

## Aufsätze

# Submissionsabreden erkennen und verhindern

Silvia Grätz, Dr. oec., wissenschaftliche Mitarbeiterin, Sekretariat der Wettbewerbskommission<sup>[1]</sup>

Frank Stüssi, lic. rer. pol., Vizedirektor, Sekretariat der Wettbewerbskommission, Leiter Dienst Bau

*Submissionsabreden verhindern einen wirksamen Qualitäts- und Preiswettbewerb und damit eine wirtschaftlich optimale Beschaffung von Gütern, Dienstleistungen und Bauten. SILVIA GRÄTZ und FRANK STÜSSI zeigen auf, dass Beschaffungsstellen Submissionsabreden entgegenwirken können, indem sie die Hinweise für Submissionsabreden kennen und ihre Beschaffungen entsprechend vorbereiten und ausgestalten. Die Wettbewerbskommission unterstützt die Beschaffungsstellen dabei als Ansprechstation, ausbildende und verfolgende Behörde.*

*Les cartels de soumission empêchent une concurrence efficace dans le rapport qualité-prix et par conséquent une acquisition économique optimale des fournitures, services et ouvrages. SILVIA GRÄTZ et FRANK STÜSSI montrent que les pouvoirs adjudicateurs peuvent lutter contre les cartels de soumission, en connaissant les indices de leur existence et en configurant leurs appels d'offres en conséquence. La commission de concurrence soutient les pouvoirs adjudicateurs en tant que partenaire de discussion, autorité de formation et de poursuite.*

## I. Submissionsabreden sind schädlich

Wirksamer Wettbewerb ermöglicht, Güter, Dienstleistungen und Bauten zum wirtschaftlich günstigsten Preis-Leistungsverhältnis zu beschaffen und damit den optimalen Einsatz öffentlicher Mittel. Eine Umfrage der Beschaffungskommission des Bundes (BKB) aus dem Jahre 2004<sup>[2]</sup> sowie jüngere Entscheide der Wettbewerbskommission (WEKO)<sup>[3]</sup> belegen jedoch, dass Unternehmen wiederholt Submissionsabreden treffen. Das heisst, Unternehmen vereinbaren vor der Zuschlagserteilung durch die Beschaffungsstellen, welches Unternehmen bei welcher

Submission zu welchem Preis den Zuschlag erhalten soll. Jenes Unternehmen, das den Zuschlag gemäss Abrede erhalten soll, reicht das günstigste Angebot und die übrigen Unternehmen entsprechend schlechtere oder gar keine Angebote ein.

Submissionsabreden kosten die schweizerische Volkswirtschaft, die öffentliche Hand und die Steuerzahlerinnen und Steuerzahler:<sup>[4]</sup> Sie schwächen oder eliminieren den Wettbewerb zwischen Anbieterinnen, begünstigen die Aufrechterhaltung ineffizienter Marktstrukturen, führen zu geringeren Effizienz- und Innovationsanreizen und zu überhöhten Preisen. Gemäss Kartellgesetz (KG)<sup>[5]</sup> sind Submissionsabreden unzulässig.

Die Erfahrungen der WEKO und ausländischer Wettbewerbsbehörden zeigen aber, dass Submissionsabreden vermieden werden können und ein intakter Wettbewerb zwischen den Unternehmen gefördert werden kann: Die Beschaffungsstellen kennen die *Hinweise für Submissionsabreden* (Abschnitt II) und wirken ihnen durch entsprechende *Vorbereitung und Ausgestaltung der Beschaffungen* entgegen (Abschnitt III).

## II. Hinweise für Submissionsabreden

Kartellanten wenden oftmals dieselben Strategien an, um Submissionsabreden zu treffen. Beispielsweise teilten sich im WEKO-Fall Tunnelreinigung<sup>[6]</sup> drei Unternehmen mittels Abreden über mehrere Jahre hinweg systematisch Tunnelreinigungsaufträge zu, indem sie ihre Offerten so ausgestalteten, dass *jedes Mal ein anderes Unternehmen* den Zuschlag erhielt (Rotation). Zwischen dem *siegreichen* Angebot und den *unterlegenen Angeboten* lag eine *deutliche Preisdifferenz*. Weiter wiesen einzelne Offerten verschiedener Anbieterinnen *dieselben Rechenfehler* auf. Der zeitliche Vergleich von Offerten zeigte ergänzend, dass der aktuell offerierte *Preis* derselben Anbieterin *deutlich* über früheren Angeboten lag. Diese Preiserhöhungen waren nicht mit Kostensteigerungen der Anbieterin erklärbar.

Im Entscheid Strassenbeläge Tessin stellte die WEKO fest, dass 17 von insgesamt 18 Anbieterinnen von Strassenbelägen über Jahre hinweg Submissionsabreden trafen. Auffällig war u.a., dass die offerierten Preise für Strassenbelagsarbeiten *regelmässig über dem Kostenvoranschlag* der Beschaffungsstelle sowie deutlich *über den Preisen in anderen Kantonen* lagen. Auch waren die Preisdifferenzen zwischen den jeweils *siegreichen* und *unterlegenen* Angeboten deutlich grösser als jene innerhalb der unterlegenen Angebote.

In den beiden WEKO-Entscheiden Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich und Kanton Aargau *fielen die Preise* von regelmässig offerierenden Anbieterinnen genau dann, sobald ein neuer oder nur *unregelmässig offerierender Mitbewerber* an einer Ausschreibung teilnahm.

Diese WEKO-Entscheide und die internationale Erfahrung<sup>[7]</sup> zeigen, dass Submissionsabreden erkennbar sind. Gewisse Muster in der Angebotsausgestaltung und im Anbieterverhalten bilden Hinweise für Abreden. Solche *Hinweise für Submissionsabreden* sind zum Beispiel dann gegeben, wenn

- häufig dieselben Anbieterinnen an Ausschreibungen teilnehmen und abwechselnd das wirtschaftlich günstigste Angebot einreichen;
- immer wieder dieselbe Anbieterin das wirtschaftlich günstigste Angebot bei Ausschreibungen a) in einer bestimmten Region, b) von einer bestimmten Beschaffungs-

- stelle oder c) ab einem bestimmten Auftragswert einreicht;
- deutliche Preisdifferenzen zwischen dem wirtschaftlich günstigsten und den übrigen Angeboten bestehen und die Preisspannen zwischen den unterlegenen Angeboten relativ klein sind;
- sich die Angebote verschiedener Anbieterinnen optisch ähneln, z.B. aufgrund derselben Tipp- und Kalkulationsfehler, der gleichen Form oder Schrift;
- die Angebote plötzliche oder identische Preiserhöhungen aufweisen, wie z.B. durch überhöhte oder gleiche Pauschal- und Einheitspreise;
- die Anbieterinnen dieselben oder nicht nachvollziehbare Kostensteigerungen geltend machen, z.B. wenn lokale Anbieterinnen höhere Transportkosten für Leistungen vor Ort ausweisen als ihre ortsfremden Mitbewerber;
- die Angebote wesentlich höher sind als in der Vergangenheit oder deutlich über dem Kostenvoranschlag liegen;
- die offerierten Preise fallen, sobald ein neuer Marktteilnehmer an Ausschreibungen teilnimmt.

Aber, nicht jede der aufgeführten Auffälligkeiten muss auf einer Submissionsabrede beruhen. Unterschiedliche und hohe Preise können etwa aus einer unterschiedlichen Einschätzung der voraussichtlichen Kosten resultieren. Daher reichen Verdachtsmomente aus einzelnen Vergaben oftmals alleine nicht aus, um auf Submissionsabreden zu schliessen. Mehrere Hinweise und Verdachtsmomente verschiedener Beschaffungsstellen zusammengenommen können sich jedoch zu einem hinreichenden Verdacht verdichten. Deshalb sind der *Austausch innerhalb und mit anderen Beschaffungsstellen* sowie mit der WEKO wertvoll.

Die WEKO dient als *Anlaufstelle* bei Verdachtsmomenten. Sie kann Beschaffungsstellen einfach und schnell beraten. Bedienen Beschaffungsstellen die WEKO mit Hinweisen, tragen sie zur Aufdeckung von Submissionskartellen bei und schrecken damit gleichzeitig vor zukünftigen Submissionsabreden ab.<sup>[8]</sup> Es ist deshalb – auch im Zweifelsfall – immer sinnvoll, die WEKO zu kontaktieren. Die Beschaffungsstellen können anonym bleiben. Das Beschaffungsverfahren bleibt von einem allfälligen Kartellrechtsverfahren losgelöst.

### **III. Verhinderung von Submissionsabreden**

Submissionsabreden lassen sich nicht nur erkennen, sondern durch gute Vorbereitung der Ausschreibungen abwenden. In einem ersten Schritt sollten sich die Beschaffungsstellen dazu das *Wissen über die betroffenen Beschaffungsmärkte* aneignen. In einem zweiten Schritt sollte dieses Wissen bei der *Anwendung des Beschaffungsrechts einfließen*. Entsprechend wird das

Risiko für Abreden reduziert. Wichtig bleibt dabei ebenfalls der Austausch von *Erfahrungen* und *Anhaltspunkten* innerhalb von und mit anderen Beschaffungsstellen.

## A Marktkenntnisse aufbauen

Kenntnisse über zu beschaffende Güter, Dienstleistungen und Bauten, die aktuellen Anbieterinnen sowie über Markteigenschaften helfen nicht nur, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erhalten, sondern auch, Submissionsabreden zu vermeiden. Diese Kenntnisse erlauben es den Beschaffungsstellen, das Risiko von Submissionsabreden einzuschätzen und ihre Beschaffungen den Märkten und dem Abspracherisiko entsprechend auszustalten. Folglich sollten sich Beschaffungsstellen laufend über Märkte informieren und den Austausch mit anderen Beschaffungsstellen pflegen. Namentlich sind folgende *Kenntnisse* wichtig:

1. 1. Das *Preis-Leistungs-Verhältnis* der zu beschaffenden,
  1. a) ähnlichen und alternativen,
  2. b) aktuellen und potenziellen *Güter, Dienstleistungen und Bauten*
  3. c) aus angestammten und anderen geografischen Gebieten (Kantone, evtl. Ausland).
2. Die *Anzahl Anbieterinnen, inbegriffen* mögliche und tatsächliche *Markteintritte und -austritte*.
2. 3. *Marktinformationen*, wie Innovationen, Lebenszyklen oder Entwicklungen.
3. 4. *Statistiken* (inkl. Erfahrungen) über frühere *Beschaffungen* und solche anderer Beschaffungsstellen (inner- oder ausserkantonal).

Je nach Markteigenschaften besteht ein geringeres oder höheres Risiko für Submissionsabreden. Namentlich zeigen folgende Faktoren auf, ob in Beschaffungsmärkten ein *erhöhtes Risiko für Submissionsabreden* besteht:<sup>[9]</sup>

- Die Anzahl von Unternehmen ist gering (hoher Konzentrationsgrad).
- Die Beschaffungen finden regelmässig statt (z.B. immer Anfang Jahr oder gleichmässig über das Jahr verteilt) und es nehmen häufig dieselben Anbieter teil.
- Gewisse jährliche Beschaffungsvolumina sind konstant und vorhersehbar.
- Die Beschaffungen betreffen standardisierte oder verhältnismässig einfache Güter, Dienstleistungen und Bauten.
- In den Märkten besteht wenig technologischer Fortschritt.
- Es finden nur wenig oder keine Markteintritte statt.
- Unternehmen treffen sich regelmäßig in Berufs- und Branchenverbänden oder nutzen ähnliche Plattformen, die einen regelmässigen (Interessens-)Austausch ermöglichen.
- Es bestehen enge Verflechtungen zwischen Unternehmen (etwa in Form von Beteiligungen).

Je höher das Risiko von Submissionsabreden ist, desto wichtiger ist es, über Märkte und Marktteilnehmer gut informiert zu sein und diese Marktkenntnisse mit dem Beschaffungsrecht zu kombinieren.

## B Marktkenntnisse und Beschaffungsrecht kombinieren

Damit eine Beteiligung leistungs- und wettbewerbsfähiger Anbieterinnen garantiert und die Risiken von Abreden minimiert werden, sollten die erlangten Kenntnisse bei der Ausgestaltung der Ausschreibung einfließen. Dies lässt sich anhand des erwähnten *Tunnelreinigungsentscheides* der WEKO illustrieren:

1. 1. Die Ausführungszeitpunkte der Tunnelreinigungen konzentrierten sich im Untersuchungszeitraum der WEKO in diversen Gebietskörperschaften auf die gleichen und auf enge Zeitintervalle. Damit sank die Anzahl möglicher Anbieterinnen je Gebietseinheit. Folglich sind sich *überschneidende Ausführungszeitpunkte* zu vermeiden, etwa indem diese über das Jahr verteilt und mit anderen Gebietskörperschaften koordiniert werden.
2. 2. In mehreren Gebietskörperschaften stellte die WEKO eine gewisse Konzentration der Vergaben an lokal resp. ortsansässige sowie die Vergabe an immer dieselben Anbieterinnen fest. Damit erhöhte sich das Risiko für Absprachen markant und die ohnehin geringe Anzahl Unternehmen wurde pro Vergabe sehr klein gehalten. Von solchen *Bevorzugungen* ist abzusehen. Zudem kann die Anzahl Anbieterinnen dadurch erhöht und das Abspracherisiko minimiert werden, indem die *Auswahl* der zur Offertstellung *eingeladenen Unternehmen variiert* sowie *ortsfremde Anbieterinnen* eingeladen werden. Weiter empfiehlt es sich, auch bei freihändigen Vergaben Offerten *mehrerer Anbieterinnen* einzuholen bzw. bei Beschaffungen im unterschwelligen Bereich *zumindest ein Einladungsverfahren* durchführen.

Durch Beachtung verschiedener *Grundsätze* lässt sich wirksamer Wettbewerb zwischen Anbieterinnen ermöglichen und das Abspracherisiko reduzieren. Gemäss *internationaler Erfahrung* sowie jener der *WEKO*<sup>[10]</sup> ist bzw. sind insbesondere:

- ein genügend breites Spektrum an Anbieterinnen zu ermöglichen, insbesondere indem die Güter- und Dienstleistungseigenschaften nicht zu einschränkend festgelegt werden;
- Vorzugsbehandlungen für Anbieterinnen zu vermeiden;
- künstliche Marktzutrittsschranken aufgrund
  - 1.a) unverhältnismässiger Eignungs- und Zuschlagskriterien oder
  - 2.b) unverhältnismässiger Gewichtung der Zuschlagskriterien zu verhindern;
 zu vermeiden, dass die Namen der Anbieterinnen vor dem Zuschlagsentscheid (etwa infolge gemeinsamer Begehungen) bekannt werden;
- die Offenlegung von ARGE-Teilnehmenden bei Offertabgabe zu verlangen;
- Anbieterinnen zur Abgabe von schriftlichen Compliance-Erklärungen anzuhalten sowie auf (beschaffungs- und kartellrechtliche) Konsequenzen bei der Beteiligung an Submissionsabreden hinzuweisen;
- Erfahrungen im Zusammenhang mit Submissionsabreden zu dokumentieren und (intern sowie an die WEKO) weiterzugeben;

- Informationen über Beschaffungen, wie die Anzahl und Höhe der eingereichten Angebote, sowie die Zuschlagsempfänger systematisch zu erfassen.

Diese Auflistung ist nicht abschliessend. Verschiedene Leitfäden und Checklisten enthalten weitere Grundsätze, die einen wirksamen Wettbewerb garantieren können.<sup>[11]</sup>

## IV. Fazit

Submissionsabreden sind schädlich, jedoch erkenn- und abwendbar. Durch geeignete Vorbereitung und Sensibilisierung können Beschaffungsstellen Submissionsabreden erkennen und verhindern. Dazu stehen den Beschaffungsstellen verschiedene Leitfäden und Checklisten zur Verfügung (z.B. OECD-Leitfaden und Checkliste des Sekretariats der WEKO). Die WEKO unterstützt die Beschaffungsstellen als Ansprechstation, ausbildende und verfolgende Behörde.

<sup>1</sup> Die Äusserungen der Autorin und des Autors binden die Wettbewerbskommission und deren Sekretariat nicht.

<sup>2</sup> BKB und KBOB, Das geltende Vergaberecht aus Sicht der Praxis, S. 40, Bern 2004.

<sup>3</sup> Entscheide vom 19.11.2007 über *Strassenbeläge Tessin* (RPW 2008/1, S. 85 ff.), vom 6.7.2009 über *Elektroinstallationsbetriebe Bern* (RPW 2009/3, S. 196 ff.), vom 16.12.2011 über Wettbewerbsabreden im *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* (RPW 2012/2, S. 270 ff.), vom 22.4.2013 über Wettbewerbsabreden im *Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* (RPW 2013/4, S. 524 ff.) und vom 23.2.2015 über *Tunnelreinigung* (RPW 2015/2, S.193 ff.).

<sup>4</sup> Vgl. FRANK STÜSSI, Submissionsabreden im Fokus der Wettbewerbsbehörden, BR/DC 4/2013, S. 176–179.

<sup>5</sup> Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>6</sup> Für die nachfolgend genannten WEKO-Entscheide vgl. Fn. 3.

<sup>7</sup> Vgl. z.B. Sekretariat der WEKO, Checkliste «Indizien für Submissionsabsprachen», RPW 2006/2, S. 414 f.; OECD, Leitfaden zur Bekämpfung von Angebotsabsprachen im öffentlichen Beschaffungswesen, 2009; Bundeskartellamt, Wie erkennt man unzulässige Submissionsabsprachen?, 2014; Competition Authority TCA, The Detection and Prevention of Collusive Tendering, 2009.

<sup>8</sup> Gemäss Art. 33 Org-VöB (SR 172.056.15) besteht eine Meldepflicht.

<sup>9</sup> Siehe etwa OECD-Leitfaden (vgl. Fn. 7).

<sup>10</sup> Vgl. Fn. 7.

<sup>11</sup> Vgl. Fn. 7.