungen **grundsätzlich zugelassen**
- ARGE können «ausnahmsweise» beschränkt oder ausgeschlossen werden
- ARGE sind **offenzulegen**
- **Mehrfachbewerbungen** nur möglich, wenn ausdrücklich zugelassen
- **Charakteristische Leistung** ist grundsätzlich durch ARGE zu erbringen



Ausschluss von ARGE

- Ausnahmsweise, aber Ermessen der Vergabestelle
- Begründungspflicht, aber Anspruch auf ARGE/BIEGE ist nicht justiziabel
- Gründe für einen Ausschluss (vgl. auch KBOB-Merkblatt)
 - "übermässiger Koordinationsaufwand" oder "unnötige Transaktionskosten"
 - Haftung?
 - Wettbewerb?
 - Zulässigkeit im Einladungsverfahren



Zulassung von Mehrfachbewerbungen

- Mehrfachbewerbungen sind aus Sicht des Kartellrechts ein zweischneidiges Schwert
 - Ermöglichung einer grösseren Anzahl von Angeboten
 - Kollusionsgefahr
- Kollusionsgefahr per se in der Regel aber kein Grund für den Ausschluss von Mehrfachbewerbungen
- Möglichkeiten, um negative Auswirkungen eines Verbots auszugleichen
 - Subunternehmer zulassen (bzw. nicht ausschliessen)
 - Lose bilden (Achtung: kann Wettbewerb senken)

Übersicht

1. ARGE
2. Kartellrechtliche Sicht
3. Beschaffungsrechtliche Sicht
- 4. Schnittstellen Beschaffungs- und Kartellrecht**
5. Fazit – Thesen

1. Das vorteilhaftere Angebot am Beispiel der Nachhaltigkeit

Zwei Unternehmen könnten und würden im Rahmen einer Ausschreibung auch je alleine offerieren, bieten aber als ARGE an. Als ARGE können sie ein nachhaltigeres Angebot abgeben, das preislich aber höher liegt. Insgesamt ist das ARGE-Angebot gemessen an den Zuschlagskriterien vorteilhafter.

Ist die ARGE kartellrechtlich zulässig?



1. Nachhaltigkeit als Wettbewerbsparameter?

- Förderung von Nachhaltigkeit: ein eigenständiger Zweck im Vergabe-, aber nicht im Kartellrecht
- Berücksichtigung von Nachhaltigkeit im Kartellrecht ist in Diskussion (Schutz wirksamer Wettbewerb)
- These: ARGE zwecks Abgabe eines nachhaltigeren und insgesamt vergaberechtlich vorteilhafteren Angebots müsste kartellrechtlich zulässig sein, wenn Nachhaltigkeit ein Zuschlagskriterium ist



2. Vergaberechtliche Folgen unzulässiger Abreden

- Art. 43 Abs. 1 lit. e und 44 Abs. 2 lit. b BöB/IVöB:
 - Abbruch, Ausschluss, aus Verzeichnis streichen, Widerruf des Zuschlags
 - bei "hinreichenden Anhaltspunkten"
- Art. 45 Abs. 1 BöB/IVöB: Ausschluss von künftigen Aufträgen (oder Busse)
 - Zusätzliches Erfordernis: "in schwerwiegender Weise"
 - Beweismass? Hinreichende Anhaltspunkte ausreichend?
 - Ausweitung über Art. 44 Abs. 1 lit. j (oder h) auf andere Vergabestellen?
- Anzeigepflicht der Beschaffungsstellen an die WEKO (Art. 45 Abs. 2)



2. Vergaberechtliche Folgen unzulässiger Abreden

- Vor allem Art. 45 Abs. 1 kann je nach Auslegung und bei strikter Handhabung zu stossenden Ergebnissen führen
- Einschränkungsmöglichkeiten
 - Kann-Vorschrift
 - Qualifizierung in Art. 45 Abs. 1: "in schwerwiegender Weise"
 - Verhältnismässigkeit
- Position RA Christen: Sanktionierung bei "hinreichenden Anhaltspunkten" wäre rechtsstaatlich bedenklich
- Position Stüssi: Über Sanktionierung bei hinreichenden Anhaltspunkten ist zurückhaltend, verhältnismässig und situationsbedingt zu entscheiden



Übersicht

1. ARGE
2. Kartellrechtliche Sicht
3. Beschaffungsrechtliche Sicht
4. Schnittstellen Beschaffungs- und Kartellrecht

5. Fazit – Thesen

Fazit Stüssi

- ARGE fördern den Wettbewerb und stellen deshalb grundsätzlich keine Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellrechts dar
- ARGE stehen nicht im Fokus der WEKO
- Dokumentation der ARGE-Gründe sinnvoll, wenn Unternehmen öfters ARGE bilden und ARGE allenfalls «heikel» sind
- ARGE sollten in Beschaffungsverfahren grundsätzlich zugelassen werden
- Bestehen hinreichenden Anhaltspunkte, dass eine ARGE kartellrechtlich problematisch ist, drohen beschaffungs- und kartellrechtliche Folgen: ein Randphänomen
- Art. 45 BöB und IVöB verhältnismässig anwenden

Fazit RA Christen

- Im Grundsatz kartellrechtlich zulässig und im Zweifelsfall vergaberechtlich sanktionsbedroht?
- Appell an die Vergabestellen und Gerichte:
 - verhältnismässiger Umgang mit den vergabe- (und kartell-)rechtlichen Sanktionsmöglichkeiten
 - Ausschluss von ARGE sollte die grosse Ausnahme und einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich sein
 - Zulassung Subunternehmer und (allenfalls) Losbildung als Kompensation für Ausschluss ARGE oder Mehrfachbewerbungen
- Empfehlung an Unternehmen: ARGE-Checklisten



SVöB Schweizerische Vereinigung für
öffentliches Beschaffungswesen
ASMP Association suisse
des marchés publics
ASAP Associazione Svizzera per gli
appalti pubblici



Kontakt



Marquard Christen, LL.M., MAS

Partner | Rechtsanwalt
CMS Zürich

E marquard.christen@cms-vep.com

T +41 44 285 11 11



Sekretariat der Wettbewerbskommission

Frank Stüssi, stellvertretender Direktor

Hallwylstrasse 4, 3003 Bern

E frank.stuessi@weko.admin.ch

T +41 58 462 20 40