



Kriterium

Information zur Submissionspraxis

Nr. 47, April 2020

Submissionsabreden

Proaktive Erkennung und Verhinderung durch Beschaffungsstellen



Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO) hat im Herbst 2019 zwei Informationsveranstaltungen zu Submissionsabreden und zum Binnenmarktgesetz (BGBM) in der Baudirektion des Kantons Zürich (BD) durchgeführt. Neben einer kurzen Einführung ins Wettbewerbsrecht sowie der Vorstellung der WEKO und deren Tätigkeitsgebiete legten die anwesenden Referenten den Fokus der Informationsveranstaltungen primär auf die frühzeitige Erkennung von Submissionsabreden unter Zuhilfenahme geeigneter Massnahmen und Vorkehrungen durch die Beschaffungsstellen.

I. Submissionsabreden

Submissionsabreden (sog. wettbewerbsbeschränkende Absprachen hinsichtlich einer Angebotsabgabe) liegen vor, wenn Unternehmen, welche eigentlich im gegenseitigen Wettbewerb stehen sollten, im Rahmen einer Ausschreibung eines Vergabeverfahrens untereinander Abreden treffen, um beispielsweise die Angebotspreise in die Höhe zu treiben oder die Qualität der ausgeschriebenen Waren bzw. Dienstleistungen zu senken. In einem wettbewerbslich organisierten Verfahren können niedrigere Preise, bessere Qualität und Innovationen nur dann

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Kurz vor der Fertigstellung der vorliegenden Ausgabe des KRITERIUM beschloss der Bundesrat die Massnahmen zur Bekämpfung des Corona Virus, mit dem das öffentliche Leben, die Wirtschaft und der Handel schweizweit eingeschränkt wurden. Aus diesem Grund gehen wir in einem Kasten-text kurz auf mögliche Auswirkungen in beschaffungsrechtlicher Hinsicht ein.

Illegale Preisabsprachen, Whistleblower, Baukartell, Weko Bussen in Millionenhöhe, Rundschau, Medien, Parlamentarische Untersuchungskommission (PUK), all das fällt einem ein, wenn es um den Fall des Bündner Baukartells geht, der im April 2018 durch das online Magazin Republik erstmals publiziert wurde.

Im Bündner Baukartell haben sich gemäss Weko zwischen 2004 und 2012 13 Unternehmen abgesprochen. Systematisch wurden Offerten aufgeteilt und Preise abgesprochen. Die vorliegende Ausgabe des KRITERIUM befasst sich deshalb mit der Frage, mit welchen Massnahmen und Vorkehrungen Submissionsabreden erkannt und möglichst verhindert werden können.

Weiter enthält die Ausgabe eine Zusammenfassung eines Verwaltungsgerichtsentscheids zur Frage, ob und wie die Entsorgung von Alttextilien ausgeschrieben werden muss.

Tragen Sie Sorge zu sich und bleiben Sie gesund!

Für das Redaktionsteam

Petra Luchsinger

erzielt werden, wenn die am Verfahren teilnehmenden Unternehmen tatsächlich im Wettbewerb stehen.

II. Formen von Submissionsabreden

Submissionsabreden können allerlei Formen annehmen, wobei alle zum Ziel haben, die Beschaffungsstellen daran zu hindern, die Leistungen mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis zu beschaffen. Anbietende sprechen sich oft im Voraus darüber ab, wer das jeweilige «Gewinnerangebot» vorlegt, das den Zuschlag im Vergabeverfahren erhalten soll. Erklärtes Ziel einer Submissionsabrede ist primär, den Preis des Angebots und damit den Betrag, den die Anbietenden erhalten, in die Höhe zu treiben. Submissionsabreden enthalten oft bestimmte Mechanismen zur Auf- und Zuteilung des zusätzlichen Gewinns, welcher durch die Absprache erzielt wird. Anbietende, welche sich dazu bereit erklären, kein Angebot oder Scheinangebote abzugeben, können dadurch von der Aufteilung des Gewinns profitieren oder in der Folge vom Zuschlagsempfänger als Subunternehmer eingesetzt werden. Unabhängig davon, dass Anbietende auf unterschiedlichste Art und Weise Absprachen treffen können, basieren Submissionsabreden in der Regel oft auf den nachfolgenden Strategien:

1. Angebotsausschaltung

Einer oder mehrere Anbietende erklären sich im Rahmen einer Ausschreibung dazu bereit, auf die Abgabe eines Angebots zu verzichten oder ein – vor der Abrede – bereits eingereichtes Angebot wieder zurückzuziehen.

2. Angebotswechsel

Sämtliche an der Abrede beteiligten Anbietenden nehmen an einer Ausschreibung teil und reichen entsprechende Angebote ein. Sie vereinbaren im Vorfeld jedoch, wer jeweils als «Tiefstbietender» auftreten darf und in der Folge den Zuschlag erhält.

3. Höhere Scheinangebote

Schein- bzw. Gefälligkeitsangebote stellen die am häufigsten verbreitete Strategie dar, welche bei Submissionsabreden eingesetzt werden. Scheinangebote liegen dann vor, wenn Anbietende Angebote vorlegen, die zumindest eines der nachfolgenden Kriterien erfüllen:

- Ein Anbieter oder eine Anbieterin reicht ein Angebot ein, welches höher ist als das Angebot des/der im Voraus bestimmten Tiefstbietenden.
- Ein Anbieter oder eine Anbieterin reicht ein Angebot ein, welches massiv zu hoch ist, um überhaupt eine realistische Chance auf die Erteilung des Zuschlags zu haben.
- Ein Anbieter oder eine Anbieterin reicht ein Angebot mit bestimmten Bedingungen ein, welches die Beschaffungsstelle mit Sicherheit nicht annimmt.

4. Marktaufteilung

Die Anbietenden teilen sich den Markt untereinander auf und legen fest, dass in bestimmten Segmenten bzw. Gebieten keine Angebote abgegeben werden. Anbietende gehen bei der Aufteilung des Marktes dahingehend vor, dass sie beispielsweise beschliessen, gewisse «Kunden» untereinander zuzuteilen. In der Folge legen sie im Rahmen einer Ausschreibung kein oder nur ein entsprechendes Scheinangebot vor, weil die Ausschreibung von einem «Kunden» ist, welcher bereits einem Anbietenden zugeteilt ist. Im Gegenzug wird auf die Angebotsabgabe bei anderen bereits zugeteilten «Kundengruppen» verzichtet.

III. Häufigkeit von Submissionsabreden in bestimmten Branchen

Die erfolgreiche Umsetzung einer Submissionsabrede erfordert ein gemeinsames Vorgehen der daran beteiligten Unternehmen. Obschon Submissionsabreden in allen Wirtschaftszweigen vorkommen, kommen sie in manchen Branchen aufgrund spezifischer Eigenschaften der Produkte öfters vor. Branchen, welche eher von Submissionsabreden betroffen sind, zeichnen sich durch hohe Fixkosten, homogene Produkte sowie grosse Überkapazitäten aus. Daneben zeichnet sich der Preis meist als entscheidender Wettbewerbsfaktor aus.

IV. Vorkehrungen zur Verhinderung von Submissionsabreden

1. Informationsbeschaffung vor einer Ausschreibung

Die WEKO empfiehlt, dass sich Beschaffungsstellen im Vorfeld einer Ausschreibung über die Eigenschaften des betreffenden Marktes sowie aktuelle Markttendenzen informieren und prüfen, ob besagter Markt kollusionsfördernde Faktoren aufweist. Diesbezüglich kann auch hilfreich sein, wenn sich Beschaffungsstellen untereinander austauschen, insbesondere solche, welche kürzlich gleiche oder zumindest ähnliche Leistungen beschafft haben.

2. Grösstmögliche Beteiligung von Anbietenden sicherstellen

Um eine grösstmögliche Beteiligung diverser Anbietenden sicherzustellen, sind Beschaffungsstellen gehalten, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen sowie der Eignungs- und Zuschlagskriterien die möglichen Auswirkungen auf den Wettbewerb zu bedenken. Dabei ist insbesondere auf unnötige, die Anzahl der potenziellen Anbietenden reduzierenden Teilnahmebedingungen und Kriterien zu verzichten. Des Weiteren ist bei der Festlegung der Kriterien zu vermeiden, dass bewährte und einheimische Anbietende einen ungewollten Wettbewerbsvorteil erhalten. Mit der Berücksichtigung der vorstehend genannten Massnahmen (nicht abschliessende Auf-

Revidierte IVöB 2019

Die Kantone haben am 15. November 2019 an einer Sonderversammlung in Bern die revidierte interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2019) einstimmig verabschiedet. Diese bringt die angestrebte Harmonisierung mit dem ebenfalls revidierten Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB), das voraussichtlich per 1.1.2021 in Kraft treten wird. Die Kantone können nun in eigenen gesetzgeberischen Verfahren den Beitritt zum Konkordat in die Wege leiten und so die revidierte IVöB in ihr kantonales Recht übernehmen. Diese Arbeiten wurden im Kanton Zürich kürzlich aufgenommen mit dem Ziel, die Beitrittsvorlage im laufenden Jahr an den Kantonsrat zu überweisen. Mit einem Beitritt des Kantons Zürich ist nicht vor Ende 2021 zu rechnen. Für die Umsetzung der revidierten Rechtsordnungen soll die enge Zusammenarbeit zwischen den Kantonen und dem Bund weitergeführt werden. U.a. ist die Erarbeitung eines Leitfadens für die Praxis geplant, welcher bis im Herbst 2021 vorliegen soll.

zählung) erhalten Beschaffungsstellen die Möglichkeit, eine grösstmögliche Beteiligung von Anbietenden sicherzustellen und damit das Risiko für Submissionsabreden zu verringern.

3. Verhinderung von Informationsaustausch zwischen Anbietenden

Den Informationsaustausch zwischen Anbietenden proaktiv zu verhindern, ist für Beschaffungsstellen kaum realisierbar – es bestehen jedoch gewisse Möglichkeiten, um diesem Umstand entgegenzuwirken. Die Beschaffungsstellen sollen gemeinsame Begehungen unterlassen sowie die Anbietenden dazu verpflichten, ihre Arbeitsgemeinschaften wie auch die Absichten zum Beizug von Subunternehmern offenzulegen. Die WEKO empfiehlt weiter, dass die Beschaffungsstellen in den Ausschreibungsunterlagen auf beschaffungs- und kartellrechtliche Konsequenzen bei der Beteiligung an einer Submissionsabrede hinweisen sollen (im Kt. Zürich auf § 4a Abs. 1 lit. j Beitrittsgesetz zur IVöB).

V. Sensibilisierung von Beschaffungsstellen

Ein «Patentrezept» in Form eines Frühwarnsystems zur Erkennung von Submissionsabreden gibt es gemäss der WEKO bis heute nicht. Beschaffungsstellen können sich jedoch proaktiv gegen Submissionsabreden aufstellen, indem sie die nachfolgenden Grundsätze beachten:

- Einrichtung eines internen Meldeverfahrens für die Mitarbeitenden, um Auffälligkeiten in Vergabeverfahren zu melden.
- Interne Durchführung bzw. Teilnahme der Mitarbeitenden an periodischen Schulungen zum Thema Submissionsabreden.
- Dokumentation von gemachten Erfahrungen im Zusammenhang mit Submissionsabreden.
- Förderung der Zusammenarbeit bzw. des Informationsaustausches zwischen den Beschaffungsstellen und der WEKO.
- Bestimmte Informationen zu regelmässig getätigten Beschaffungen systematisch erfassen und diese im Hinblick auf die Entdeckung von Auffälligkeiten analysieren und auswerten.

Die Erfahrungen der WEKO haben gezeigt, dass Beschaffungsstellen ihre Mitarbeitenden unter Berücksichtigung der vorstehend aufgelisteten Grundsätze bereits heute – im Hinblick auf die Entdeckung von Submissionsabreden – ausreichend sensibilisieren können.

In Bezug auf die Bekämpfung von Submissionsabreden sind Prävention und Verfolgung wichtige Eckpfeiler, deshalb wird bei Vorliegen von konkreten Verdachtsmomenten eine Kontaktaufnahme mit der WEKO empfohlen.¹

¹ Wettbewerbskommission (WEKO), Sekretariat, Hallwylstrasse 4, 3003 Bern, Tel. +41 58 462 20 40

Beschaffungswesen und Corona Virus

Im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens soll ein Verfahrensstau vermieden werden. Die submissionsrechtlichen Bestimmungen öffnen den Vergabestellen einen grossen Handlungsspielraum bezüglich Umschreibung von Anforderungen, Abläufen und Fristen. Es liegt deshalb in ihrer Hand den Beschaffungsprozess so zu gestalten, dass auch während der Zeit, in der die Massnahmen im Kampf gegen das Corona Virus gelten, Anbieterinnen und Anbietern möglichst faire Bedingungen haben.

Laufende Beschaffungsverfahren sollen nicht einfach abgebrochen werden, sondern ein Abbruch soll grundsätzlich nur erwogen werden, wenn sich wesentliche Änderungen ergeben. Im Einzelfall können etwa die Fristen bei Ausschreibungen mit hohem Komplexitätsgrad für Offerteingaben angemessen verlängert werden, um Kapazitätsengpässe abzufedern. Auf Besichtigungen von Baugrund soll verzichtet werden, vorgesehene Präsentationen können mittels Videokonferenz durchgeführt werden. Persönliche Offertabgaben sollen vermieden werden, die Zustellung der Eingabe kann vom Anbieter innert der Frist auf elektronischem Weg vorgenommen werden, wobei die Originale nachzureichen sind.

Auch geplante Beschaffungen können und sollen grundsätzlich fortgesetzt werden, wobei auf eine anbieterfreundliche Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen geachtet werden soll, beispielsweise können Termine (Milestones) aufgrund der aktuellen Situation geplant werden, es können längere Fristen für die Offerteingabe sowie die Möglichkeit für eine Losbildung geprüft werden.

Ein aktueller Blick auf www.simap.ch zeigt, dass die Ausschreibungen grundsätzlich gut weiterlaufen.

Weiterführende Informationen entnehmen Sie den Empfehlungen der KBOB vom 27. März 2020 (Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren) unter folgendem Link: <https://www.kbob.admin.ch/kbob/de/home/themen-und-trends/coronavirus.html>

Redaktion Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.;
Luca Albertin, Gesundheitsdirektion Zürich;
Petra Luchsinger, Baudirektion Zürich;
Urs Keller, Urdorf; Michèle Klausberger, Stadt Zürich;
Nicole Zumstein Bonvin, Stadt Winterthur

Layout BDKom

E-Mail gs-stab@bd.zh.ch

Internet www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug

kdmz, Räfelstrasse 32, 8090 Zürich

Telefon 043 259 99 30

E-Mail publikationen@kdmz.zh.ch

Aus der Gerichtspraxis

Urteil des Verwaltungsgerichts VB.2018.00469 (Alttextilentsorgung)

1. Ausgangslage

Die Stadt Schlieren und die C. AG schlossen am 23. Juli 2018 eine «Zusammenarbeits-Vereinbarung» über die Verwertung gebrauchter Textilien mit fester Laufzeit bis Ende 2023. Eine Ausschreibung hatte die Stadt Schlieren nicht vorgenommen. Die Stadt Schlieren räumte der C. AG das «Exklusivrecht» ein, an bewilligten Standorten Alttextilien in Containern zu sammeln und höchstens zwei Mal jährlich eine Strassensammlung durchzuführen. Die C. AG wiederum verpflichtete sich, der Stadt Schlieren pro Kilogramm gesammelter Kleider und Schuhe eine «Vergütung» von Fr. 0.20 zu zahlen.

In der Folge gelangte die A GmbH mittels Beschwerde an das Verwaltungsgericht und beantragte im Wesentlichen, dass ein allfälliger Zuschlag an die C. AG aufzuheben, die Stadt Schlieren zur Auflösung eines allfälligen Vertrages anzuweisen und der Auftrag öffentlich auszuschreiben sei.

Strittig war die Frage, ob die Gewährung des «Exklusivrechts» zum Sammeln von Alttextilien und deren Verwertung eine öffentliche Beschaffung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. c der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 darstellt und folglich bei Übertragung dieser Aufgaben die beschaffungsrechtlichen Vorschriften zu beachten waren. Die Stadt Schlieren und die C. AG stellten sich auf den Standpunkt, es handle sich um ein reines Veräusserungsgeschäft.

2. Vorliegen einer öffentlichen Beschaffung

Das Verwaltungsgericht setzte sich in einem ersten Schritt mit der Frage auseinander, wann ein öffentlicher Auftrag und damit eine öffentliche Beschaffung vorliegt. Dies treffe dann zu, wenn ein öffentlicher Auftraggeber zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit einem Wirtschaftsteilnehmer einen zweiseitigen Vertrag abschliesse, in welcher sich letzterer dazu verpflichtet, gegen Entgelt eine Leistung zu erbringen. Unerheblich sei, ob die Leistung der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werde (E. 1.3).

Die Entsorgung von Siedlungsabfällen, zu denen auch Alttextilien zählten, stelle eine Aufgabe des Gemeinwesens dar. Entsprechend erfolge auch das Einsammeln und Verwerten der Alttextilien in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Dass Private die Alttextilien bereitstellten, habe keinen Einfluss (E. 1.3.1). Un-typisch für eine öffentliche Beschaffung erscheine vorliegend zunächst der Umstand, dass die C. AG der Stadt Schlieren ein Entgelt zu entrichten habe. Sie erhalte indes über die Sammeltätigkeit erhebliche Sachwerte, aus denen sie einen Erlös erzielen könne. Es handle sich jedoch bloss vordergründig um ein Veräusserungsgeschäft, erbringe doch die C. AG gegenüber der Stadt eine Dienstleistung und erhalte dafür ein Entgelt in der Form der ihr überlassenen Wertstoffe (E. 1.3.2, mit weiteren Hinweisen).

Das Gericht kam zum Schluss, dass die zwischen der Stadt Schlieren und der C. AG geschlossene Vereinbarung als öffentlicher Auftrag zu qualifizieren sei und dem Beschaffungsrecht unterstehe.

3. Anwendbares submissionsrechtliches Verfahren

Massgeblich für die Berechnung des Auftragswerts sei nicht das vereinbarte Entgelt von Fr. 0.20 pro kg gesammelter Alttextilien, sondern vielmehr der Erlös, den die C. AG aus der Verwertung der Alttextilien mutmasslich erzielen kann, abzüglich des der Stadt Schlieren auszurichtenden Entgeltes. Im Vorjahr habe sich die Sammelmenge auf 145 096 kg belaufen, pro Kilo Alttextilien könne ein Erlös von mindestens Fr. 0.80 erzielt werden. Folglich betrage die Auftragssumme für die vereinbarte Laufzeit Fr. 435 288, womit der Schwellenwert für das offene oder selektive Verfahren klar überschritten sei (E. 3.1.3). Der von der Stadt Schlieren und der C. AG aufgrund der bereits getätigten Investitionen letzterer (Erstellen Container) geltend gemachte Ausnahmetatbestand von § 10 Abs. 1 lit. f der Submissionsverordnung (SVO) der ein freihändiges Verfahren erlaubt hätte, greife nicht (E. 3.2). Folglich hätte die infrage stehende Leistung im offenen oder selektiven Verfahren vergeben werden müssen (E. 3.3).

4. Auswirkungen auf das bestehende Vertragsverhältnis

Der Vertragsschluss sei zwar angesichts der vorgängigen Ausführungen unzulässig erfolgt, dies berühre jedoch die Gültigkeit des abgeschlossenen Vertrages nicht. Dem Verwaltungsgericht sei es verwehrt, in dieses Verhältnis einzugreifen, doch könne es Vorschriften über das zukünftige Verhalten, z.B. eine Vertragsauflösung ex nunc, anordnen. Zu berücksichtigen sei, dass es sich um ein Dauervertragsverhältnis handle, das bei vorzeitiger Auflösung keiner Rückabwicklung bedarf, die C. AG bereits Investitionen getätigt habe (Installation Unterflursystem), mangels Präjudiz kein absichtliches oder grobfahrlässiges Verhalten vorliege, der Vertrag aber keine Maximaldauer vorsehe, was mit Blick auf den Ausschluss von anderen Anbietenden vom Wettbewerb rechtswidrig sei. Unter Berücksichtigung dieser Umstände lud das Verwaltungsgericht die Stadt Schlieren ein, den Vertrag auf spätestens Ende 2021 zu beenden.

Bedeutung des Entscheids für die Gemeinden

Für die Zürcher Gemeinden, denen die Entsorgung der Siedlungsabfälle obliegt, bedeutet der Entscheid, dass

- die Übertragung der Entsorgung von Alttextilien auf Private einen öffentlichen (Dienstleistungs-)Auftrag im Sinne des öffentlichen Beschaffungsrechtes darstellt
- sie folglich im beschaffungsrechtlichen Verfahren zu erfolgen hat, wobei sich das anzuwendende Verfahren nach dem Auftragswert bestimmt
- sich dieser aus dem mutmasslichen Erlös aus der Verwertung der Textilien (Sammelmenge in Kilo pro Jahr x Erlös pro Kilo) abzüglich des offerierten Entgeltes pro Jahr gesammelter Textilien multipliziert mit der vorgesehenen Laufzeit in Jahre des Vertrags.