

Rechtswissenschaftliche Fakultät
Prof. Dr. Martin Beyeler
Prof. Dr. Andreas Stöckli
c/o Lehrstuhl für Infrastrukturrecht
und neue Technologien
Smart Living Lab / UNIFR
Passage du Cardinal 13B
1700 Freiburg

martin.beyeler@unifr.ch
andreas.stoeckli@unifr.ch

Bericht zum Untersuchungsauftrag 1
(gem. Regierungsbeschluss vom 11.6.2018, Prot. Nr. 458)

INHALT

| | |
|---|-----------|
| 1. Ausgangslage und Vorbemerkungen | 4 |
| 2. Frage 1.2/a: Grundlagen | 4 |
| a. <i>Öffentliches Vergaberecht</i> | 5 |
| b. <i>Übriges Verwaltungsrecht</i> | 11 |
| c. <i>Obligationenrecht und Kartellrecht</i> | 12 |
| d. <i>Submissionshandbuch</i> | 13 |
| e. <i>Verwaltungsinterne Weisungen</i> | 14 |
| f. <i>Fazit</i> | 15 |
| 3. Frage 1.2/b: Konformität..... | 16 |
| a. <i>Übergeordnetes Recht</i> | 16 |
| b. <i>Regeln der Fachkunde (bezüglich der Organisation einer Ausschreibung)</i> | 17 |
| 4. Frage 1.2/c: Allgemeine Beachtung | 18 |
| 5. Frage 1.2/d: Weitere allgemeine Praxen | 19 |
| 6. Frage 1.2/e: Übersehen von Indizien..... | 20 |
| a. <i>Vorbemerkung</i> | 20 |
| b. <i>Daten aus Kostenschätzungen und Zuschlägen</i> | 21 |
| c. <i>Daten aus Offertöffnungsprotokollen</i> | 23 |
| d. <i>Zu den OECD-Checklisten</i> | 24 |
| 7. Frage 1.2/f: weitere Punkte..... | 26 |
| 8. Frage 1.2/g: Empfehlungen | 27 |
| a. <i>Übersicht</i> | 27 |
| b. <i>Anpassung der Vergabeprozesse</i> | 28 |
| c. <i>Monitoring der offerierten Preise</i> | 31 |
| d. <i>Verhaltenskodex</i> | 32 |
| e. <i>Anlaufstelle</i> | 33 |
| f. <i>Kurse</i> | 33 |
| g. <i>Checkliste</i> | 33 |
| h. <i>Weitere Empfehlungen</i> | 36 |
| 9. Ergänzende Aktenlieferung vom 8. April 2020 | 40 |
| a. <i>Aktennotiz BVFD vom 27. Juni 2000 betreffend rechtliche Folgen und Massnahmen bei Submissionsabsprachen</i> | 40 |
| b. <i>Akten Verfahren der Wettbewerbskommission i.S. Kanton Graubünden / Catram AG</i> | 43 |
| c. <i>Orientierungsschreiben vom 14. Januar 2015</i> | 43 |

| | |
|--|----|
| <i>d. Anfrage an die Wettbewerbskommission betreffend Strassenbauaufträge im Misox vom 22. Mai 2017.....</i> | 44 |
| <i>e. Schreiben BVFD an Wettbewerbskommission vom 12. Juni 2013.....</i> | 44 |
| <i>f. Liste der Verfahrensabbrüche des TBA zwischen 1996 und 2017.....</i> | 45 |

1. Ausgangslage und Vorbemerkungen

Am 11. Juni 2018 beschloss der Regierungsrat des Kantons Graubünden, den Unterzeichneten einen Auftrag betreffend Administrativuntersuchung im Zusammenhang mit Rechtsgrundlagen, Prozessen und Praxen des kantonalen Bau-, Verkehrs- und Forstdepartements (BVFD [heute: Departement für Infrastruktur, Energie und Mobilität]) sowie des kantonalen Tiefbauamts (TBA) betreffend den Umgang mit Preisabsprachen im Zusammenhang mit Arbeitsvergaben zu erteilen.

Der Regierungsrat, vertreten durch den Vorsteher des BVFD, erteilte den entsprechenden Auftrag den Unterzeichneten, welche in der Folge annahmen, am 6.7.2018.

Im Folgenden werden die Fragen a–g gemäss Ziff. 1.2 des Mandatsvertrags vom 6.7.2018 beantwortet. Als «Untersuchungszeitraum» gilt die Zeitspanne vom 1. Juli 2004¹ bis am 31. Dezember 2012.

Die Unterzeichneten versichern, die vorliegende Fragenbeantwortung nach bestem Wissen und Gewissen vorgenommen zu haben; sie versichern im Weiteren, in Bezug auf den Untersuchungsgegenstand sowie die dadurch allenfalls berührten Personen frei von jedweder Bindung rechtlicher oder anderer Art zu sein.

2. Frage 1.2/a: Grundlagen

Die Frage 1.2/a lautet:

«Welche Vorschriften und Prozesse, Richtlinien und Weisungen hatten die Mitarbeitenden des BVFD und des TBA im Untersuchungszeitraum in Vergabeverfahren für öffentliche Aufträge im Tiefbaubereich in Bezug auf die Thematik der Absprachen unter Anbietern zu beachten?»

Diese Frage betrifft zum einen die Ebene der Gesetzgebung (i.w.S.), auf die zuerst einzugehen ist, und zum anderen jene der verwaltungsinternen Regeln, welche im Anschluss behandelt werden. Was insbesondere die erste Ebene betrifft, wird zu beachten sein, dass das öffentliche Vergabeverfahren nicht nur durch das öffentliche Vergaberecht («Submissionsrecht») beherrscht wird, sondern, soweit das Letztere nichts anderes bestimmt, ebenso durch das öffentliche Finanzrecht und das allgemeine Verwaltungsrecht sowie, ferner, durch die übrige Rechtsordnung, soweit einschlägig, insbesondere durch das Obligationenrecht und das Kartellgesetz.

Im Folgenden wird nur dann spezifisch auf die Rechtslage der Mitarbeitenden des BVFD bzw. des TBA und auf Aufträge im Tiefbaubereich eingegangen, wenn die untersuchten Regeln entsprechende Differenzierungen vorsehen.

¹ Datum des Inkrafttretens (vgl. RB vom 25.5.2004) des Submissionsgesetzes des Kantons Graubünden (SubG/GR) vom 10.2.2004 (RB 803.300) – soweit vorliegend von Interesse, haben sich die Vorschriften dieses Gesetzes während des gesamten Untersuchungszeitraums trotz zweier Partialrevisionen des Gesetzes nicht geändert.

a. Öffentliches Vergaberecht

In erster Linie wird das öffentliche Vergabeverfahren durch das öffentliche Vergaberecht reguliert. Dazu gehörten im Untersuchungszeitraum im Wesentlichen das GPA 1994², das BGBM³, die IVÖB 2001,⁴ das Bündner Submissionsgesetz (SubG/GR⁵) und die entsprechende Ausführungsverordnung (SubV/GR⁶). Bevor auf diese Vorschriften einzugehen ist, ist eine Vorbemerkung zu den Zielen des öffentlichen Vergaberechts anzubringen.

Das **öffentliche Vergaberecht** regelt bestimmte Fragen des gesamten Prozesses der öffentlichen Beschaffung (die geläufige Bezeichnung «Beschaffungsrecht» ist daher in sprachlicher Hinsicht stark überschiessend). Im Wesentlichen bestimmt es, in welchem Verfahren und nach welchen Gesichtspunkten ein Unternehmen zu suchen und auszuwählen ist, dem die Erbringung von Leistungen aufgetragen wird. Nicht durch das öffentliche Vergaberecht geregelt ist aber namentlich die Frage, ob, wann und was beschafft werden soll, und ebensowenig die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Angebot oder ein Vertrag vertragsrechtlich gültig sind. Ebensowenig wird durch das Vergaberecht geregelt, unter welchen Umständen eine Abrede unter Marktteilnehmern unzulässig ist und welche Verhaltensweisen marktbeherrschenden Unternehmen untersagt sind – diese Fragen werden durch das Kartellgesetz reguliert. Wie weiter unten gezeigt wird, kümmert sich das Vergaberecht seinerseits lediglich um die Frage, wie die öffentliche Auftraggeberin gestützt auf ihre Privatautonomie mit Situationen umgeht, in denen sie vermutet oder weiss, dass sich Anbieterinnen abgesprochen haben. Diese Frage kann auch jedes Privatsubjekt für sich reflektieren und privatautonome Schlüsse daraus ziehen, welche sich nicht an die kartellgesetzlichen Kategorien und Qualifikationen halten müssen.

Die Hauptziele des Vergaberechts sind **Gleichbehandlung, Wirtschaftlichkeit, Wettbewerb und Transparenz**.

Das **Transparenzziel** bezieht sich auf das Verhalten der Auftraggeberin und ist vorliegend nicht von besonderem Interesse.

Das vergaberechtliche **Wettbewerbsziel** seinerseits ist nicht von eigenständiger Natur (dadurch unterscheidet es sich vom Wettbewerb als Schutzgut des Kartellrechts), vielmehr ist aus Sicht der öffentlichen Beschaffung der Wettbewerb unter den Anbieterinnen ein Mittel zum Zweck der

² Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.4.1994 («Government Procurement Agreement»; GPA); SR 0.632.231.422.

³ Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6.10.1995; SR 943.02 (die 2006 in Kraft getretenen Änderungen dieses Gesetzes sind vorliegend ohne Belang; das gilt ungeachtet des Art. 10a Abs. 2 BGBM, zumal sich aus vergaberechtlichen Verfütigungen – insb. Ausschreibung, Zuschlag, Ausschluss und Abbruch – allein keine Indizien auf Wettbewerbsabreden ableiten lassen und feststeht, dass die 2006 neu hinzugekommene Verpflichtung aller dem BGBM unterworfenen Vergabestellen, der Wettbewerbskommission ausnahmslos alle Verfütigungen zuzusenden, zu keiner Veränderung der Pflichtenlage in Bezug auf den Umgang mit Absprachen oder in Bezug auf die Frage der Prävention gegenüber möglichen Absprachen führen konnte, denn bei dieser Verpflichtung geht es nicht um Absprachen, sondern um die Beachtung des Art. 5 BGBM).

⁴ Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.3.2001; RB 803.410.

⁵ Vgl. Fn. 1.

⁶ Submissionsverordnung des Kantons Graubünden vom 25.3.2004; RB 803.310.

Herstellung von Gleichbehandlung sowie zur Steigerung der Effizienz des Einkaufs (Wirtschaftlichkeit der Beschaffung). Es geht dem Vergaberecht also im Unterschied zum Kartellgesetz nicht darum, den Wettbewerb per se zu fördern, sondern darum, den Wettbewerb im Interesse der Gleichbehandlung (insb. unter dem Aspekt der regionalen und überregionalen Marktöffnung) sowie des effizienten Einsatzes öffentlicher Mittel zu fördern, um ihn zu nutzen. Insoweit lassen sich aus dem vergaberechtlichen Wettbewerbsziel keine spezifischen Aussagen zum Umgang mit oder zur Prävention gegenüber Preisabsprachen ableiten, die über das hinausgingen, was sich unter dem Wirtschaftlichkeitsziel sagen lässt.

Das **Gleichbehandlungsziel** betrifft wie das Transparenzziel die Handlungen der Auftraggeberin und nicht die ihrer Marktgegenseite. Ohnehin ist festzustellen, dass per se kein Gleichbehandlungsproblem vorliegt, wenn sich mehrere Marktteilnehmer absprechen, um sich kurz- oder langfristig gegenseitig zu begünstigen (sog. Ausbeutungsabrede⁷). Gibt es allfällige ungebundene Konkurrenten dieser Absprecher, bieten diese Konkurrenten entweder günstiger oder nicht, und erhalten den Auftrag oder nicht, doch liegt so oder so kein Gleichbehandlungsproblem vor.

Das vergaberechtliche **Wirtschaftlichkeitsziel** schliesslich wird durch solche Absprachen regelmässig dann tangiert, wenn kein ungebundener Konkurrent günstiger bietet, denn in diesem Fall kann zutreffen, dass der Auftraggeber ohne die Abrede günstiger hätte einkaufen können. Das trifft dann zu, wenn ohne die Abrede tiefere Preise oder bessere Qualität geboten worden wären; das wiederum ist nicht ohne weiteres anzunehmen, wenn die Abrede sich zwecks Schaffung von Planungssicherheit auf die Überhöhung der Preise aller Angebote ausser des günstigsten beschränkt. Längerfristig wirkende Absprachen können indessen, wenn sie den Wettbewerb dauerhaft ausschalten, auch ohne vorsätzlich überhöhte Preise zu Wirtschaftlichkeitsverlusten der öffentlichen Beschaffung führen, weil Effizienz- oder Qualitätssteigerungen, zu denen der Wettbewerb gezwungen hätte, nicht oder verspätet stattfinden. In diesem Sinn sind Ausbeutungsabsprachen aus Sicht des vergaberechtlichen Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes ein Problem. Bislang (bzw. während des Untersuchungszeitraums) wurde aber aus diesem Grundsatz keine Pflicht der Vergabestellen zur aktiven Prävention gegenüber möglichen Absprachen abgeleitet, die über das hinausgingen, was sich aus den anwendbaren Erlassen explizit ergibt (dazu weiter unten; insb. Selbstdeklaration, sowie Ausschluss, Abbruch und Freihandvergabe bei entdeckten Absprachen). Zumindest bis anhin war es auch nicht so, dass die Abwehr gegenüber Absprachen als Hauptausfluss des vergaberechtlichen Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes betrachtet worden wäre. Primär geht es hier um die Suche nach dem objektiv besten Angebot unter mehreren Bewerbungen; dies geschieht im Namen der Gleichbehandlung (nicht objektive Gründe rechtfertigen keine Nichtauswahl) und der Effizienz des Einsatzes der öffentlichen Mittel. Dass das beste Angebot einer Submission möglicherweise nicht so gut ist, wie es (oder ein anderes) sein könnte, weil es vielleicht von einer Wettbewerbsabrede betroffen ist, ist demgegenüber ein Wirtschaftlichkeitsproblem in

⁷ Abrede, die zum Zweck hat, durch Steuerung des Auswahlentscheids der Marktgegenseite Vorteile zu erlangen, die in einer freien Wettbewerbssituation nicht zu erlangen wären, wie beispielsweise überhöhte Preise oder Planungssicherheit. Den Hauptgegenpol zu den Ausbeutungsabsprachen bilden die Kampfabsprachen, bei denen sich mehrere Marktteilnehmer zusammenschliessen, um, insbesondere via gemeinsam finanzierte Dumpingpreise, bestimmte Marktteilnehmer am Eintritt in einen oder am Prosperieren in einem bestimmten Markt zu hindern. Soweit ersichtlich, geht es vorliegend um Ausbeutungsabsprachen.

einem weiteren Rahmen, innerhalb dessen sich auch andere missliche Faktoren aller Art befinden, die in bestimmten Fällen oder systematisch den Erhalt besserer Angebote bzw. Leistungen verhindern.

In Anbetracht dieser Punkte erstaunt es nicht, dass jedenfalls das während des Untersuchungszeitraums geltende Vergaberecht sich dem Thema der Wettbewerbsabreden nicht sehr einlässlich widmet.

Das **GPA 1994** spricht das Phänomen der Angebotsabsprachen lediglich in einer einzigen Bestimmung an. Nach Art. XV:1/a des Abkommens kann die Vergabestelle den Auftrag freihändig vergeben, wenn «Angebote eingereicht werden, die aufeinander abgestimmt sind». Diese Bestimmung wurde in Art. 3 Abs. 1 lit. b SubV/GR ins kantonale Recht überführt. – Zu nennen ist hier überdies Art. VIII/h GPA 1994, der von zulässigen Ausschlussgründen (wie z.B. dem Konkurs des Anbieters) handelt und Absprachen zwar nicht explizit nennt, unter den aber Absprachen unter den Anbietern ohne weiteres subsumiert werden können, zumal die Liste der genannten Ausschlussgründe nicht als abschliessend zu verstehen ist. Hierauf (u.a.) stützt sich der Art. 22 Abs. 1 lit. h SubG/GR.

In historischer Hinsicht ist anzumerken, dass weder die **Präambel des GPA 1994** noch jene des (in der Schweiz am 1.1.2021 in Kraft tretenden) GPA 2012⁸ das Phänomen der Angebotsabsprachen explizit anspricht. Immerhin lässt sich die Feststellung des GPA 2012, dass «ein integres und vorhersehbares öffentliches Beschaffungswesen eine unabdingbare Voraussetzung für die effiziente und zweckgerechte Verwaltung öffentlicher Ressourcen, die Leistungsfähigkeit der Volkswirtschaften [...] und die Funktionsfähigkeit des multilateralen Handelssystem bildet»,⁹ vermuten, dass die Vertragsparteien dieses Abkommens auch anerkennen, dass Absprachen und ähnliche wettbewerbsschädigende Verhaltensweisen eines der ursprünglichen Ziele des Abkommens, nämlich der grenzüberschreitende Freihandel, zu unterminieren in der Lage ist (das gilt ungeachtet des Umstands, dass sich der zitierte Passus primär auf das Verhalten der Vergabestellen bezieht, denn die Anerkennung der effizienten Verwendung öffentlicher Ressourcen als Ziel des Abkommens erlaubt die Anerkennung des Kampfs gegen Wettbewerbsabreden als Unterziel). Ganz im Gegensatz dazu enthält die Präambel des GPA 1994 keine Spur davon, dass Absprachen als generelles Problem betrachtet würden, die u.a. mithilfe des Abkommens vermieden werden sollten. Das GPA 1994 drückt viel eher die Haltung aus, dass es ausreicht, öffentlichen Auftraggeberinnen die Freiheit zu belassen, sich Absprachen nicht gefallen zu lassen. Eine Präventionspflicht oder dergleichen zulasten von Vergabestellen lässt sich diesem Abkommen jedoch in keiner Art entnehmen. Das ist auch damit zu erklären, dass das GPA 1994 sich nicht im eigentlichen Sinne um die Wirtschaftlichkeit der öffentlichen Beschaffung kümmert, sondern um Marktoffnung und darum, dass dem nach objektiven Kriterien besten Angebot der Zuschlag zu erteilen ist. Nur deswegen, weil wirtschaftliche Kriterien im Unterschied zu politischen Kriterien als grundsätzlich objektiv gelten, besteht eine Verbindung zwischen dem Konzept der Wirtschaftlichkeit der

⁸ Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 30.3.2012 (vgl. BBI 2017 2175; in der Schweiz noch nicht in Kraft).

⁹ Präambel, Abs. 3, GPA 2012.

öffentlichen Beschaffung und dem (bisherigen) Staatsvertragsrecht. Im Übrigen ist die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung unter dem GPA 1994 eine rein innerstaatliche Angelegenheit.

Den Bestimmungen des **BGBM** betreffend das öffentliche Beschaffungswesen lässt sich nichts Spezifisches zum Phänomen der Absprachen entnehmen. Wie das bisherige Staatsvertragsrecht handelt auch das BGBM nicht (an sich) von Wirtschaftlichkeitsfragen, sondern von der (Binnen-)Marktöffnung, und die Frage der Wirtschaftlichkeit stellt sich im Rahmen des BGBM daher höchstens akzessorisch zur Frage, ob objektive und nichtdiskriminierende Kriterien vorliegen.

Die **IVöB 2001** hat insbesondere zum Ziel, den wirksamen Wettbewerb (Art. 1 Abs. 3 lit. a IVöB 2001) sowie die wirtschaftliche Verwendung der öffentlichen Mittel zu fördern. Auch Art. 11 lit. b IVöB 2001 betont den allgemeinen Grundsatz des wirksamen Wettbewerbs. Allerdings ist damit nicht eine Pflicht (zulasten der Vergabestellen) zur konkreten Prävention gegenüber Wettbewerbsabreden gemeint, sondern, wie sich in den VRöB 2001¹⁰ zeigt, lediglich ein Abwehrrecht gegenüber abgestimmten Angeboten (die einzige Bestimmung nebst dem schon thematisierten Fall des Freihandverfahrens nach entdeckten Absprachen, die sich in den VRöB 2001 mit Wettbewerbsabreden beschäftigt, ist der § 27 lit. e VRöB 2001, welcher den Ausschluss von an einer Abrede beteiligten Anbieterinnen vorsieht). Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz der IVöB, der das innerstaatlich relevante Interesse an einem wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel repräsentiert, wurde jedenfalls im Untersuchungszeitraum dahin verstanden, dass die öffentliche Auftraggeberin durch Ausschreibung, förmliches Verfahren und objektive Kriterien Wettbewerb generieren soll, und dass sei bei konkretem Verdacht auf Absprachen sowie bei entdeckten Absprachen im Rahmen ihres Ermessens und der Verhältnismässigkeit handeln soll, nicht jedoch dahin, dass die Auftraggeberin aktiv nach Absprachen suchen oder allgemeine Prävention betreiben soll. Entsprechende Pflichten wären, wenn sie erlassen würden, offensichtlich konform mit dem Wirtschaftlichkeits- und dem Wettbewerbsgrundsatz, konnten aber jedenfalls im Untersuchungszeitraum angesichts des Fehlens jeglicher Grundlagen in den Texten der Vergaberechtsnormen nicht direkt aus diesen Grundsätzen abgeleitet werden.

An dieser Stelle ist zu erwähnen, dass es im Untersuchungszeitraum keine im Vergaberecht (oder in anderen Erlassen) verankerte Verpflichtung der öffentlichen Auftraggeber gab, einen Verdacht auf Wettbewerbsabreden der **Wettbewerbskommission anzuseigen**, wie sie künftig für die Auftraggeber der Bundesebene und die der IVöB 2019 unterstellten Auftraggeber gelten wird (vgl. Art. 45 Abs. 2 S. 2. BöB 2019/IVöB 2019).

Ausgenommen sind hier die **Pflicht zum rechtskonformen und sorgfältigen Umgang mit entdeckten Absprachen** sowie die **Pflicht, in einem Mindestmass aufmerksam, umsichtig und verständig zu sein und zu handeln**. Daraus folgt, dass aus dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz eine Pflicht zur Nichtberücksichtigung (und, nötigenfalls, zum Verfahrensausschluss) von Angeboten abzuleiten ist, von denen die Vergabestelle weiß (oder von denen sie nur aufgrund ihrer Grobfahrlässigkeit nicht weiß), dass sie in eine Absprache eingebunden sind. Allerdings kann diese Pflicht keineswegs absolut gelten. In bestimmten Fällen kann es durchaus wirtschaftlicher bzw. verhältnismässiger sein, ein durch eine Absprache verteuertes (oder in der Qualität

¹⁰ Mustervorlage für Vergaberichtlinien zur IVöB 2001 vom 2.5.2002.

gemindertes) Angebot anzunehmen, als mit Verspätung zu beschaffen und wichtige öffentliche Interessen zu gefährden. Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz hat nicht zum Ziel, Absprachen um jeden Preis zu bekämpfen, sondern, die öffentlichen Ressourcen so effizient wie möglich einzusetzen. Im Einzelfall kann es unter diesem Gesichtspunkt klarerweise richtig sein, einen Kartellbonus zu bezahlen, um schweren Schaden vom öffentlichen Interesse abzuwenden.

Ausgenommen ist des weiteren die Pflicht von Vergabestellen, die Anbieterinnen via (ausschlussbedrohte) **Selbstdeklaration** daran zu erinnern, dass Absprachen zum Verfahrensausschluss (und ggfs. zu weiteren Folgen) führen (vgl. Art. 10 Abs. 1 lit. d SubG/GR).

Zu den Zwecken, welches das **SubG/GR** in Art. 1 Abs. 2 (lit. a und lit. c) aufführt, ist auf das zur IVöB 2001 Gesagte zu verweisen.

Nach Art. 10 Abs. 1 lit. d SubG/GR «stellt» der Auftraggeber «im Rahmen einer **Selbstdeklaration** sicher, dass der Anbieter [...] keine Absprachen oder andere wettbewerbsbeeinträchtigende Massnahmen getroffen hat» [im Original nicht hervorgehoben]. Nach Art. 10 Abs. 2 SubG/GR hat der Anbieter «auf Verlangen [...] die Richtigkeit der Angaben nachzuweisen und den Auftraggeber zur Nachprüfung zu bevollmächtigen» (diese Norm äussert sich nicht dazu, unter welchen Umständen die Vergabestelle Auskünfte verlangen kann oder soll, so dass das Gesetz hier einen Ermessensspielraum offenlässt). Diese Bestimmungen sind so zu verstehen, dass die Vergabestelle sich im Regelfall auf das Einholen von Eigenerklärungen der Anbieter («Selbstdeklarationen») beschränken darf, wobei ihr auch ein freies Ermessen zugestanden wird, weiter zu gehen. Dieses Ermessen dürfte bei hinreichend begründetem Verdacht auf Absprachen zur Pflicht mutieren (bzw. die Absenz von Nachforschungen stellen in diesem Fall eine Ermessensunterschreitung dar), wobei nicht generell, sondern nur im Einzelfall beantwortet werden kann, ab welcher Dichte und Qualität von Hinweisen ein Entschliessungsermessen (bezüglich einer Rückfrage oder gar weitergehender Massnahmen) nicht mehr besteht.

Die angesprochenen Vorschriften (Art. 10 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 SubG/GR) können jedoch nicht als grundsätzliche Pflicht zur effektiven Prüfung, ob Absprachen vorliegen, verstanden werden, und ebensowenig als Pflicht zur aktiven Prävention (jenseits der Selbstdeklaration). Denn sie stellen die **blosse Eigenerklärung** als in der Regel hinreichenden Nachweis dar und gehen davon aus, dass nur bei fallspezifischen Hinweisen allenfalls weitergehende Massnahmen obligatorisch sind.

Im Übrigen ist festzuhalten, dass es ohnehin als wenig zielführend erscheint, die Anbieter gestützt auf Art. 10 Abs. 2 SubG/GR zur Einreichung von (über die Selbstdeklaration hinausgehenden) **Nachweisen für die Absenz von Absprachen** aufzufordern, da, abgesehen von seltenen Sonderfällen, unklar bleibt, wie ein solcher Nachweis geführt werden könnte (die Auskunftserteilung gemäss Art. 10 Abs. 2 SubG/GR hat in Bezug auf Absprachen eher zum Zweck, der Vergabestelle, die bereits gewissen Hinweisen nachgeht, allenfalls hinreichende Überzeugung zu verschaffen, dass eine Absprache tatsächlich vorliegt; das ist etwa dann möglich, wenn die Hinweise deutlich sind und die Antwort ungeschickt oder aus anderen Gründen ehrlich ist). In einem ähnlichen Sinn wird im Regelfall auch eine durch die Vergabestelle gestützt auf Art. 10 Abs. 2 SubG/GR selbst vorgenommene Nachprüfung bezüglich des Vorhandenseins allfälliger Absprachen nur selten

wesentliche Erkenntnisse zutage fördern können, zumal die aus Art. 10 Abs. 2 SubG/GR fließenden Nachprüfungskompetenzen kaum so weit gehen wie jene der Wettbewerbskommission nach Art. 42 Abs. 2 KG.

Am Rande sei bemerkt, dass Art. 15 SubG/GR, der von **Bietergemeinschaften** handelt, entsprechend dem Umstand, dass diese Diskussion im bzw. vor dem Untersuchungszeitraum noch kaum geführt wurde, keine Verbindung zum Phänomen der wettbewerbsschädlichen Absprachen (die mitunter in der Form von Bietergemeinschaften daherkommen) herstellt.

Nach Art. 22 Abs. 1 lit. h SubG/GR «wird» ein «Angebot [...] von der Berücksichtigung [...] dann ausgeschlossen, wenn der Anbieter [...] Abreden getroffen hat, die den wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen». Diese Bestimmung gewährt der öffentlichen Auftraggeberin die Befugnis, von Wettbewerbsabreden betroffene **Angebote auszuschliessen**, und diese Befugnis ist immer dann auch eine Pflicht, wenn der Ausschluss in casu nicht überspitzt formalistisch ist (denn die Ausschlussbestimmung ist nicht als «Kann-Bestimmung» formuliert). Indessen kann eine Auftraggeberin diese Bestimmung nicht anrufen, ohne über ein Mindestmass an Nachweisen bzw. Indizien für die Absprache zu verfügen, zumal sie allgemein die Beweislast für das Vorliegen von Ausschlussgründen trägt. Dessenungeachtet ergibt sich aus der Ausschlussbestimmung lediglich ein Abwehrinstrument gegenüber bekannt gewordenen Absprachen, nicht jedoch eine spezifische Präventionspflicht zulasten der Vergabestelle, die über das durch den Art. Art. 10 Abs. 1 lit. d SubG/GR Vorgeschriebene hinausginge.

Nach Art. 24 Abs. 1 lit. c SubG/GR kann die Vergabestelle das **Verfahren abbrechen**, wenn «die eingereichten Angebote keinen wirksamen Wettbewerb garantieren». Unter diese Bestimmung kann insbesondere der Fall subsumiert werden, in dem das wirtschaftlich günstigste Angebot in einem Vergabeverfahren von einer Absprache betroffen ist (nicht jedoch ohne weiteres auch der Fall, in dem ein freier Konkurrent von Absprechenden das beste Angebot gelegt hat). Wie der Art. 22 Abs. 1 lit. h SubG/GR setzt auch diese Bestimmung ein Mindestmass an Nachweisen bzw. Indizien bezüglich des Vorhandenseins einer Absprache voraus.

Nach Art. 32 Abs. 1 SubG/GR kann der Auftraggeber jene Anbieter, die in der Selbstdeklaration (gemäss Art. 10 Abs. 1 SubG/GR) falsche Angaben gemacht haben, **sanktionieren**, insbesondere mit dem Widerruf des Zuschlags und der vorzeitigen Vertragsauflösung (lit. a), mit der Auferlegung einer gegebenenfalls stipulierten Konventionalstrafe (lit. b) und durch generellen Ausschluss von «künftigen Beschaffungen» für eine Dauer von maximal fünf Jahren. Das betrifft insbesondere auch Anbieter, die eine vorhandene Absprache in der Selbstdeklaration nach Art. 10 Abs. 1 lit. d SubG/GR verschwiegen haben. Der Art. 32 Abs. 1 SubG/GR lässt offen, welche Stelle für die Verhängung einer Sanktion zuständig ist (vgl. hierzu in anderem Sachzusammenhang Art. 4 Abs. 1 der Bündner Verordnung zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung von Schwarzarbeit; RB 545.200). Im Übrigen ist zu bemerken, dass die Vertragsauflösung im Falle falscher Selbstdeklarationen nicht kraft des kantonalen Rechts eintreten bzw. erklärt werden kann, sondern nur dann, wenn dieser Fall im Vertrag vorbehalten worden ist. Insgesamt geht es hier in jedem Fall um repressive Massnahmen für den Fall entdeckter Absprachen, nicht um Prävention, es sei denn allenfalls um Generalprävention via Abschreckung.

Nach Art. 3 Abs. 1 lit. b **SubV/GR** kann die Vergabestelle das Freihandverfahren beschreiten, sofern «im offenen, selektiven oder Einladungsverfahren Angebote eingereicht werden, die aufeinander abgestimmt sind». Der Wortlaut dieser Bestimmung ist insofern exorbitant, als die Freihandvergabe aus Gleichbehandlungs-, Wirtschaftlichkeits- und Wettbewerbsgründen nur dann zulässig sein kann, wenn im betreffenden Verfahren kein einziges annehmbares Angebot, das von der Absprache nicht betroffen ist, eingereicht wurde. Die Berechtigung zur Freihandvergabe nach Feststellung einer Absprache stellt eine blosse Befugnis und zudem ein Abwehrinstrument bei festgestellten Absprachen dar; aus der zitierten Norm kann keine Verpflichtung der Vergabestelle zur Suche nach Absprachen abgeleitet werden.

b. Übriges Verwaltungsrecht

Nach Art. 4 Abs. 1 S. 2 **FHG/GR**¹¹ ist für jedes Ausgaben bedingende Vorhaben (und damit für jede öffentliche Beschaffung) «eine möglichst wirksame und wirtschaftliche Lösung zu wählen». Nichts wesentlich Weiteres ergibt sich aus Art. 50 lit. b **FHV/GR**,¹² wonach die unterstellten Dienststellen die «vorschriftsgemäße, sparsame und wirtschaftliche» Verwendung ihrer Kredite und der ihnen anvertrauten Vermögenswerte» sicherzustellen haben.

Dieses vorgeschriebene Streben nach Wirtschaftlichkeit impliziert zwar – nebst vielem anderem – auch die Vermeidung der Berücksichtigung von absprachebetroffenen Angeboten in öffentlichen Vergabeverfahren, lässt aber **nicht konkret** werden, ob sich diese Vermeidung lediglich auf den reaktiven Umgang mit verdächtigten oder bekannten Absprachen bezieht oder ob sie auch eine aktive Prävention umfasst, also Massnahmen, die unabhängig von konkreten Verdachtsmomenten und Kenntnissen ergriffen werden. Wenngleich als klar erscheint, dass die zitierte Bestimmung (wie auch bereits der vergaberechtliche Wirtschaftlichkeitsgrundsatz; vgl. die Ausführungen zur IVöB) schon im Untersuchungszeitraum als verletzt zu betrachten gewesen wäre, wenn eine Vergabestelle wissentlich (oder grobfahrlässig) ein von einer Absprache betroffenes Angebot für den Zuschlag berücksichtigt hätte (ohne dass dafür wichtige Gründe des öffentlichen Interesses dafür gesprochen hätten), bleibt ungewiss, inwiefern damals aus der Bestimmung eine Pflicht zur breitflächigen Ergreifung abstrakter Präventionsmassnahmen (jenseits des gesetzlich vorgegebenen Systems von Selbstdeklaration und Sanktionen bei Falschdeklaration) hätten abgeleitet werden können. Das hätte die Annahme vorausgesetzt, dass Absprachen überall mit derartiger Häufigkeit vorkommen, dass sich entsprechende Massnahmen als verhältnismässig (bezüglich insbesondere der verwaltungsinternen Kosten der Massnahme) erweisen. Es ist jedoch trotz damaliger allgemeiner Kenntnis darüber, dass es Absprachen geben kann und auch gegeben hat, wahrscheinlich davon auszugehen, dass die Häufigkeit dieser Absprachen damals als weniger hoch eingeschätzt wurde, als das bei einer heutigen Einschätzung der Fall wäre bzw. wie es damals möglicherweise den Tatsachen entsprochen hätte (vgl. unten 9a in fine betreffend eine Umfrage der BPUK aus dem Jahr 2000, wonach der Eindruck vorherrschte, Submissionsabsprachen stellten nur mehr ein gelegentliches, nicht jedoch systematisches oder gar endemisches Problem dar).

¹¹ Gesetz über den Finanzhaushalt des Kantons Graubünden vom 18.6.2004; RB 710.100.

¹² Verordnung zum Finanzhaushaltsgesetz des Kantons Graubünden vom 14.12.2004; RB 710.110.

Immerhin lässt sich feststellen, dass sich aus dem finanzrechtlichen (wie auch aus dem vergaberechtlichen) Wirtschaftlichkeitsgebot sowie häufig auch aus den Sachzwängen bzw. Kreditrahmen des konkreten Falls die Pflicht der für ein Vergabeverfahren verantwortlichen Personen besteht, dieses Verfahren abzubrechen (entweder zugunsten einer Optimierung des Projekts oder zwecks Verzicht auf dasselbe), wenn die nach allen Zuschlagskriterien beste Offerte einen Preis aufweist, der oberhalb der Grenze des Möglichen oder politisch Akzeptablen liegt. Diese Pflicht besteht freilich nicht spezifisch zur Prävention gegenüber möglichen Absprachen oder zur Reaktion auf verdächtige Absprachen, sondern ganz allgemein deswegen, weil über zu hohe Beschaffungskosten zu mannigfachen Folgeproblemen zulasten des öffentlichen Interesses führen würden. Immerhin aber wirkt die Beachtung dieser Pflicht je nachdem auch präventiv und reaktiv in Bezug auf Absprachen.

c. *Obligationenrecht und Kartellrecht*

Das gerade auch bei öffentlichen Beschaffungen die Anbahnung, den Abschluss, die Gültigkeit, die Erfüllung und die Auflösung zivilrechtlicher Verträge regelnde **Obligationenrecht**¹³ (einschliesslich der vertragsrechtlichen Spezialgesetze) enthält keine Bestimmungen, die für die vorliegende Untersuchung von Interesse wären (Gleiches gilt per analogiam für das öffentliche Schuldrecht, sofern unter den Regeln des öffentlichen Vergaberechts ein öffentlich-rechtlicher Vertrag geschlossen wird). Insbesondere geht es hier nicht um die Frage, inwiefern eine zwischen Unternehmen getroffene Absprache aufgrund eines Verstosses gegen Art. 5 KG¹⁴ gemäss Art. 19 f. OR nichtig ist, da diese Frage ausschliesslich das Verhältnis zwischen den Abspracheparteien betrifft und auch eine entsprechende Nichtigkeit nicht dazu führen könnte, dass das Angebot, dessen Ausgestaltung (z.B. in preislicher Hinsicht) durch die Absprache beeinflusst wurde, seinerseits ebenfalls nichtig wäre (es ist nicht rechtswidrig, einen bestimmten Preis zu offerieren; rechtswidrig ist es allenfalls nur, sich mit anderen Marktteilnehmern abzusprechen, doch färbt die allfällige Rechtswidrigkeit einer Absprache nicht derart auf alles rechtsgeschäftliche Handeln des Abspracheparteien ab, dass all dieses Handeln nichtig wäre). Ebensowenig lassen sich dem Obligationenrecht Verpflichtungen oder Obliegenheiten des Empfängers eines Antrags zum Vertragschluss ableiten, wonach dieser sich durch Ergreifung spezifischer Massnahmen vor Absprachen der Marktgegenseite zu schützen hätte.

Das Gleiche gilt für das Kartellrecht: Dem **KG** lässt sich keine Vorschrift entnehmen, die jenen Subjekten, welche von kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen negativ betroffen sein könnten, irgendwelche Pflichten oder Obliegenheiten auferlegen, namentlich keine Vorsichts- oder Sorgfaltspflichten und ebensowenig Pflichten betreffend den Verzicht auf Geschäftsabschlüsse. Im Besonderen unterliegen die zivilrechtlichen Ansprüche gemäss Art. 12 KG vollumfänglich der Dispositionsfreiheit der den Anspruch innehabenden Partei.

¹³ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30.3.1911; SR 220.

¹⁴ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6.10.1995; SR 251.

d. *Submissionshandbuch*

Das Graubündner **Submissionshandbuch** vom 31.3.2005 ist ein bestimmte Rechtsregeln erklärender Leitfaden und beansprucht aus sich heraus weder allgemein noch verwaltungsintern Geltung, zumal es sich, was die öffentlichen Auftraggeberinnen betrifft, nicht nur an Stellen der kantonalen Ebene, sondern ebenso an solche der kommunalen Stufe wendet (a.a.O., S. 1).

Das Kapitel 5.2 des Submissionshandbuchs widmet sich seinem Titel gemäss dem «wirksamen Wettbewerb» und betont, dass ein solcher Wettbewerb u.a. erfordert, «dass einerseits die Anbieter untereinander keine Absprachen treffen». Es führt weiter aus, dass «jeder einzelne Anbieter» durch «**Selbstdeklaration**» bestätigen muss, «keine Absprachen oder andere wettbewerbsbeeinträchtigende Massnahmen getroffen zu haben» (das ergibt sich aus Art. 10 Abs. 1 lit. d SubG/GR; vgl. hierzu die offenbar schon 2001 erschaffene Frage Nr. 7 des Selbstdeklarationsmusters gemäss Anhang des Submissionshandbuchs: «Versichert der Anbieter, keine Absprachen oder andere wettbewerbsbeeinträchtigende Massnahmen getroffen zu haben?»), und dass «Verstösse gegen diese Integritätserklärung [...] sanktioniert werden können» (das ergibt sich aus Art. 32 Abs. 1 SubG/GR), womit das «Instrument der Selbstdeklaration noch griffiger» werde (Kap. 17.2). Be merkenswerterweise wird in Kap. 5.2 nicht auch auf die Regel des Art. 10 Abs. 2 SubG/GR verwiesen (wohl aber impliciter in Kap. 12, lit. H), nach welcher die Vergabestelle berechtigt ist, die Wahrhaftigkeit der Selbstdeklaration durch vom Anbieter verlangte Nachweise sowie durch vom Anbieter gestattete Nachprüfungen der Vergabestelle zu untersuchen.

Immerhin vermerkt das Submissionshandbuch, dass im selektiven Verfahren eine vor dem Termin für die Eingabe der Offerten erfolgende, nicht anonymisierte **Bekanntgabe des Kreises der präqualifizierten Anbieter** das Risiko für Absprachen erhöhen würde und daher unterbleiben sollte (Kap. 10; von einer Verpflichtung ist allerdings nicht die Rede). Hier findet sich also eine als Empfehlung zu verstehende Anleitung für eine gewisse Prävention gegenüber Absprachen im selektiven Verfahren.

Des weiteren präzisiert das Submissionshandbuch, dass Anbieter, die sich (in der konkreten Submission) abgesprochen haben, grundsätzlich **ausgeschlossen** werden müssen (das ergibt sich aus Art. 22 Abs. 1 lit. h SubG/GR) und sanktioniert werden können (das ergibt sich aus Art. 32 Abs. 1 SubG/GR; vgl. auch Kap. 17.2), dass aber ein solcher Ausschluss (und erst recht eine Sanktion) nicht auf einen blossen Verdacht abgestützt werden kann, sondern dass «eindeutige Indizien oder Beweise einer Absprache vorliegen» müssen, ansonsten der Ausschluss nicht hinreichend begründet wäre (Kap. 12, lit. H).

Weiter wird ausgeführt, dass, wie sich aus Art. 10 Abs. 2 SubG/GR ergibt, die Vergabestelle von den Anbietern insbesondere bezüglich der Frage der Absprachen **«Auskünfte und Unterlagen»** nachverlangen kann; das Submissionshandbuch erwähnt in diesem Zusammenhang namentlich **«Preisanalysen»** (Kap. 12, lit. H). Unter diesem vorab im Bauwesen verbreiteten Begriff werden gemeinhin Selbstdeklarationen des Anbieters zur Frage verstanden, in welche einzelnen Komponenten sich einzelne oder gesamthaft offerierte Preise in kalkulatorischer Hinsicht aufspalten. Preisanalysen können eine wertvolle Grundlage für die Vereinbarung von Nachtragspreisen darstellen und auch klären, welche Kosten und Aufwendungen im Sinn des (später) geschlossenen

Vertrags in welchen Preisen (allenfalls) als eingerechnet gelten. Preisanalysen, insbesondere solche, die erst nach Offerteingabe nachverlangt werden, dürften aber nur in sehr seltenen Fällen – nämlich bei besonders nachlässigem Verhalten von Abspracheparteien – Indizien oder gar einen Nachweis für eine Absprache liefern. Die Kalkulation eines Preises im freien Markt entspricht keiner exakten Wissenschaft, sondern hängt von einer Vielzahl von Bewertungs- und Ermessensfragen ab. Es gibt in diesem Sinn keinen Wahrheitsgehalt einer Preisanalyse, der überprüft werden könnte (und es gibt grundsätzlich auch keine Rechtspflicht, Preise in bestimmter Höhe zu bieten). Im Weiteren stellt der Umstand, dass zwei Unternehmen auf einen bestimmten Kostenfaktor in gleicher Höhe abstimmen, immer dann gerade kein belastbares Indiz für eine Absprache dar, wenn es objektive Gründe (für alle Anbieter gleich hohe Kosten oder Empfehlungen von Branchenverbänden) für die Wahl des entsprechenden Betrages gibt. Im Übrigen darf von Abspracheparteien in faktischer Hinsicht erwartet werden, dass sie sich im Regelfall die Mühe nehmen, ihre Preise hinreichend zu variieren, so dass die Aufschlüsselung dieser Preise, welche durch die Preisanalyse erfolgt, mindestens genauso vielfältig ausfallen und damit kein taugliches Indiz für die Absprache enthalten wird.

Hier ist anzufügen, dass die Kap. 4.7.2 und 4.8.3 des Submissionshandbuchs auf die Möglichkeit der ausnahmsweise **freihändigen Vergabe** (nach Aufdeckung einer Absprache im regulären Vergabeverfahren) hinweisen und dass das Kap. 14.2 die Möglichkeit des Abbruchs und der Wiederholung des Verfahrens erwähnt.

Insgesamt enthält das Submissionshandbuch in Bezug auf Wettbewerbsabreden vor allem **Hinweise im Zusammenhang mit den anwendbaren rechtlichen Bestimmungen**. Zudem enthält sie eine Empfehlung zur Geheimhaltung des Kreises der Anbieter während eines selektiven Verfahrens. Diese geht – materiell betrachtet: als einzige – über den blossen Text der Rechtsgrundlagen hinaus, ist dabei aber ohne weiteres gesetzeskonform und jedenfalls nicht als für Abreden förderlich zu betrachten. Da selektive Verfahren generell vergleichsweise selten durchgeführt werden, hat diese Empfehlung allerdings keine grosse Breitenwirkung (das kann ihr nicht vorgeworfen werden, da sie ein für das selektive Verfahren spezifisches, im offenen Verfahren nicht vorkommendes Problem betrifft; allerdings sollte die Empfehlung mutatis mutandis auch im Einladungsverfahren beachtet werden (keine Bekanntgabe des Kreises der Eingeladenen bis zum Zuschlag)).

e. Verwaltungsinterne Weisungen

Verbindliche verwaltungsinterne Weisungen betreffend den Umgang mit Wettbewerbsabreden liegen den Berichterstattern aus dem Untersuchungszeitraum lediglich in der Form der **Aktennotiz vom 27. Juni 2000** betreffend rechtliche Folgen und Massnahmen bei Submissionsabsprachen (vgl. dazu unten 9a) vor – soweit davon auszugehen ist, dass die darin enthaltenen Handlungsempfehlungen später verwaltungsintern verbindlich wurden, und sofern diese Verbindlichkeit im Untersuchungszeitraum noch anhielt.

So oder so betreffen diese Empfehlungen (Ziff. II. der Aktennotiz vom 27. Juni 2000) lediglich den Bereich der **Belagsarbeiten** und den Umgang mit einem damaligen, offenbar zumindest in seinen Grundsätzen **wohlbekannten Kartell** (vgl. unten 9a). In Bezug auf die allgemeine Problematik von (zunächst unbekannten) Absprachen ist der Aktennotiz dagegen nicht mehr zu entnehmen,

als sich aus der Gesetzgebung ergab, welche akkurat zusammengefasst wird (Ziff. I. der Aktennotiz vom 27. Juni 2000).

Allerdings erscheint es aus damaliger Sicht nicht als sonderlich erstaunlich, dass spezifische Präventionsmassnahmen, die über das gesetzliche Minimum hinausgingen (und beispielsweise ein bewusstes «Marktdesign» umfassten; vgl. unten 9a), offenbar lediglich für den Bereich der Belagsarbeiten beschlossen wurden, nicht jedoch generell eingeführt wurden. Wie etwa die Umfrage aus dem Jahr 2000 zeigt, herrschte damals wohl die Meinung vor, dass das **gesetzliche Minimum** – konkret: die Selbstdeklaration zur Prävention und im Übrigen die reaktiven bzw. repressiven Massnahmen wie Ausschluss, Widerruf, Abbruch und Freihandvergabe, die allenfalls auch abschreckend wirken können – grundsätzlich ausreicht, um Absprachen in befriedigend hohem Mass zu verhindern. Dementsprechend war es nicht ungewöhnlich, bekannten oder vermuteten Absprachen nachzugehen und im Rahmen der Möglichkeiten auch vorzubeugen (das ist in der Essenz der Gegenstand der Aktennotiz vom 27. Juni 2000), in Bezug auf mögliche (aber noch nicht konkret vermutete) analoge Fälle in anderen Bereichen jedoch nichts Besonderes zu unternehmen.

f. Fazit

Die im Untersuchungszeitraum geltende Rechtslage zeichnet sich dadurch aus, dass sie, abgesehen von der (als Präventionsmassnahme nicht sehr effektiven) Selbstdeklaration, lediglich Regeln zum repressiven Umgang mit **erkannten** (oder aufgrund ernsthafter Indizien vermuteten) **Wettbewerbsabreden** aufstellt. Immerhin enthielt das damalige Submissionshandbuch eine punktuell präventiv wirkende Empfehlung, die geeignet ist, die Offertphase des selektiven Verfahrens nicht spezifisch anfällig für Absprachen werden zu lassen.

Es ergibt sich angesichts der dargelegten Rechtsgrundlagen, dass die Mitarbeitenden von BVFD und TBA im Untersuchungszeitraum verpflichtet waren, den Zuschlag vom Vorliegen einer **Selbstdeklaration** des Anbieters abhängig zu machen, wonach dieser förmlich erklärt, sich nicht abgesprochen zu haben, und dass sie stets berechtigt waren, weitergehende Informationen einzuholen, wobei hier daran zu erinnern ist, dass Absprachen durch Nachfragen allein wohl nur sehr selten aufgedeckt werden können.

Im Weiteren waren die genannten Mitarbeitenden verpflichtet, bei erkannten (oder ernsthaft vermuteten) Wettbewerbsabsprachen in einem durch sie geführten Vergabeverfahren die betroffenen Angebote vom Verfahren **auszuschliessen**, allenfalls nach weiteren Abklärungen. Weiter waren die Mitarbeitenden berechtigt, nach Aufdeckung von Wettbewerbsabsprachen das Verfahren **abzubrechen** und, unter Umständen, den Auftrag im **Freihandverfahren** zu vergeben. Dazu tritt die Möglichkeit der **Sanktionierung** von Abspracheparteien in dem Sinn, dass diesen der Zugang zu öffentlichen Aufträgen während einer bestimmten Dauer kategorisch verwehrt wird.

Abgesehen jedoch allenfalls von **minimalen Sorgfaltspflichten** dahingehend, dass offenkundige Abspracheindizien eine schlichte Untätigkeit verbieten und dass in diesem Sinn die grobfahrlässige oder absichtliche Tolerierung der Zuschlagserteilung auf eine absprachebetroffene Offerte den finanzrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgrundsatz im Regelfall (Ausnahmen sind durchaus denkbar) klar verletzt, so dass dies eine dienstrechtliche Bedeutung erlangen könnte, ist festzuhalten:

Es gab im Untersuchungszeitraum abgesehen von der Selbstdeklaration und der Nichtbekanntgabe der Präqualifizierten im selektiven Verfahren keine Verpflichtung der Mitarbeitenden zur Prävention gegenüber Absprachen und ebensowenig eine Verpflichtung zu besonderen Prüfungen im Hinblick auf die Aufdeckung allfälliger Absprachen.

Die möglicherweise zur verwaltungsinternen Weisung gewordene und allenfalls auch während des Untersuchungszeitraums noch verbindliche **Aktennotiz vom 27. Juni 2000** ändert am Gesagten nichts Wesentliches, weil diese Aktennotiz lediglich den Bereich der Belagsarbeiten und die Überwindung eines zumindest dem Grundsatz nach bekannten Kartells betrifft, nicht jedoch allgemeine Prävention, welche über diesen Gegenstand und über die gesetzlichen Minimalpflichten hinausginge.

3. Frage 1.2/b: Konformität

Die Frage 1.2/b lautet:

«Entsprachen diese Vorschriften und Prozesse, Richtlinien und Weisungen den Anforderungen?»

Die Frage meint mit **«Vorschriften und Prozesse, Richtlinien und Weisungen»** jene Dokumente, die unter der Frage 1.2/a festgestellt wurden.

Im Folgenden wird davon ausgegangen, dass die in der Frage 1.2/b angesprochenen **«Anforderungen»** zum einen das übergeordnete Recht (Verfassungs-, Staatsvertrags- und Binnenmarktrecht) und darüber hinaus das meinen, was man mit **«Regeln der Fachkunde»** (hier in Bezug auf die Organisation öffentlicher Vergabeverfahren) umschreiben könnte. Dabei geht es allein um das im Untersuchungszeitraum geltende Recht und die damals herrschenden Vorstellungen, nicht darum, was man im Rahmen einer rückblickenden Betrachtung allenfalls als Lücke oder Versäumnis empfinden könnte.

a. Übergeordnetes Recht

Wie bereits ausgeführt, sind Wettbewerbsabreden für das **GPA 1994** nur insoweit relevant, als dieses Abkommen (gleich wie alle übrigen entsprechenden Staatsverträge) den Auftraggeberinnen die Möglichkeit gibt, auf erkannte Absprachen zu reagieren. Eine entsprechende Präventions- oder Prüfpflicht der Vergabestellen lässt sich aus diesem Abkommen nicht ableiten. Analoges gilt für die Art. 27 und 94 BV (bzgl. des Gebots der Wettbewerbsneutralität des staatlichen Handelns, aus dem keine Präventions- oder Prüfpflicht der Marktgegenseite hinsichtlich von Absprachen abgeleitet werden kann) und für das BGBM, welches ohnehin nur rudimentäre Vergaberechtsvorschriften enthält, sich auf Gleichbehandlungsfragen konzentriert und die Wirtschaftlichkeit nur unter diesem Aspekt beschlägt.

Dementsprechend ist **nicht** davon auszugehen, dass die weiteren unter der Frage 1.2/a angesprochenen Texte (einschliesslich der IVöB; diese ist weniger übergeordnetes denn durch den

Kanton Graubünden mit erarbeitetes und sodann souverän beschlossenes Recht) dem übergeordneten Recht in Bezug auf Wettbewerbsabreden widersprochen hätten. Das gilt auch für die Aktennotiz vom 27. Juni 2000 (vgl. oben 2e), welche das anwendbare Recht korrekt wiedergibt und gar für einen bestimmten Bereich über das gesetzliche Minimum hinausgehende Präventionsmaßnahmen vorschlägt.

Zur Bundesverfassung ist anzufügen, dass das Gesagte auch im Licht von Art. 96 BV gilt: Das auf diese Bestimmung abgestützte und auch für öffentliche Vergabestellen geltende KG sieht **keine Präventions- oder Prüfpflichten potentieller Abspracheopfer** vor. Dementsprechend sind die dargestellten Rechtsgrundlagen auch insoweit konform mit dem übergeordneten Recht.

In Bezug auf den Umstand, dass verwaltungsinterne **Weisungen** spezifisch mit Bezug auf die Prävention oder das Aufspüren von Absprachen im Untersuchungszeitraum nicht bestanden zu haben scheinen (abgesehen möglicherweise von der Aktennotiz vom 27. Juni 2000; vgl. dazu oben 2e), ist ein Doppeltes anzufügen.

Erstens: Aus der **Vergabegesetzgebung** lassen sich jedenfalls für den Untersuchungszeitraum entsprechende Pflichten nicht ableiten, woran nichts ändert, dass diese Gesetzgebung faktische Aktivitäten oder (finanz-)rechtliche Pflichten betreffend Prävention oder Aufspüren von Wettbewerbsabreden nicht verböte.

Zweitens: Das im Untersuchungszeitraum anwendbare **Finanzrecht** enthält Grundregeln, auf denen sich Erlasse betreffend Pflichten von Vergabestellen zur Prävention und zum Aufspüren von Wettbewerbsabreden in Submissionsverfahren ohne weiteres abstützen liessen, da die Berücksichtigung eines absprachebetroffenen Angebots in der Regel unwirtschaftlich in dem Sinne ist, als ein unnötig schlechtes Preis-/Leistungsverhältnis akzeptiert und die Absprachebeteiligten in diesem Sinn faktisch subventioniert werden. Indessen sind aus dem im Untersuchungszeitraum geltenden Finanzrecht keine konkreten Pflichten abzuleiten.

b. Regeln der Fachkunde (bezüglich der Organisation einer Ausschreibung)

Es gab nach dem Wissen der Berichterstatter im Untersuchungszeitraum **keine allgemein anerkannten Regeln der Fachkunde** bezüglich des Umgangs mit Wettbewerbsabreden bei Vergabeverfahren öffentlicher Auftraggeberinnen, die über das sich aus den anwendbaren Rechtsgrundlagen Ergebende hinausgegangen wären. Vorbehalten bleibt die durchaus kluge (aber auf das Einladungsverfahren auszuweitende) Empfehlung des Submissionshandbuchs betreffend die Nichtbekanntgabe des Kreises der Anbieter im selektiven Verfahren.

Das Phänomen von insbesondere im Baubereich auftretenden Wettbewerbsabreden bei öffentlichen Beschaffungen war im gesamten Untersuchungszeitraum **als Risiko allgemein bekannt**. Indessen ist zu beachten, dass Absprachen damals noch nicht sehr lange Zeit streng verboten waren, und gesetzliche Grundlagen für eine harte kartellrechtliche Sanktionierung wurden erst 2004 geschaffen.¹⁵ Eine allgemeine Überzeugung, Absprachen müssten nicht nur bei allfälliger

¹⁵ Art. 49a KG (i.K. seit 1.4.2004; AS 2004 1385).

Aufdeckung (und bei grobfahrlässigem Übersehen), sondern durch Prävention und Untersuchungen bekämpft werden, herrschte zumindest während eines wesentlichen Teils des Untersuchungszeitraum (noch) nicht (vgl. auch unten 9a in fine betreffend die Umfrage der BPUK aus dem Jahr 2000).

Erst 2009 veröffentlichte die **OECD** erstmals «Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement»¹⁶. Im Jahr 2012 folgte die «Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement»¹⁷ (inzwischen sind weitere OECD-Publikationen zum Thema erschienen). Im Hinblick auf die Prävention und das Aufspüren enthalten diese Texte Informationen über das Wesen und die Funktion von Wettbewerbsabreden sowie Checklisten, anhand deren allenfalls gewisse Indizien für Absprachen gefunden werden können. Ob allerdings die Beachtung dieser Leitlinien und Empfehlungen als «Regel bzw. Gebot der Fachkunde» für öffentliche Beschaffungen zu betrachten ist, lässt sich jedenfalls den zitierten Texten selbst nicht entnehmen, da sich diese als reine Empfehlungen konstituieren, was den Schluss zulässt, dass es den Regeln der Fachkunde vielleicht widerspricht, gar keine Prävention zu betreiben, nicht aber, sie anders zu betreiben als von der OECD empfohlen. Heute (2020) dürfte nach Ansicht der Berichterstatter eine vollständige Missachtung des materiellen Gehalts der genannten OECD-Dokumente als Verstoss gegen die Regeln der Fachkunde gelten; daraus ergibt sich aber nicht, dass dies schon im Untersuchungszeitraum so war.

Es kann trotz des Umstands, dass die Zeitpunkte der jeweiligen Publikation der erwähnten OECD-Dokumente noch in den Untersuchungszeitraum fallen, nicht davon ausgegangen werden, dass noch während des Untersuchungszeitraums auch schon die **Überzeugung den Status der allgemeinen Anerkennung erlangt** hätte, dass eine Vergabestelle, welche grundsätzlich auf besondere Präventions- und Detektionsmassnahmen (insb. gemäss den OECD-Checklisten) verzichtet, gegen die Regeln der Fachkunde verstieesse. Daher lässt sich auch unter diesem Aspekt nicht feststellen, dass die unter der Frage 1.2/a festgestellten Grundlagen den Regeln der Fachkunde widersprochen hätten.

4. Frage 1.2/c: Allgemeine Beachtung

Die Frage 1.2/c lautet:

«Wurden diese Vorschriften und Prozesse, Richtlinien und Weisungen im Untersuchungszeitraum im Allgemeinen eingehalten?»

Die Frage meint mit **«Vorschriften und Prozesse, Richtlinien und Weisungen»** jene Dokumente, die unter der Frage 1.2/a festgestellt wurden.

¹⁶ <https://www.oecd.org/competition/guidelinesforfightingbidrigginginpublicprocurement.htm> (zuletzt besucht am 19.2.2020).

¹⁷ <https://www.oecd.org/competition/oecdrecommendationonfightingbidrigginginpublicprocurement.htm> (zuletzt besucht am 19.2.2020).

Den Berichterstattern ist **nicht bekannt**, dass die Pflicht zur Einholung der Selbstdeklaration und zur entsprechenden Behandlung der Offerten von den entsprechend betrauten Mitarbeitenden von BVFD und TBA allgemein bzw. systematisch oder regelmässig missachtet worden wäre. Ob eine allfällige Pflicht zur Einholung weiterer Informationen (aufgrund des Vorliegens von spezifischen Indizien) allgemein beachtet oder missachtet wurde, können die Berichterstatter auf einer allgemeinen Ebene nicht beurteilen, da keine repräsentative Sammlung von Fällen bekannt ist, in denen aus damaliger Sicht ein begründeter Verdacht auf Absprachen bestand.

Im Übrigen können die Berichterstatter **nicht allgemein** (bzw. im Sinne eines Systems oder einer Regelmässigkeit) feststellen, dass, wenn eine Absprache während des Verfahrens erkannt worden war, absprachebetroffene Angebote bewusst oder grobfahrlässig anstatt vom Verfahren ausgeschlossen mit dem Zuschlag bedacht worden wären, dass allfällige Abspracheparteien nicht sanktioniert worden wären oder dass absprachebetroffene Verfahren nicht abgebrochen (und allenfalls durch eine Freihandvergabe ersetzt) worden wären.

In diesem Sinn kann **nicht festgestellt** werden, dass die Frage 1.2/c zu verneinen wäre.

5. Frage 1.2/d: Weitere allgemeine Praxen

Die Frage 1.2/d lautet:

«Gab es im Untersuchungszeitraum gelebte Praxen in Bezug auf Absprachen, die in den vorerwähnten Vorschriften und Prozessen, Richtlinien und Weisungen nicht erwähnt werden?»

Die Frage meint mit **«Vorschriften und Prozesse, Richtlinien und Weisungen»** jene Dokumente, die unter der Frage 1.2/a festgestellt wurden.

Unter der Wendung **«Praxen in Bezug auf Absprachen»** werden im Folgenden Vorgehensweisen verstanden, die ihrem offiziellen Zweck entsprechend der Prävention und Detektion von Wettbewerbsabreden dienen.

Den Berichterstattern sind im Rahmen des Untersuchungsauftrags 1 **keine entsprechenden Praxen** zur Kenntnis gekommen oder gebracht worden. Das heisst nicht, dass es solche Praxen nicht gegeben haben mag, namentlich bei einzelnen Mitarbeitenden oder Teams. Manche Mitarbeitende haben in diesem Sinn vielleicht beispielsweise in jeder Submission die Einzelpreise und die Machart der verschiedenen Offerten querverglichen.

Soweit davon auszugehen ist, dass die mit Vergaben betrauten Mitarbeitenden dann einen spezifischen, informellen oder formellen Prozess auslösten, wenn sie feststellten, dass sogar die **preislich günstigste Offerte oberhalb der Kostenschätzung** lag, ist festzuhalten, dass es hier um ein Indiz geht, welches zur Erkennung von plötzlich bzw. neu auftretenden Absprachen nützlich sein kann, kaum aber im Fall von systematisch wirkenden (und damit den in der Kostenschätzung angenommenen Marktpreis wahrscheinlich mittel- und langfristig beeinflussenden) Abreden. Im

Übrigen gibt es zahlreiche Gründe für die Überschreitung der Kostenschätzung durch die Submissionsofferten, welche mit Absprachen nichts zu tun haben. Insoweit handelt es sich daher in jedem Fall um ein als solches nicht sonderlich verlässliches Indiz.

Indessen ist es aus anderen Gründen zweifelsohne **stets ratsam**, bei Überschreitung der Kostenschätzung durch die Offerten Nachforschungen zu den Ursachen anzustellen und nötigenfalls geeignete Massnahmen zu ergreifen.

6. Frage 1.2/e: Übersehen von Indizien

Die Frage 1.2/e lautet:

«Ergibt sich aus einer Analyse gewisser Daten (aus den Kostenschätzungen, Offertöffnungsprotokollen und Zuschlagsverfügungen) der Vergabeverfahren des TBA aus dem Untersuchungszeitraum, dass Hinweise auf allfällige Absprachen übersehen wurden, welche damals nicht hätten übersehen werden dürfen?»

a. Vorbemerkung

Den Berichterstattern wurde im Rahmen des Untersuchungsauftrags 1 ein den Untersuchungszeitraum betreffendes **Excel-Dokument** zur Verfügung gestellt («20181005_Vergaben KREKO_2002-2012 final.xlsx»; das Dokument «20181005_Vergaben NEOS_2013-2017 final.xlsx» betrifft nicht den Untersuchungszeitraum). Dieses Dokument enthält keine Daten betreffend Kostenschätzungen, Offertöffnungsprotokolle (bzw. Anbieterkreis und offerierte Summen) oder Zuschlagsverfügungen (dies unter der Ausnahme des Umstands, dass das Dokument Listen von Zuschlagsempfängerinnen und vergebenen Projekten enthält, welche allerdings keine Zuschlags- oder Vertragssumme nennen).

Aufgrund der im erwähnten Excel-Dokument enthaltenen **Listen von Zuschlagsempfängerinnen und vergebenen Projekten** kann auch unter Berücksichtigung der zu jedem Projekt mit aufgelisteten **Kreditsumme** (und selbst dann, wenn diese fiktiv mit der Zuschlags- bzw. Vertragssumme gleichgesetzt würde) nichts zur Frage 1.2/e ausgesagt werden. Denn Kostenschätzungssummen enthalten die Listen nicht, ebensowenig Informationen aus den Offertöffnungsprotokollen (Anbieterkreis und gebotene Summen).

Zugleich ist auch festzuhalten, dass die im Excel-Dokument enthaltenen Listen **keine Schlussfolgerung zulassen**, die (in sinngemässer Weiterführung der Frage 1.2/e) dahinginge, dass allfällige Hinweise auf allfällige Absprachen übersehen worden wären. Diese Unmöglichkeit ergibt sich aus dem Umstand, dass die erwähnten Listen stark aggregiert sind und kaum dem entsprechen, was eine bei Vergaben behördenseits mitwirkende Person während ihrer Tätigkeit wahrnimmt (doch dies ist die Perspektive, welche unter der Frage 1.2/e relevant ist).

Es ist zwar nicht auszuschliessen, dass die in den Listen erfassten Vergaben zum Beispiel nach Auftragsgrössenordnungen gruppiert und sodann **in Abhängigkeit des jeweiligen**

Ausführungszeitraums dargestellt werden und dass auf dieser Grundlage geprüft werden könnte, ob Anzeichen für Turnus-Abmachungen erkennbar sind (vielleicht würde festgestellt, dass bei den einfacheren Tiefbauaufträgen zwischen CHF 3 und 10 Mio. über die Zeit hinweg der Zuschlag in relativ regelmässig wiederkehrenden Abständen jeweils an verschiedene Unternehmen ergangen ist).

Abgesehen davon aber, dass eine solche Untersuchung mit verschiedenen praktischen Schwierigkeiten zu kämpfen hätte (insbesondere könnte jede Kategorisierung der Aufträge, aber auch jeder Verzicht auf eine Kategorisierung, in den Daten möglicherweise enthaltene Hinweise verwischen, und es wäre wertend zu entscheiden, wie mit den an Arbeitsgemeinschaften erteilten Zuschlägen umzugehen ist), ist vor allem festzustellen, dass Mitarbeitende von Vergabestellen die sich aus einer solchen Darstellung ergebenden Erkenntnisse nur gewinnen können, wenn sie eine solche Darstellung **effektiv herstellen** («von blossem Auge» dürften Turnusbewegungen in praxi höchstens ausnahmsweise und nur aufgrund von grosser Erfahrung und entsprechender Intuition wahrnehmbar sein, weil sie sich nicht notgedrungen auf die Vergaben einer bestimmten Vergabestelle beschränken und weil man, um sie erkennen zu können, in der Regel den richtigen Zeitraum betrachten muss, zum Voraus aber unklar ist, welcher Zeitraum der richtige ist). Dass aber Vergabestellenmitarbeitende im Untersuchungszeitraum dazu angehalten gewesen wären, solche Darstellungen zu produzieren, ist grundsätzlich nicht anzunehmen, da in der Praxis erst in den vergangenen Jahren ein Nachdenken darüber begonnen hat, welche Daten langfristig erfasst und wie diese Daten sodann aufbereitet werden könnten, um zu ermöglichen, dass daraus allenfalls Indizien für Absprachen abgeleitet werden.

b. Daten aus Kostenschätzungen und Zuschlägen

Im Übrigen lässt sich unter Ausblendung des Umstands, dass den Berichterstattern **keine Daten** betreffend Kostenschätzungen, Offertöffnungsprotokolle und Zuschlagssummen vorliegen, das Folgende anfügen.

Ein Indiz für eine Wettbewerbsabrede kann, zumindest theoretisch, im Umstand gesehen werden, dass der Preis des bei der Vergabe berücksichtigten Angebots über der Summe der (sorgfältig vorgenommenen) **Kostenschätzung der Vergabestelle** (bzw. ihrer Verwaltungshelfer) oder nur wenig darunter liegt. Die Annahme hinter diesem Indiz lautet, dass im Fall von Abreden nicht selten alle involvierten Offerten Preise enthalten, die über jenen liegen, welche die betreffenden Unternehmen ohne Absprache böten (das trifft in diesen Fällen gerade auch auf jenes Angebot zu, das nach der Absicht der Absprechenden den Zuschlag erhalten soll). Diese Preiserhöhung führt, wenn die Absprache erfolgreich ist (wenn also das für den Zuschlag vorgesehene Angebot nicht durch eine Aussenseiter-Offerte unterboten wird), häufig dazu, dass der Preis des Zuschlagsangebots über dem Betrag der Kostenschätzung liegt, mitunter auch deutlich, oder dass er sich jedenfalls nicht weit darunter befindet. Allerdings sind in diesem Zusammenhang drei Umstände zu beachten.

Erstens dienen nicht alle Absprachen dem Zweck der **Erhöhung des Preisniveaus**; vielmehr sind auch «sinnvolle» (d.h. aus Sicht der Absprechenden rationale) Absprachen denkbar, bei denen das für den Zuschlag vorgesehene Angebot marktgängige oder gar kompetitiv niedrige Preise

enthält und bei denen es den Absprechenden «nur» darum geht, zu bestimmen, wer welches Projekt (und damit: welche Arbeit zu welchem Zeitpunkt) erhält, damit die Unternehmen möglichst langfristig planen und möglichst schwankungsfrei produzieren können. Hier sind an sich keine Ausgleichszahlungen zu leisten, und auch sonst gibt es keinen zwingenden ökonomischen Bedarf nach künstlicher Erhöhung der Preise (wenngleich eine entsprechende Tendenz aufgrund des Erlahmens des Wettbewerbs nicht ganz von der Hand zu weisen sein dürfte). Solche Turnusabsprachen zu Marktpreisen werden daher mit Daten aus Kostenschätzungen kaum je detektierbar sein (hier erscheinen eher schon Untersuchungen bezüglich der Regelmässigkeit der Erteilung bestimmter Aufträge an bestimmte Unternehmen über längere Zeiträume hinweg als zielführend).

Zweitens mag der Vergleich zwischen der Kostenschätzung und dem Zuschlagspreis bei plötzlich bzw. neu auftretenden Absprachen ein Indiz liefern (das gilt jedenfalls dann, wenn der Letztere deutlich über der ersten liegt, obschon diese sorgfältig vorgenommen wurde und exakt den gleichen Gegenstand betrifft wie der Zuschlag). Wenn aber Absprachen, die mit künstlich erhöhten Preisen operieren, regelmässig oder gar **systematisch**, gewissermassen flächendeckend wirken, indessen nicht aufgedeckt oder toleriert werden, ist nicht auszuschliessen, sondern eher wahrscheinlich, dass die Kostenschätzungen nach und nach die absprachebedingte Erhöhung der Preise als Ergebnis der Marktkräfte missverstehen und nachvollziehen, so dass sie in der Folge selbst überhöht sind und somit als Hinweislieferant ausscheiden.

Drittens ist in Bezug auf Daten aus Kostenschätzungen ganz allgemein zu bemerken, dass diese Schätzungen nicht immer den genau gleichen Gegenstand haben wie ein Zuschlag (mitunter werden in der Zwischenzeit Änderungen am Projekt vorgenommen), dass sie (in der Natur einer Prognose liegende und daher nicht als vorwerfbare Fehler zu bezeichnende) Fehleinschätzungen bezüglich der zu erwartenden Preise enthalten können (indem sie beispielsweise die Kostenfolgen bestimmter Leistungserschwerisse unterschätzen) und dass sie in dieser Hinsicht auch sonst nicht stets nach den Regeln der Kunst verfasst sind, sondern mitunter «verdeckte Reserven» enthalten (diese Reserven müssen nicht in den Mengen, sondern können auch in den supponierten Marktpreisen stecken). Ebenso können sie von anderer Unsorgfalt betroffen sein. In diesem Sinn kann eine Kostenschätzung höchstens nach einzelfallweiser, genauer Verifikation durch Fachleute als tatsächlich **verlässliche Datenlieferantin** betrachtet werden. Ohne solche Verifikation besteht das Risiko, dass der Vergleich zwischen Kostenschätzung und Zuschlagssumme nicht die Aussage erlaubt, die ihm unterstellt wird.

Insgesamt ist nach dem Gesagten nicht davon auszugehen, dass sich aufgrund von Daten aus Kostenschätzungen (allenfalls kombiniert mit Daten aus Zuschlägen) Aussagen darüber machen liessen, ob im Untersuchungszeitraum allfällige Indizien für Absprachen übersehen wurden. Solche Daten sind aus verschiedenen Gründen **kaum geeignet**, Indizien für Absprachen sichtbar werden zu lassen. Und wenngleich der Beginn der Wirkung einer bestimmten, mit künstlich erhöhten Preisen operierenden Absprache in einem Einzelfall mit Blick auf die entsprechende Kostenschätzung theoretisch als plötzlicher Anstieg des Preisniveaus wahrnehmbar sein kann, ist eine Absprache im Einzelfall meist nicht die einzige mögliche Erklärung für den Anstieg. Es kann daher in einer nachträglichen Prüfung kaum mehr eruiert werden, welche der über einen bestimmten Zeitraum hinweg feststellbaren plötzlichen Anstiege als Indiz für eine Absprache hätte bewertet

werden sollen und welcher nicht. Klar ist in jedem Fall, dass die Überschreitung der Kostenschätzung durch das Zuschlagsangebot nicht per se als Indiz für eine Absprache zu betrachten ist und dass daher nicht jede nach Feststellung einer solchen Überschreitung erfolgte Unterlassung der Untersuchung, ob eine Absprache vorliege, als Fehlverhalten bezeichnet werden kann.

c. *Daten aus Offertöffnungsprotokollen*

Grundsätzlich zielführend kann es demgegenüber sein, Daten aus Offertöffnungsprotokollen (konkret: die offerierenden Unternehmen und die offerierten Summen) mit der Bezeichnung des jeweiligen Zuschlagsempfängers zu ergänzen und sodann nach einem Muster zu suchen, bei dem der **tiefste Offertpreis relativ deutlich unterhalb der nachfolgenden Preise** liegt und zugleich diese **nachfolgenden Preise (nahezu) alle innerhalb einer relativ geringen Bandbreite** liegen. Beides lässt sich, wo gegeben, schon aufgrund einer Betrachtung der nach Betrag geordneten Preise und insbesondere bei einer Kalkulation und Notierung der prozentualen Verhältnisse zwischen den Preisen «von blossem Auge» erkennen, erst recht aber mithilfe von Computertechnik.

Eine gewisse **Häufung dieses Musters** insbesondere dort, wo es um mehr oder minder gleichartige Arbeiten geht, kann ein Indiz für Absprachen darstellen. Im Hintergrund dieser Feststellung steht die Annahme, dass die Absprechenden davon ausgehen können und müssen, dass das Preiskriterium (jedenfalls im Baubereich) eine wichtige und häufig auch (faktisch allein) entscheidende Rolle spielt.

Deswegen sorgen die Absprachebeteiligten in der Regel dafür, dass das für den Zuschlag vorge sehene Angebot preislich am tiefsten liegt. Weil aber der Preis im Vergabeverfahren gewissen Detailbereinigungen (und damit: Unwägbarkeiten) unterworfen sein kann und weil abgesehen davon in aller Regel zumindest de iure nebst dem Preis auch noch weitere (qualitative und damit schwieriger zu steuernde) Zuschlagskriterien anwendbar sind, weswegen in der Gesamt rangierung ein nur knapp am günstigsten offerierter Preis noch durch ein anderes Angebot überholt werden könnte, sind die Absprechenden geneigt, zwischen dem günstigsten und dem nächstfolgenden Preis einen **Abstand von einer gewissen Grösse** zu setzen, damit selbst bei einer qualitativ besseren Bewertung einer preislich nachfolgenden Offerte die preislich günstigste und für den Zuschlag vorgesehene Offerte am meisten Gesamtpunkte erhält und so zum Zuge kommt.¹⁸ Dabei ist klar, dass der Abstand umso grösser sein muss (damit das Ziel erreicht werden kann), je höher die nichtpreislichen (qualitativen) Zuschlagskriterien bei der konkreten Vergabe gewichtet sind, denn umso mehr müssen die Absprechenden fürchten, dass allein die Bestimmung des Tiefstpreises den Zuschlag nicht bestimmen kann.

Weiter müssen die Absprechenden annehmen, dass die Vergabestelle dann, wenn sie feststellen müsste, dass die Unternehmen, die in einem konkreten Fall durch die Absprechenden nicht für den Zuschlag vorgesehen sind, sehr viel höhere Preise als in anderen Fällen bieten, stutzig werden und Fragen stellen würde. Darum achten die Absprechenden, die im konkreten Fall den Zuschlag nicht erhalten sollen, häufig darauf, **preislich nicht allzu hoch zu greifen** und nur darauf

¹⁸ Vgl. D. IMHOFF, Simple Statistical Screens to Detect Bid Rigging, Working Papers SES (UNIFR) Nr. 484, VII.2017, S. 22.

zu achten, immer noch in hinreichendem Mass höher als das für den Zuschlag vorgesehene Unternehmen zu bieten. Das führt dazu, dass sie alle relativ ähnliche Preise bieten bzw. dass die Bandbreite der Preise, welche diese Unternehmen offerieren, relativ gering ist, gerade auch im Vergleich mit dem Abstand zwischen dem günstigsten und dem zweitgünstigsten Preis.¹⁹

In Bezug auf die Fragestellung 1.2/e allerdings ist festzuhalten, dass nach Auffassung der Berichterstatter nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, dass die hier infrage stehenden, mit Vergaben betrauten und regelmässig Offertöffnungsprotokolle zur Kenntnis nehmenden Personen im Untersuchungszeitraum **hinreichendes Wissen** über die geschilderten Mechanismen und die sich daraus ergebenden Indizien hatten. Zu jener Zeit waren Wettbewerbsabreden längst keine offiziellen Usanzen und auch keine Kavaliersdelikte mehr, doch bestand auch keine spezifische Initiative, solche Abreden durch systematische Auswertung von Daten aufzuspüren zu versuchen.

Müsste jedoch festgestellt werden, dass das beschriebene Muster im Untersuchungszeitraum **in ganz grosser Häufigkeit** auftrat, zumindest bei bestimmten Arbeitsgattungen, Auftragsgrössen oder Regionen, und dass dabei oft ein ganz erheblicher Abstand zwischen dem günstigsten und dem zweitgünstigsten Preis und zugleich eine nachgerade auffällig geringe Streuung der nicht an der Spitze liegenden Preise vorlag, kann möglicherweise nicht verneint werden, dass diese Regelmässigkeit an sich und zunächst ganz losgelöst von der Frage der Wettbewerbsabreden hätte Fragen aufwerfen müssen. Dies kann aber nur dann zutreffen, wenn es Personen gab, die diese Muster zur Zeit und im gewöhnlichen Rahmen ihres Wirkens tatsächlich erkennen konnten.

d. Zu den OECD-Checklisten

Der Vollständigkeit halber ist hier festzuhalten, dass die bereits erwähnten OECD-Dokumente «Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement» (S. 12 ff.) und «Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement» (S. 12 ff.) Checklisten für Abspracheindizien enthalten. Diese Listen sind indessen im Rahmen der Frage 1.2/e nicht weiterführend (vgl. dagegen Antwort auf Frage 1.2/g), weil sie Umstände ansprechen, die sich nicht (oder nicht allein) aus Daten aus Kostenschätzungen, Offertöffnungsprotokollen oder Zuschlägen ergeben, sondern häufig eine gehörige Portion **Marktübersicht, Erfahrung und Intuition** im Einzelfall erfordern (woraus sich auch ergibt, dass es auch bei Vorhandensein der objektiven Daten ex post kaum realistisch wäre, zu beurteilen, ob allenfalls offenkundige Indizien von dieser Art übersehen wurden). Das trifft insbesondere auf die folgenden Indizien zu:

- (1) oft ist dasselbe Unternehmen der siegreiche Anbieter;
- (2) die Zuschlagserteilungen weisen geographische Muster in dem Sinn auf, dass bestimmte Unternehmen nur (oder mit signifikanter Häufigkeit) für Aufträge an bestimmten Orten berücksichtigt werden;

¹⁹ Vgl. D. IMHOF (Fn. 18), S. 25.

- (3) regelmässig für ähnliche Vergaben offerierende Unternehmen, von denen ein Angebot vernünftigerweise erwartet werden dürfte, verzichten auf die Teilnahme an bestimmten Verfahren;
- (4) manche Submittenten ziehen ihr Angebot zurück (bzw. versuchen dies);
- (5) manche Submittenten nehmen regelmässig an Verfahren teil, gewinnen aber nie;
- (6) über die Zeit scheint sich eine «faire» Verteilung zwischen den Unternehmen einzustellen, bei der jedes von ihnen regelmässig wieder einen Auftrag erhält;
- (7) Submittenten, die die Leistungen alleine erbringen könnten, offerieren gemeinsam als ARGE;
- (8) der Zuschlagsempfänger überträgt regelmässig Arbeiten auf unterlegene Anbieter (als Subunternehmer) bzw. er versucht, dies zu tun;
- (9) der Zuschlagsempfänger verzichtet auf den Vertragsschluss, taucht indes später als Subunternehmer des später zum Zuschlagsempfänger gemachten Unternehmens auf;
- (10) die Wettbewerbsteilnehmer treffen sich regelmässig, oder sie treffen sich kurz vor Eingabeschluss.

Zu Punkt (1) ist zu präzisieren, dass die blosse Häufung der Auftragserteilung an bestimmte Unternehmen für sich genommen kein Abspracheindiz ist, sondern nur die auffällige Häufung, was eine **wertende Betrachtung** verschiedener Aspekte des Kontextes der jeweiligen Vergaben voraussetzt. Zudem ist bei auf langfristigen Ausgleich (und Strukturerhalt) ausgerichteten Wettbewerbsabreden ein Indiz (1) gerade nicht feststellbar, es sei denn, es geht um bestimmte Aufträge in bestimmten Regionen, doch hängt hier alles von den getroffenen Annahmen ab.

Zu Punkt (2) ist festzuhalten, dass dann, wenn eine sehr hohe örtliche Konzentration insoweit feststellbar wäre, dass bestimmte Aufträge an bestimmten Orten über längere Zeiträume (nahezu) immer nur einem (oder allenfalls: nur zwei oder drei) Unternehmen erteilt wurden, allenfalls ex post gesagt werden könnte, dass Auffälligkeiten trotz Erkennbarkeit übersehen wurden. Das setzt konkrete langjährige **Erfahrung** und die Herstellung entsprechender Arten der Betrachtung bzw. von örtlich sortierten Statistiken voraus.

Punkt (3) erfordert offensichtlich eine grosse **Erfahrung und Marktübersicht**. Dasselbe gilt für Punkt (7).

Punkt (4) betrifft nach den Kenntnissen der Berichterstatter ein in der Schweiz auch bei Vorhandensein von Absprachen **recht selten** vorkommendes Phänomen. Dasselbe gilt für Punkt (8) und mehr noch für Punkt (9).

Punkt (5) kann bei Vorhandensein von Absprachen nur unter **Bezugnahme auf bestimmte Auftragsarten und bestimmte Orte** von weiterführender Aussagekraft sein. Dazu kommt, dass die meisten Anbieter auch andere Kundenkreise haben.

Punkt (6) ist entgegen einem möglichen Anschein **kein leicht festzustellendes Indiz**. Erst bei richtiger Einstellung des Betrachtungszeitraums, des Perimeters der Orte der betrachteten Beschaffungen (bzw. Baustellen) und der Art von Leistungen kann ein Turnus auffallen, da Absprachen nicht notgedrungen alle Arten und Orte von Beschaffungen betreffen. Zugleich ist zu beachten, dass die Absprachebeteiligten, wenn sie nicht alle nur in gleichen Märkten tätig sind, mitunter komplexe Systeme zur Ausgleichsberechnung (bei der auch der Unternehmensgrösse Rechnung getragen werden kann) anwenden, so dass die Absprache eine grosse Bandbreite von Arten von Leistungen und Grössen von Aufträgen umfassen kann, womit die Feststellung eines Turnus aufgrund der objektiven Betrachtung der Verteilung von Aufträgen umso schwieriger wird. Dazu gesellt sich der Umstand, dass eine Absprache meistens nicht nur die Beschaffungen einer einzigen Auftraggeberin betrifft und dass der absprachegesteuerte Turnus daher erst bei Betrachtung der Daten mehrerer (oder idealerweise aller betroffener) Auftraggeberinnen zum Vorschein tritt.

Den Berichterstattern ist im Rahmen des Untersuchungsauftrags 1 nicht bekannt, inwiefern die hier interessierenden Personen von allfälligen Treffen im Sinn von Punkt (10) sowie von den dort behandelten Gegenständen **Kenntnis** hatten oder gehabt haben könnten. Falls ernsthafte Vermutungen oder sichere Kenntnisse über solche Versammlungen und zudem darüber bestanden haben sollten, dass an diesen Versammlungen Absprachen (betrifft öffentliche Submissionen) getroffen oder koordiniert bzw. konkretisiert werden, wäre festzustellen, dass es den allgemeinen dienstlichen Sorgfaltspflichten der betreffenden Personen widersprochen hätte, wenn solche Kenntnisse nicht den zuständigen internen Stellen gemeldet worden wären. Ebenso hätten es diese Sorgfaltspflichten erfordert, dass die beteiligten (und aufgeklärten) Personen in möglicherweise durch die fraglichen Absprachen betroffenen Submissionsverfahren bezüglich allfälliger Abspracheindizien besonders aufmerksam sind. Solange jedoch kein (vergaberechtlich genügender) Nachweis möglich ist, dass die Versammlung die konkrete Submission betraf bzw. dass diese Submission durch eine Absprache betroffen ist, konnte die Kenntnis von Versammlungen allein weder einen Verfahrensausschluss noch einen Verfahrensabbruch oder andere vergaberechtliche Konsequenzen bewirken.

7. Frage 1.2/f: weitere Punkte

Die Frage 1.2/f lautet:

«Sind den Beauftragten Punkte ausserhalb der vorstehenden Fragen aufgefallen, die ihnen als berichtenswert erscheinen?»

Nein – beziehungsweise: Alles Weiterführende, was den Berichterstattern als empfehlenswert erscheint, wird **unter den jeweiligen Sachfragen** abgehandelt (vgl. insb. Frage 1.2/g).

8. Frage 1.2/g: Empfehlungen

Die Frage 1.2/g lautet:

«Welche Empfehlungen formulieren die Beauftragten – unter Berücksichtigung der durch das BVFD und das TBA ab 2012/2013 bereits getroffenen Massnahmen – an den Kanton?»

Vorbemerkend ist festzuhalten, dass sich die Berichterstatter im Folgenden auf die Frage nach Massnahmen beschränken, die **in allgemeiner Hinsicht** getroffen worden sind oder noch werden könnten, dies unter Ausschluss jener Massnahmen, die in Bezug auf den konkreten Umgang mit in konkreten Fällen verdachtsweise oder in gesicherter Art festgestellten Absprachen getroffen worden sind oder noch werden könnten.

a. Übersicht

Die im vorliegenden Rahmen in Betracht gezogenen **bereits getroffenen Massnahmen** sind die folgenden:

- Anpassung der Vergabeprozesse;²⁰
- Monitoring der offerierten Preise für Hauptbaustoffe wie Strassenbeläge, Kies oder Beton (und Auswertung mittels Software);²¹
- Verhaltenskodex;²²
- Anlaufstelle zur Meldung von möglichen Submissionsabsprachen und Korruptionshinweisen;²³
- Kurse für Beschaffungspersonal;²⁴

²⁰ vgl. RB 2016 Prot. Nr. 6, Ziff. 2, S. 1 ff.; Bericht betreffend das Projekt «Überprüfung der internen Kontrollinstrumente zur Erkennung von Submissionsabsprachen und zur Vermeidung von Baubeschaffungen zu marktüberhöhten Preisen» vom 11.12.2014, Ziff. 3.1, S. 3.

²¹ vgl. RB 2016 Prot. Nr. 6, Ziff. 3, S. 3.

²² vgl. RB 2016 Prot. Nr. 6, Ziff. 3, S. 3; Verhaltenskodex für die Prävention der Korruption bei öffentlichen Beschaffungen des Bau-, Verkehrs- und Forstdepartements vom 15.12.2014 mitsamt der Ergänzung des TBA/KI vom 1.4.2015.

²³ vgl. RB 2016 Prot. Nr. 6, Ziff. 3, S. 4; Bericht betreffend das Projekt «Überprüfung der internen Kontrollinstrumente zur Erkennung von Submissionsabsprachen und zur Vermeidung von Baubeschaffungen zu marktüberhöhten Preisen» vom 11.12.2014, Ziff. 3.4, S. 6; Dokument «Ablaufschema bei Meldungseingang einer Submissionsabsprache_5Juni2018.pdf».

²⁴ vgl. RB 2016 Prot. Nr. 6, Ziff. 3, S. 4.

- Weisung (der Kantonsregierung), die Checkliste «Indizien für Submissionsabsprachen» unterhalb von CHF 20 000 «stichprobenweise» und ab diesem Betrag systematisch anzuwenden.²⁵

b. Anpassung der Vergabeprozesse

Im Rahmen der Überprüfung der Vergabeprozesse hinsichtlich der Vermeidung und der Erkennung von Submissionsabsprachen sowie der Vermeidung von überteuerten Baubeschaffungen wurde ein **Bündel von Massnahmen** getroffen, die im Folgenden kurz diskutiert werden (vgl. Bericht betreffend das Projekt «Überprüfung der internen Kontrollinstrumente zur Erkennung von Submissionsabsprachen und zur Vermeidung von Baubeschaffungen zu marktüberhöhten Preisen» vom 11.12.2014, Ziff. 3.1, S. 3).

- *Verzicht auf die Durchführung von fakultativen Begehungen:* Diese Massnahme ist zu begrüßen, hat aber für sich allein genommen **keine grosse Wirkung**, weil sie nur fakultative Begehungen (und nicht auch die notwendigen Begehungen) betrifft, weil Absprachen nicht nur im Rahmen oder infolge von Begehungen getroffen werden und weil eine gewisse Kenntnis über das zu erwartende Teilnehmerfeld der Submission jedenfalls im Baubereich auch ohne Begehung häufig vorhanden ist oder erlangt werden kann. Die Berichterstatter empfehlen, über separate Begehungen für jedes interessierte Unternehmen nachzudenken, wo das mit Blick auf die Anzahl Teilnehmender und den Umfang des Auftrags (verglichen mit dem durch separate Begehungen verursachten Aufwand) verhältnismässig ist.
- *Verzicht auf die Bekanntgabe von Detailbudgetzahlen sowie von allen weiteren Informationen an Dritte, welche Rückschlüsse auf die Auftragshöhe einer Einzelvergabe zulassen (z.B. interne Kostenschätzungen):* Diese Massnahme ist zu **begrüßen**, weil sie ein Abstimmen von gesteuerten Offertsummen auf die Erwartungen der Auftraggeberin erschwert. Die Berichterstatter empfehlen (falls das nicht geschehen ist), auch bei Mitteilungen über den Zeitpunkt der Durchführung von Baumassnahmen und Ausschreibungen allgemein Vorsicht walten zu lassen, um allfällige Abreden nicht durch einen Gewinn an Planungssicherheit zu unterstützen. Im Übrigen stellt sich aus Sicht der Berichterstatter die Frage, ob auch Publikationen wie die Preise, welche in den «Projektierungsgrundlagen Kunstbauten 2018» vermerkt sind (vgl. www.gr.ch/DE/institutionen/verwaltung/bvfd/tba/dokumentation/Projektierung-und-Ausfuehrung/Seiten/Kunstbauten.aspx; Excel-Dokument «2420 Preise Voranschlag»), im Sinne der hier angesprochenen Massnahme künftig unterlassen werden könnten und sollten.
- *Anwendung einer Checkliste betreffend Indizien von Submissionsabsprachen:* Diese Massnahme ist zu **begrüßen**; vgl. im Übrigen weiter unten.
- *Verstärkte Überprüfung der offerierten Einheitspreise hinsichtlich Marktkonformität:* vgl. hierzu weiter unten.

²⁵ vgl. RB 2016 Prot. Nr. 6, Ziff. 4, S. 5 f., sowie Dispositiv Ziff. 2; Checkliste Indizien für Submissionsabsprachen (CIS).

- *Zwingende Meldung durch den Projektleiter an den zuständigen Vorgesetzten, falls Offertpreise über einem Kostenvoranschlag, über einer Kostenschätzung oder über den allgemeinen Erfahrungswerten liegen oder wenn andere Indizien für Preisabsprachen bestehen:* Diese Massnahme ist nicht abzulehnen, indessen ist das Folgende festzustellen: Die Meldepflicht bezüglich anderer Indizien für Absprachen besteht bereits im Zusammenhang mit der Checkliste. Die Formulierung der hier zitierten Massnahme lässt den Eindruck entstehen, dass **jede Überschreitung ein Indiz** für Absprachen darstellt; ein solcher Eindruck wäre unzutreffend, und die Vorgesetzten würden mit letztlich nicht relevanten Meldungen überhäuft. Zunächst sollte es nur um Gesamtpreissummen (für einen Auftrag oder einzelne Teile eines Auftrags) gehen, denn Einzelpreise können immer wieder über den im Kostenvoranschlag oder in der Kostenschätzung angenommenen Preisen liegen, ohne dass das notgedrungen mit einer Absprache zusammenhinge. Im Weiteren sollte es grundsätzlich nur um das preislich tiefste Angebot gehen; nur wenn dieses bei oder über den angenommenen Werten liegt, ist ein Indiz für eine Absprache relativ wahrscheinlich; dass einige Offerten am Ende der Rangliste mitunter recht deutlich über den Annahmen liegen, ist dagegen für sich genommen nichts Besonderes (insbesondere können auch in Abwesenheit von Wettbewerbsabreden Unternehmen die Ausschreibung missverstehen oder einen Auftrag nur bei sehr guter Bezahlung übernehmen wollen, weil sie daran zum gegebenen Zeitpunkt zwar nur mässig interessiert sind, sie aber auf eine Offertstellung nicht verzichten mögen, um bei der Auftraggeberin nicht den Eindruck des totalen Desinteresses aufkommen zu lassen). Ferner ist trotz der Pflicht zur Sorgfalt bei der Erstellung und trotz der stichprobeweisen Überprüfung von Kostenschätzungen und Voranschlägen nicht zu vergessen, dass diese Instrumente mitunter auch einen durchaus funktionierenden Markt nicht adäquat vorherzusagen vermögen und dass Indizien für Absprachen, die sich auf die Kostenschätzung beziehen, unter diesem Aspekt besonders kritisch zu würdigen sind.
- *Stichprobeweise Überprüfung der Kostenvoranschläge bzw. Kostenschätzungen durch den Vorgesetzten:* vgl. hierzu die vorangehenden Bemerkungen. Im Übrigen hängt die Wirksamkeit dieser Massnahme von den entsprechenden **Fach- und Detailkenntnissen** der vorgesetzten Person ab.
- *Zwingende Meldung an den Juristen für Submissionswesen im BVFD, wenn Indizien von Preisabsprachen (im konkreten Einzelfall oder in einer Region) vorliegen:* Diese Massnahme ist zu begrüssen, insbesondere auch die Zuständigkeit einer juristischen Fachperson, welche zur Beantwortung von Fragen zum weiteren Vorgehen, zur Instruktion des Sachverhalts und zur Beurteilung der Frage, ob ein hinreichender Verdacht vorliegt, um weitere Massnahmen zu ergreifen, befähigt ist.
- *Konsequenter Abbruch von Submissionsverfahren, wenn die eingereichten Angebote keinen wirksamen Wettbewerb garantieren bzw. die gültigen Angebote den Kostenrahmen erheblich sprengen:* Diese Massnahme betrifft nicht nur das Thema der (entdeckten) Wettbewerbsabsprachen. Bezogen auf diese jedoch ist die Massnahme jedoch zu begrüssen. Zu bedenken ist dabei, dass der Beschaffungsbedarf in aller Regel bestehen bleiben wird und das daher auch das Verhalten infolge des wegen durchgängiger Absprache erfolgten

Verfahrensabbruchs zu überlegen ist. Zwar ist eine Freihandvergabe zulässig, wenn alle mas-
sgeblichen Angebote abgesprochen waren, doch sollte auch in diesem Fall nach Möglichkeit
nicht ein in die Absprache involviertes Unternehmen, sondern ein Drittunternehmen berück-
sichtigt werden.

- *Rotation der Submittentenliste bei freihändigen Verfahren sowie bei Einladungsverfahren (bei genügender Anzahl an geeigneten Anbietern):*²⁶ Diese Massnahme ist zu **begrüssen**; sie ver-
ringert die Wahrscheinlichkeit, dass ein Unternehmen zum Voraus mit hinreichender Sicher-
heit wissen kann, wer (nebst ihm selbst) zu einer Submission auch noch eingeladen wird bzw.
an der Submission ebenfalls teilnehmen wird. In Bezug auf unterschwellige Freihandverga-
ben, bei denen nur eine Anbieterin eingeladen wird, dürfte die Massnahme allerdings nichts
Besonderes bewirken. Klar ist aber auch hier, dass die Marktgegenseite nicht erfahren darf,
wen eine öffentliche Auftraggeberin für die nächsten freihändig zu vergebenden Aufträge ein-
laden wird, so dass insbesondere regelmässig sich wiederholende Reihenfolgen zu vermei-
den sind. Vgl. zum Einladungs- und zum Freihandverfahren im Übrigen unten 8h.
- *Nichtzulassung von Arbeitsgemeinschaften bei kleineren Bauaufträgen:* Diese (zum heutigen
Zeitpunkt nicht mehr geltende)²⁷ Massnahme steht nach Ansicht der Berichterstatter in einem
Konflikt mit den Grundsätzen der **Gleichbehandlung und der Verhältnismässigkeit**. Zwar
ist nicht zu bestreiten, dass die Bieter- und Arbeitsgemeinschaft eine Form der unzulässigen
Wettbewerbsabrede darstellen kann – wenn die Motive der Gemeinschaftsmitglieder entspre-
chend sind und die Gemeinschaft damit keinen legitimen kommerziellen Grund hat. Dement-
sprechend sind vergaberechtlich auch verschiedene im Einzelfall getroffene Massnahmen,
wie etwa der Ausschluss von Angeboten von Bietergemeinschaften (und auch von solchen
mit Subunternehmerleistungen), zulässig (Art. 15 Abs. 1 SubG/GR), sofern sie mit den Be-
sonderheiten des Einzelfalls objektiv begründet werden können. Ebenso ist es ohne weiteres
zulässig (vgl. auch Art. 15 Abs. 4 SubG/GR betreffend Selbstdeklaration aller Gemeinschafts-
mitglieder), im Fall von Offerten «verdächtiger» Bietergemeinschaften (von denen die Verga-
bestelle denkt, dass sie keinen legitimen kommerziellen Grund haben) entsprechende Nach-
fragen bei den betreffenden Unternehmen zu stellen, um zu ergründen, ob zulässige Gründe
für das Eingehen der Gemeinschaft vorliegen. Eine Massnahme aber, die davon ausgeht,
dass alle Bietergemeinschaften bei Aufträgen unterhalb einer gewissen Summe keinen

²⁶ Im Rahmen der Optimierungsvorschläge des TBA gemäss Sitzung vom 24.9.2013 enthielt die Massnahme noch einen weiteren Punkt: «Rotation der Submittentenliste bei freihändigen Verfahren sowie bei Einladungsverfahren (bei genügender Anzahl an Anbietern; bei Abspracheindizien auch ausserregionale bzw. ausserkantonale Anbieter einzelfallweise anfragen) [Hervorhebung durch die Berichterstatter hinzugefügt]; vgl. zu dieser Thematik unten 8/h.

²⁷ Diese Massnahme wurde gemäss dem Bericht «Projekt 'Überprüfung der internen Kontrollinstrumente zur Erkennung von Submissionsabsprachen und zur Vermeidung von Baubeschaffungen zu marktüberhöhten Preisen' – Nachkontrolle der im Schlussbericht der Projektgruppe vom 11. Dezember 2014 empfohlenen Massnahmen» vom 21.12.2015, Ziff. 2, S. 3, inzwischen wieder fallengelassen. Das wiederum ändert nichts daran, dass die Bildung einer ARGE aus Unternehmen, welche den infrage stehenden Auftrag auch je allein ausführen könnten, als ein gewisses Indiz dafür gewertet werden kann, dass diese ARGE nicht aus wirtschaftlich legitimen Gründen gebildet worden ist. Dieser Punkt figuriert daher zu Recht nach wie vor auf der Checkliste Indizien für Submissionsabsprachen (CIS): «Zwei oder mehr Submittenten reichen gemeinsam ein Angebot ein, obschon jeder einzelne Anbieter in der Lage wäre, selber ein Angebot einzureichen».

legitimen Grund haben, ist übermäßig schematisch, weil faktisch keineswegs ausgeschlossen werden kann, dass bestimmte Unternehmen auch bei kleinen Aufträgen der hier interessierenden Art auf eine Zusammenarbeit angewiesen sind. Zum einen ist vorbehältlich der Eignungsprüfung auch kleinen und kleinsten Unternehmen der Zugang zu öffentlichen Beschaffungen grundsätzlich zu öffnen. Zum anderen und vor allem wäre es nicht zutreffend anzunehmen, ein Unternehmen hätte immer und überall all seine theoretischen Gesamtressourcen zur Verfügung. Selbst grosse Unternehmen haben für relativ kleine Aufträge mitunter nicht alles, was sie dafür brauchen, und jedes Unternehmen ist in eine Mehrzahl von Projekten involviert, die jedes eine bestimmte Menge von Ressourcen binden. Weil die Massnahme in ihrem Geltungsbereich legitime Zusammenschlüsse verbot, behandelte sie diese zu Unrecht gleich wie die illegitimen Zusammenschlüsse. So wird im Übrigen auch – potentiell zum Schaden des hinter der öffentlichen Beschaffung stehenden öffentlichen Interesses – über das Ziel hinausgeschossen, was die Massnahme als unverhältnismässig erscheinen lässt. Es kann nicht gesagt werden, dass eine Einzelfallprüfung, ob eine Bietergemeinschaft allenfalls illegitime Gründe hat, per se ungeeignet wäre, so dass der generelle Ausschluss von Bietergemeinschaften aus allen Vergaben eines bestimmten Bereichs nicht als das am wenigsten einschneidende Mittel erscheint.

- *Verbot der Bildung von Ausmassreserven in den Leistungsverzeichnissen (ausgenommen Rundungszuschläge):* Diese Massnahme steht, soweit ersichtlich, **nicht im Zusammenhang mit Preisabsprachen**, sondern verhindert namentlich Angebotsspekulationen sowie Diskussionen über nicht gedeckte (in die Einheitspreise eingerechnete) Fixkosten (bspw. für Führung und Aufsicht) – und sie ist unter diesem Gesichtspunkt, der ausserhalb des Gegenstands des vorliegenden Untersuchungsauftrags liegt, zu begrüssen. Eine Auswirkung dieser Massnahme auf das Phänomen von Wettbewerbsabreden in der Art, dass das Weglassen von Reserven Absprachen erschweren würde, erscheint den Berichterstattern ausgeschlossen, jedenfalls solange Reserven in den Mengen (und nicht via Annahme überhöhter Preise) gebildet werden.
- *Verstärkte Ausmasskontrolle und Vergleich mit dem Werkvertrag:* Auch diese Massnahme steht, soweit ersichtlich, **nicht im Zusammenhang mit Preisabsprachen**, sondern mit der Verhinderung der Genehmigung übertriebener oder aus anderen Gründen nicht abrechnungsberechtigter Ausmasse, womit in Einzelfällen Interessenkonflikte einhergehen können – und sie ist unter diesem Gesichtspunkt zu begrüssen.

c. *Monitoring der offerierten Preise*

Ein Vergleich von in einem konkreten Verfahren offerierten Preisen mit den entsprechenden, aus einem langfristigen Monitoring errechneten Referenzpreisen für die jeweils grundsätzlich gleiche Leistung ist in der Regel **wenig aussagekräftig**, weil die Referenzpreise selbst dann, wenn sie tatsächlich vergleichbare Leistungen (z.B. Beton der exakt gleichen Sorte und nicht einfach «Beton») betreffen, auf der Vergangenheit beruhen, nicht das gleiche Projekt mit den gleichen (die Kosten beeinflussenden) Rahmenbedingungen betreffen und sich zudem inzwischen die Marktsituation verändert haben kann.

Referenzpreise oder Bandbreiten von solchen, die aus einem langfristig durchgeführten und exakt zwischen verschiedenen Leistungen unterscheidenden Monitoring von Preisen wichtiger Positionen gewonnen werden, sind jedoch bei geschickter Einrichtung der Untersuchung allenfalls hilfreich, wenn es darum geht, einen **relativ plötzlichen und relativ allgemeinen Anstieg des Preisniveaus** festzustellen, was ein Indiz für den Beginn der Wirkung einer Absprache darstellen kann. Ebenso ist es nicht ausgeschlossen, dass gewisse allgemeine Referenzpreise in krassen Fällen dabei helfen können, dass die zuständigen Personen auf eine Absprache mit stark überhöhten Preisen aufmerksam werden.

Indessen ist auch anzumerken, dass Referenzpreise und weitere Ergebnisse des Monitorings **geheimhaltungswürdige Informationen** darstellen dürften und auf keinen Fall breiter bekannt gemacht werden sollten – es kann ansonsten nicht ausgeschlossen werden, dass sie wettbewerbsrelevante Wirkung entfalten. Auch ist davor zu warnen, Kostenschätzungen, Kostenvoranschläge und sonstige Erwartungen ungebührlich stark auf Referenzpreise abzustellen (welche den konkreten Gegebenheiten in der Regel keine Rechnung tragen können).

Ergänzend zum Monitoring von Preisen erscheint es aus Sicht der Berichterstatter empfehlenswert, die **Einführung eines Monitorings von Offertöffnungsprotokoll- und Zuschlagsdaten** (vgl. dazu oben Antwort auf Frage 1.2/e) zu prüfen. Im Rahmen einer so ausgerichteten Sammlung und Auswertung von Daten könnte insbesondere nach dem bereits erwähnten Muster gesucht werden, das darin besteht, dass der preisliche Abstand zwischen dem tiefsten und dem nachfolgenden Angebot relativ gross und die Bandbreite aller übrigen Preise relativ klein ist (vgl. dazu oben Antwort auf Frage 1.2/e). Im Fall des Auftretens des Musters, erst recht bei gehäuftem Auftreten, könnte das Monitoringsystem, falls entsprechend programmiert, automatisch eine Meldung an eine zuständige Stelle versenden. Die Aussagekraft des Systems dürfte im Übrigen umso grösser werden, je mehr Auftraggeberinnen bzw. Vergabestellen sich daran beteiligen. Aus Sicht der Berichterstatter ist nicht ausgeschlossen, dass ein solches System mehr zielführende Erkenntnisse hervorbringen könnte als das Monitoring von Preisen.

d. Verhaltenskodex

Dieser Kodex betrifft nicht die Thematik der Wettbewerbsabreden, sondern jene der **Interessenkonflikte**, insbesondere in der Form von Korruption. Wettbewerbsabreden können mit dieser Thematik verbunden sein, doch ist diese Verbindung nicht zwingend (selbst wenn de facto Korruption zur Erreichung von Toleranz gegenüber Absprachen verwendet werden kann), weswegen vorliegend auf diesen Kodex, der zu begrüssen ist, nicht weiter eingegangen wird. Zu ergänzen ist, dass die Einhaltung von Art. 4 des Kodexes («Umgang mit nicht öffentlich bekannten Informationen») auch im Interesse des Kampfes gegen Wettbewerbsabreden steht, namentlich wenn es um Kostenschätzungen und die Zeitpunkte künftiger Beschaffungen geht. Und ganz allgemein fordert der Kampf gegen Interessenkonflikte eine Situation, in welcher es eher wahrscheinlich ist, dass die Verwaltungsangestellten in Bezug auf Wettbewerbsabreden aufmerksam sind und erforderlichenfalls auch aktiv werden.

e. Anlaufstelle

Die Schaffung einer explizit zuständigen Anlaufstelle für Verdachtsmomente bezüglich möglicher Wettbewerbsabreden ist uneingeschränkt zu begrüssen, ebenso der Umstand, dass die Stelle nicht nur Verwaltungsangestellten, sondern grundsätzlich allen Interessierten zur Verfügung steht.

Es kann indes die Frage gestellt werden, ob die Zusicherung der vertraulichen Behandlung der Informationen aus Sicht möglicher interner oder externer Meldungsgeber hinreichend ist, zumal die Meldestelle durch den Juristen (oder die Juristin) des BVFD besetzt wird, welcher im Rahmen seiner übrigen Tätigkeiten mit seiner Expertise mutmasslich auch an Vergaben des BVFD mitwirkt. Damit sollen weder die Vertraulichkeitszusage noch die Entscheidung in Zweifel gezogen werden, die Abklärung von Verdachtsmomenten bezüglich möglicher Wettbewerbsabreden letztlich in die Hände dieses Juristen (oder dieser Juristin) zu legen. Vielmehr geht es um die subjektive Wahrnehmung potentieller Meldungsgeber und damit um die Frage, ob entweder eine Möglichkeit zur **anonymen** (aber belegten) Äusserung von Verdachtsmomenten (vgl. dazu <https://www.efk.admin.ch/de/whistleblowing-d.html>) oder eine zusätzliche Option zur Kontaktierung einer vollständig unabhängigen Ombudsperson geschaffen werden sollte. Möglicherweise entgehen dem Kanton ohne solche Massnahmen wertvolle Hinweise, weil ein Hinweisgeber sich aktuell nicht sicher genug fühlt.

f. Kurse

Die im Rahmen von Schulungen angestrebte Sensibilisierung der Verwaltungsangestellten in Bezug auf die Vermeidung und Entdeckung von Preisabsprachen ist uneingeschränkt zu begrüssen.

Idealerweise würden auch **private Verwaltungshelfer**, die regelmässig auftraggeberseitig an öffentlichen Vergabeverfahren mitwirken (insb. Architektur- und Ingenieurbüros) an entsprechenden Schulungen teilnehmen.

Es versteht sich von selbst, dass diese Schulungen stets auf dem neusten Stand der Erkenntnisse gehalten werden sollten, dass die Erkenntnisse betreffend Entdeckung von Abspracheindizien in letzter Zeit stark zugenommen haben und dass die bereits abgeschlossenen und die noch laufenden WEKO-Verfahren (insb. betreffend den Kanton Graubünden) **wertvolle Hinweise auf die Vorgehensweise von Absprachebeteiligten** und auf möglicherweise erkennbare Muster offenbaren (oder noch offenbaren werden).

g. Checkliste

Die Einführung einer durch alle mit Vergaben betrauten Angestellten zu verwendenden Checkliste ist im Sinn einer ersten, recht schematischen, aber umgehend in der Breite wirkenden Massnahme uneingeschränkt zu begrüssen.

Gleich wie die Schulungen (vgl. oben 8f) sollte auch die Checkliste stets den **neusten Stand der Erkenntnisse** widerspiegeln.

In Bezug auf die den Berichterstattern vorliegende Checkliste sind allerdings die folgenden **Anmerkungen** festzuhalten:

- Die Checkliste ist zwar (jedenfalls ab CHF 20 000) bei jeder einzelnen Vergabe auszufüllen, enthält aber etliche Punkte, die eine **Gesamtbetrachtung** und nicht eine Betrachtung des einzelnen Vergabeverfahrens implizieren. Eine Gliederung bzw. Untergliederung der Checklistenfragen je nachdem, ob es eher um den konkreten Fall oder um eine Gesamtbetrachtung geht, könnte den Anwendenden vielleicht zu einem besseren Verständnis verhelfen.²⁸
- Die Ziff. 3.1 des Berichts betreffend das Projekt «Überprüfung der internen Kontrollinstrumente zur Erkennung von Submissionsabsprachen und zur Vermeidung von Baubeschaffungen zu marktüberhöhten Preisen» vom 11.12.2014 ist nach dem Verständnis der Berichterstatter dahin zu verstehen, dass nach dem Ausfüllen der Checkliste eine Meldung zu erstatten ist, wenn auch nur eine **einige Frage** mit «ja» beantwortet worden ist. Das sollte nach Ansicht der Berichterstatter auf der Checkliste ausdrücklich vermerkt werden, ebenso, dass dieses Ergebnis noch nicht notgedrungen bedeutet, dass eine Absprache tatsächlich vorliegt.
- Im Weiteren fragt sich, **wer** die Checkliste je Vergabe auszufüllen und zu unterzeichnen hat. Zu empfehlen ist erstens, dass die dafür jeweils zuständige Person verpflichtet wird, die weiteren mit der Vergabe betrauten Personen mit der Checkliste zu bedienen und zumindest dann entsprechend zu informieren, wenn eine Frage aus Sicht einer dieser Personen mit «ja» angekreuzt werden sollte. Zweitens ist zu empfehlen, allfällige mit Aufgaben im Zusammenhang mit der Vergabe betraute private Verwaltungshelfer (insb. Architektur- und Ingenieurbüros) auf diese Weise oder via Verpflichtung zum selbständigen (parallelen) Ausfüllen der Checkliste einzubinden.

²⁸ Auf einer derartigen Analyse zu basieren und in eine ähnliche Richtung zielende Massnahmen zu empfehlen scheint das Dokument «Konzeptvorschlag zur Umsetzung der "Checkliste Indizien für Submissionsabsprachen (CIS)"» (TBA GR / Fachgruppe Bauausführung) vom 26.10.2016, welches für verschiedene Punkte der Checkliste je unterschiedliche Zuständigkeiten (und Periodizitäten) vorschlägt. Konsequenterweise wären diese Vorschläge aus Sicht der Berichterstatter im Rahmen einer Mehrzahl unterschiedlicher Checklisten oder durch explizite Angaben in der Checkliste zur Zuständigkeit und zur Periodizität (bzw. durch eine entsprechende Unterteilung der Checkliste) umzusetzen. Indessen enthalten die Akten des Untersuchungsauftrags 1 keine Hinweise zur Frage, ob der erwähnte Konzeptvorschlag weiterverfolgt und allenfalls durch die zuständigen Stellen zur intern verbindlichen Weisung erhoben wurde. Es wäre jedoch in keiner Weise zu kritisieren, falls das geschehen wäre. Anzumerken ist lediglich, dass es sich aus einer akademischen Sicht wohl empfahle, die in der Spalte «Beurteilungskriterien» des Dokuments enthaltenen Auflistungen von Kriterien je Checklistenpunkt mit einem Hinweis zu versehen, wonach in der Regel auch weitere Kriterien zielführend sein können, wohingegen es aus einer praktischen Sicht als nachvollziehbar erscheint, wenn eine Situation angestrebt wird, in welcher die mit dem Ausfüllen der Checkliste betrauten Personen auf einen abschließend verstandenen Katalog von zu prüfenden Punkten abstellen können. Die aus praktischen Gründen wohl unumgängliche Standardisierung und Schematisierung der Prävention (welche durch die Checkliste und so dann durch die Liste von Beurteilungskriterien je Checklistenpunkt erzeugt wird) sollte jedoch bei den handelnden Personen nicht zum Fehlverständnis führen, mit der standardisierten Arbeit allein sei das bestmögliche Präventionsergebnis schon erreicht. Vielmehr sollte klar gemacht werden, dass die standardisierte Prävention idealerweise als Basis und zugleich als Ergänzung der über die Intuition und die Würdigung markt- und fallspezifischer Besonderheiten wirkten Prävention verstanden wird.

- Der in der Checkliste enthaltene Punkt «Der obsiegende Anbieter schliesst mit den unterlegenen Submittenten Unterverträge ab» kann nicht (oder jedenfalls längst nicht abschliessend) zum **Zeitpunkt des Zuschlags** beurteilt werden. In diesem Zusammenhang empfiehlt sich die Überlegung, die entsprechenden Prozesse anzupassen und die Befragung unter diesem Punkt zum Zeitpunkt des Projektabschlusses zu wiederholen.
- Die Genauigkeit der **Formulierung** der Checkliste sollte nach Ansicht der Berichterstatter in verschiedenen Punkten geschärft werden:
 - o Allgemein ist zu überlegen, ob nicht durchweg von «Anbietern» oder «Submittenten» (aber nicht von beidem vermischt) gesprochen werden sollte (auch wenn die Terminologie im ersten Punkt an sich korrekt erklärt wird).
 - o «Es besteht eine nicht nachvollziehbare Preisdifferenz zwischen dem Angebot des siegreichen Anbieters und den Angeboten der unterlegenen Submittenten.» → «Die Preisdifferenz zwischen dem siegreichen Angebot und den Angeboten der nachfolgenden Anbieter ist erstaunlich gross.» Und, als weiterer Punkt: «Verglichen mit der Preisdifferenz zwischen dem siegreichen Angebot und den Angeboten der nachfolgenden Anbietern ist die Bandbreite der Preise der nachfolgenden Angebote erstaunlich gering.»
 - o «Die Submittenten gewähren keine Rabatte, obschon dies bei früheren, gleichartigen Ausschreibungen üblich war» → «Unterlegene Anbieter haben keine Rabatte und Skonti offeriert, obschon sie das bei früheren Ausschreibungen regelmässig getan hatten, insbesondere bei solchen, die sie gewonnen haben. Oder unterlegene Anbieter haben deutlich geringere Rabatte und Skonti offeriert, als sie das bei früheren Ausschreibungen regelmässig getan hatten, insbesondere bei solchen, die sie gewonnen haben.»
 - o «Submittenten aus einer bestimmten Region offerieren dem Auftraggeber aus dieser Region zu höheren Preisen als den Auftraggebern aus einer anderen Region» (so formuliert, setzt der Punkt eine Übersicht voraus, welche die Kantonsangestellten grundsätzlich nicht haben, es sei denn, es würde ein Auftraggeber-übergreifendes Monitoring eingeführt). → «Manche Anbieter bieten für Ausführungsorte in bestimmten Regionen regelmässig deutlich tiefere Preise für gleichartige Leistungen als für Ausführungsorte in anderen Regionen, ohne dass das aufgrund der Projekteigenheiten nachvollziehbar wäre.»
 - o «Submittenten reichen Angebote ein, obwohl sie nicht in der Lage sind den Auftrag korrekt auszuführen (Verschleierung von Absprachen)» → «Anbieter reichen Angebote ein, obwohl sie offenkundig nicht in der Lage sind, den Auftrag auszuführen (Verschleierung von Absprachen).»
- Die Checkliste enthält im Übrigen einen Punkt, der **nicht als Frage formuliert** ist, obschon als Antwortmöglichkeiten stets nur «ja» oder «nein» zur Verfügung steht (was dem Wesen einer Checkliste entspricht):

- «Identische Preise können einen Hinweis auf eine mögliche Preisabsprache darstellen, vor allem wenn die Preise im Vergleich zu früheren Ausschreibungen höher sind, ohne dass dies auf höhere Kosten seitens der Submittenten zurückgeführt werden kann» → «Mehrere Submittenten haben in mehreren Positionen gleichlautende Preise offeriert, obschon diese Positionen frei kalkuliert werden dürfen» (o.ä.).
- Schliesslich empfehlen sich möglicherweise gewisse Ergänzungen der Checkliste aufgrund der **OECD-Dokumente** «Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement» (S. 12 ff.) und «Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement» (S. 12 ff.). Das betrifft namentlich die folgenden Punkte:
 - «Die ausgewählten Auftragnehmer erhalten nur in einem bestimmten räumlichen Gebiet den Zuschlag. Einige Unternehmen bieten nur für Aufträge in bestimmten geografischen Zonen, in denen sie dann den Zuschlag erhalten.»
 - «Erklärungen, dass bestimmte Unternehmen einzelne Gebiete oder Kunden nicht beliefern.»
 - Erklärungen, dass ein Gebiet oder ein Kunde einem anderen Unternehmen „gehört“.»
 - «Bieter kommen regelmässig gesellig zusammen oder halten anscheinend regelmässig Besprechungen ab.»

h. Weitere Empfehlungen

Über die bis hierhin besprochenen Massnahmen und Empfehlungen hinaus erscheint es den Berichterstattern als zweckmässig, dass auch die folgenden, **keinen Vollständigkeitsanspruch** erhebenden Punkte beachtet werden:

- Die absprachegegenständliche Steuerung des Zuschlags (zugunsten eines bestimmten Unternehmens) ist, wenn eine den relevanten Anbieterkreis umfassende Absprache besteht, umso einfacher, je höher das Zuschlagskriterium des Preises gewichtet wird, weil zum Vornherein stets ohne Zweifel ist, welcher Preis besser ist als ein anderer, und weil der Vergabestelle bei der Bewertung des Preises kein Ermessen offensteht; vielmehr muss sie tiefere Preise besser bewerten als höhere, und dies muss (grundsätzlich) in einer auf den Rappen genau differenzierenden Art geschehen. Je höher jedoch die nichtpreislichen (qualitativen) Zuschlagskriterien gewichtet sind, desto schwieriger wird es für die Abspracheparteien, allein durch gezielte Setzung der Offertpreise den Zuschlag zu steuern (eine Steuerung via Qualitätskriterien oder Ausschlussbedingungen ist deutlich schwieriger und fällt leichter auf; sie fällt meist ausser Betracht). Denn bei **massgeblicher Gewichtung der Qualitätskriterien** muss der preisliche Abstand zwischen dem tiefsten Angebot und dem nächstfolgenden Angebot recht erheblich sein, ansonsten eine bessere Qualitätsbewertung eines nachfolgenden Angebots die angestrebte Vergabe an das Angebot mit dem tiefsten Preis und damit das Abspracheziel der Auftragskontrolle vereiteln kann. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass erfahrungsgemäss die Qualitätsgewichtung faktisch erst dann eine Rolle spielt,

wenn sie 30–40 Prozent oder mehr beträgt. Ausschreibungen mit einem Preisgewicht von 70 Prozent oder mehr werden de facto meistens nach dem Preis entschieden. Eine mögliche Massnahme zur Erschwerung von Absprachen kann vor diesem Hintergrund also darin gesehen werden, möglichst keine Ausschreibungen mit niedrigem Qualitätsgewicht durchzuführen und dafür die Ausschreibungen so zu gestalten, dass die Unternehmen, auch die ausführenden, sich qualitativ unterscheiden können. Denn es gilt, drastisch formuliert: Ein hohes Preisgewicht ist des Absprechenden liebster Freund.

- Anders als bei den durch öffentliche Ausschreibung eingeleiteten Vergabeverfahren steht den potentiellen Anbieterinnen der Zugang zu einer **im Einladungs- oder im Freihandverfahren**²⁹ vergebenen Beschaffung grundsätzlich nicht offen, denn hier ist es die öffentliche Auftraggeberin, welche über diesen Zugang nach (pflichtgemäß und sorgfältig auszuübendem) Ermessen entscheidet. Das führt zu grundsätzlichen Feststellungen und Schlussfolgerungen in Bezug auf das Thema der Wettbewerbsabreden.
 - o Erstens ist die Wahrscheinlichkeit für den Erfolg einer vorbestehenden oder ad hoc getroffenen Wettbewerbsabrede umso höher, je weniger Konkurrenten sich in einem Vergabeverfahren befinden. Denn mit sinkender Teilnehmerzahl sinkt auch der Aufwand für die Organisation, Aktualisierung und Durchsetzung der Absprache und minimiert sich vor allem das Risiko, dass ein Offerent (ob vorgängig durch eine Absprache gebunden oder ad hoc angefragt) sich an keine Absprachen halten, sondern möglichst kompetitiv offerieren will. Das heisst, dass ein gewisser Anschein dafür nicht ausgeschlossen werden kann, dass die in Einladungs- und Freihandverfahren vergebenen Aufträge besonders anfällig für (erfolgreiche) Absprachen sind. Das gilt trotz des relativ geringen Werts, um den es in diesen Verfahren pro Auftrag geht; zum einen ist der kumulierte Wert aller «kleinen» Beschaffungen der öffentlichen Auftraggeberinnen sehr beachtlich, und zum anderen ist der Wert ohnehin nur relativ gering in dem Sinn, dass er für relativ grosse Unternehmen als relativ unattraktiv erscheinen kann, wohingegen das Interesse vieler kleiner und mittlerer Unternehmen primär oder zumindest sekundär auf den «kleinen» Beschaffungen liegt. – Nach dem Gesagten empfiehlt sich die Veranstaltung einer **möglichst breiten Konkurrenz** im Rahmen von Einladungs- und Freihandverfahren und jedenfalls im Einladungsverfahren das unbedingte Bestreben der Vergabestelle, dass drei, wenn nicht vier Offeren nicht nur angefragt, sondern tatsächlich eingereicht werden (was in bestimmten Fällen die Erhöhung der Anzahl Einladungen bedingen kann). Allerdings ist nicht zu erkennen, dass diese Massnahme volkswirtschaftliche Kosten verursacht und damit wiederum die Wahrscheinlichkeit erhöhen kann, dass die Unternehmen versucht sind, sich zu Absprachen zu finden.
 - o Zweitens ist, in Bezug auf das nur mit einer Anbieterin durchgeführte Freihandverfahren der Vollständigkeit halber zu bemerken, dass hier von vornherein kein Wettbewerb

²⁹ Die Rede ist hier ausschliesslich vom sog. «unterschweligen» Freihandverfahren, welches darum zum Zuge kommt, weil der Auftragswert im konkreten Fall den Schwellenwert des Einladungsverfahrens nicht erreicht. Ausgeklammert bleiben die oberhalb dieses Schwellenwerts aus Ausnahmegründen (vgl. Art. 3 Abs. 1 SubV/GR) durchgeführten Freihandverfahren.

herrscht, über den eine Abrede getroffen werden könnte, dass aber hier im Fall von systematisch veranlagten Absprachen ein durch eine Absprache gebundenes Unternehmen, wenn es eingeladen wird, häufig darauf achten dürfte, keine **Preise** zu offerieren, die unterhalb des durch die Absprache angepeilten Preisniveaus liegen (dies insbesondere deswegen, weil ansonsten die in – absprachebetroffenen – Wettbewerbssituationen offerierten Preise dieses Unternehmens höher ausfielen, was ein merkwürdiges Gesamtbild abgäbe). In diesem Sinn können auch Freihandverfahren ohne Konkurrenz indirekt von Absprachen betroffen sein.

- Drittens: Bei allen unter Konkurrenz geführten Freihandverfahren sowie beim Einladungsverfahren könnte, gerade weil die Verbreiterung der Konkurrenz aus volkswirtschaftlichen Gründen nicht zu weit getrieben werden sollte, womöglich durch eine spezifisch auf die Vermeidung von Absprachen ausgerichtete **Wahl der eingeladenen Unternehmen** eine gewisse Prävention betrieben werden. Wenn regelmässig nicht ausschliesslich «regionale» (als der Baustelle aus irgendeinem Grund örtlich nahestehende) Unternehmen eingeladen werden, und wenn auch solche Unternehmen eingeladen werden, von denen die Eignung nicht schon zum Vornherein feststeht (weil sie «bestens bekannt» sind), sondern erst noch anhand von Eignungskriterien zu überprüfen ist, wird es schwieriger, die Verfahren durch Absprachen zu beeinflussen. Zwar ist nicht von der Hand zu weisen, dass gerade im Bereich des (nicht hochspezialisierten) Tiefbaus die Unternehmen aus ökonomisch-geographischen Gründen wenig mobil und meistens nur innerhalb gewisser Radien rund um den Sitz, die Filialen und Werkhöfe tätig sind, was dazu führt, dass im Fall der Einladung «ortsfremder» Unternehmen nicht selten mit einer (legitim begründeten) Absage oder mit einem nicht kompetitiven Angebot (wegen hoher Transport- oder Dislokationskosten) dieser Unternehmen zu rechnen ist. Gleichwohl kann diese Massnahme die Wahrscheinlichkeit, dass Absprachen getroffen werden und wirksam sind, senken helfen, weil durch sie die Berechenbarkeit des Adressatenkreises der Einladungen vermindert wird und weil das Vorhandensein von Offerten auswärtiger Anbieter die Erwartung, dass Absprachen gelingen und erfolgreich sind, allgemein an Grund verliert. Überdies können Offerten ausserregionaler Anbieter je nach der Struktur und der Granularität des Leistungsverzeichnisses der Vergabestelle dabei helfen, spezifische Probleme auswärtiger Anbieter zu erkennen. Liegen diese Probleme in der Geographie, ist das grundsätzlich hinzunehmen; liegen sie aber beispielsweise in nachteiligen Rohstoff-Einkaufspreisen, kann ein Indiz für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen und allenfalls auch für Submissionsabsprachen vorliegen. Die Vergabestelle kann zudem den auswärtigen Anbietern Rückfragen zur Preisbildung stellen und sich bei jenen Anbietern, die auf eine Offertstellung verzichten, nach den Gründen erkundigen. Abgesehen davon ist nicht ausgeschlossen, dass die Einladung «ortsfremder» Unternehmen dazu führt, dass diese Unternehmen die Herausforderung annehmen und sich Strukturen zu schaffen versuchen, die es ihnen ermöglichen, in der fraglichen Region kompetitiv zu offerieren. Damit würde der Wettbewerb intensiviert, und das Risiko von erfolgreichen Absprachen würde gesenkt.
- Viertens: In den unter Konkurrenz geführten Freihandverfahren und im Einladungsverfahren können Abreden dadurch erschwert werden, dass im Rahmen der Festlegung der

Zuschlagskriterien der **Qualität** (im Verhältnis zum Preis) ein mehr als symbolisches Gewicht zugemessen wird. Wie ausgeführt, wird die Steuerung der Vergabe gerade auch dann, wenn alle Anbieterinnen sich abgesprochen haben, umso schwieriger, je höher die qualitativen (nichtpreislichen) Kriterien gewichtet werden.

- Wegen der grossen Mengen an Gesteinsrohstoffen (insb. Kies und Sand; ggf. Blocksteine), um die es hier fast ausnahmslos geht, kann ein Unternehmen im Bau- und insbesondere im Tiefbaubereich häufig nur dann kompetitiv offerieren, wenn es die erforderlichen Rohstoffe in relativer Nähe zur Baustelle beziehen kann, und dies zu marktüblichen Preisen. Herrscht in einem bestimmten Tiefbaumarkt kein hinreichend breiter Wettbewerb, so steht das nicht selten auch mit den **Bezugsmöglichkeiten für Gesteinsrohstoffe** in Verbindung. Insbesondere systematische, aber auch ad hoc getroffene Wettbewerbsabreden sind jedoch gerade dann vergleichsweise einfach und erfolgsversprechend zu organisieren, wenn in einem bestimmten Gebiet ein klar beschränkter Kreis von Unternehmen (nahezu) alle öffentlichen Aufträge erhält. Wiewohl es aufgrund von Überlegungen zur möglichen Verschiebung der Mängelhaftung und weiterer vertraglicher Verantwortlichkeiten nicht als empfehlenswert erscheint, dass öffentliche Auftraggeberinnen die für Baumassnahmen erforderlichen Rohstoffe vorgängig selbst einkaufen und sie alsdann den offerierenden Ausführungsunternehmen zur Verfügung stellen, dürfte es doch prüfenswert sein, mit den Rohstoffproduzenten Rahmenverträge abzuschliessen, die die Produzenten darauf verpflichten, kein Unternehmen, welches sich an einem öffentlichen Vergabeverfahren beteiligt, in Preisen oder Konditionen zu diskriminieren, wenn dieses Unternehmen von ihnen Rohstoffe beziehen will. Ein solches Diskriminierungsverbot, das lediglich wirtschaftlich legitim begründete Vorteilkonditionen für bestimmte Unternehmen zuliesse, könnte auswärtigen Unternehmen den Markteintritt in neuen Regionen erleichtern.
- In Bezug auf den (durch die Berichterstatter erwarteten, jedoch tatsächlich den zuständigen Organen freigestellten) Beitritt des Kantons Graubünden zur IVöB 2019 und die Umsetzung dieses Konkordats im kantonalen Recht (Beitrittsgesetz; allfällige Submissionsverordnung) empfehlen die Berichterstatter eine Ergänzung der Vorschriften betreffend die Problematik der Wettbewerbsabsprachen dahin, dass geklärt wird, welche Auftraggeber (verstanden als Rechtssubjekte, denen allenfalls mehrere Vergabestellen angehören) sich auf welche (bzw. wo getroffene) Absprachen berufen können, um einen Ausschluss oder eine Sanktion zu verfügen (vgl. Art. 44 Abs. 2 lit. b und Art. 45 Abs. 1 und ferner auch Abs. 3 IVöB 2019). Im gleichen Sinn sollte geklärt werden, wie lange die Absprache zurückliegen kann, damit sie noch zum Ausschluss- oder Sanktionsgrund gemacht werden kann (dabei dürfte es auch darauf ankommen, ob es ein WEKO-Verfahren gegeben hat oder nicht). Auch die Einführung eines Systems der **«Selbstreinigung»** sollte überprüft werden. Bei Bestehen eines solchen Systems wäre eine Sanktion nach Art. 45 IVöB 2019 vor ihrem ordentlichen Ablauf zu beenden, wenn das sanktionierte Unternehmen sich in der Zwischenzeit **«gebessert»** hat (das kann u.U. bereits in der Sanktionsverfügung vorgesehen werden). Ebenfalls sollte eine **«Selbstreinigung»** dazu führen, dass der Ausschlussgrund nach Art. 44 Abs. 2 lit. b IVöB 2019 zu einem früheren Zeitpunkt **«verwirkt»** als wenn das Unternehmen passiv bleibt.

- Ganz allgemein könnte im Übrigen die voraussichtlich auch im Kanton Graubünden anstehende Revision des Vergaberechts genutzt werden, um über die allfällige Schaffung einer vergabegesetzlichen **Grundlage für eine spezifische Präventionspflicht** bezüglich der Problematik der Absprachen (sowie der Interessenkonflikte einschliesslich der Korruption) der mit öffentlichen Vergaben betrauten Verwaltungsangestellten und privaten Verwaltungshelfer zu schaffen. Der Art. 2 lit. d IVöB 2019 («Diese Vereinbarung bezweckt: [...] d) die Förderung des wirksamen, fairen Wettbewerbs unter den Anbietern, insbesondere durch Massnahmen gegen unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption»). Eine solche Grundlage wäre aus Sicht der Berichterstatter allgemein zu halten und auf Verordnungs- und Weisungsstufe so- dann zu konkretisieren.

9. Ergänzende Aktenlieferung vom 8. April 2020

Am 8. April 2020 erhielten die Berichterstatter vom Auftraggeber **acht weitere Dokumente**, dies verbunden mit der Bitte um Analyse (soweit aus dem Blickwinkel des Untersuchungsauftrags 1 von Relevanz).

Im Folgenden werden diese acht Dokumente mitsamt einer kurzen **Stellungnahme** aufgelistet. An jenen Stellen, an denen die vorstehenden Antworten durch die erwähnten Dokumente beeinflusst werden, ist dies in den Antworten berücksichtigt worden.

- a. *Aktennotiz BVFD vom 27. Juni 2000 betreffend rechtliche Folgen und Massnahmen bei Submissionsabsprachen*

Zwar ergibt sich aus dem Dokument nicht, aus welchem **Anlass** es erstellt worden ist (es scheint im Nachgang zur Aktennotiz vom 23. Mai 2000 des TBA bzw. als Reaktion auf die Anfrage von RR Engler von Ende März 2000 verfasst worden zu sein), doch ist die in ihm enthaltene Darstellung der Rechtslage korrekt und (im konkreten Rahmen) vollständig, und es ist lobenswert, dass dieses Dokument erstellt und mit über das rein Rechtliche hinausgehenden, praktischen Handlungsanweisungen angereichert wurde.

Zu den angesprochenen Massnahmen ist aber anzumerken, dass sie spezifisch eine damalige Problematik betreffend Absprachen im Bereich der **Belagsarbeiten** betreffen und von sehr konkreten Marktgegebenheiten ausgehen, die sich in anderen Bereichen des Tiefbaus womöglich nicht wiederfinden und die sich im Lauf der Zeit auch verändern könnten. Weiter fällt (aus heutiger Sicht) auf, dass es bei den Massnahmen nicht (nur) um eine direkte Vermeidung von Absprachen, sondern (auch) um ein Arrangement mit der (für die Aktennotiz feststehende) Tatsache geht, dass der Belagsbau von Absprachen beherrscht wird (vgl. insb. Massnahme II./B «Leistungsumfang der Belagsarbeiten reduzieren»). Das ist nicht zu kritisieren, soweit es sich nur um begleitende Massnahmen handelt, die für die Zeit ergriffen werden, die es braucht, bis die Absprachen beseitigt worden sind bzw. vermieden werden können. Zu kritisieren wäre ein solches Arrangement (schon aus damaliger Sicht) demnach jedoch sehr wohl, wenn es Ausdruck einer passiven Haltung gegenüber gewissen als endemisch empfundenen Absprachen (oder gar: gegen Absprachen

überhaupt) zu bewerten wäre. Für diese Hypothese besteht aber aus Sicht der Berichterstatter kein Anhaltspunkt, zumal die Aktennotiz nicht die einzige Grundlage für die Bestimmung der damaligen Haltung bilden dürfte.

Zur Massnahme II./E (**«Einladungsverfahren mit den gleichen Anbietern»**) ist festzuhalten, dass sie schon damals Gefahr lief, gegen die geltenden vergaberechtlichen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit, der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs zu verstossen, die auch in Bezug auf die Frage gelten, wer zu einem Einladungsverfahren einzuladen ist und die Regelmässigkeits- und Turnusüberlegungen aller Art (inkl. Einladung des stets gleichen Kreises) verbieten. Das gilt grundsätzlich auch dann, wenn davon auszugehen ist, dass die Einladung eines immer gleichen Kreises ein aus einem grösseren Kreis bestehendes Kartell zum Verschwinden bringen kann (diese Idee ist gedanklich durchaus nachvollziehbar, doch berücksichtigt sie nicht, ob es auch noch andere Abnehmer von Belagsarbeiten gibt, dank deren Aufträge das Gesamt-Kartell gleichwohl weiter existieren könnte, mit Wirkung auch auf die durch das BVFD getätigten Beschaffungen; ebenso wenig berücksichtigt sie die Frage, inwiefern die Einladung des immer gleichen Kreises – allenfalls neue – Absprachen in diesem Kreis befördern könnte).

Zur Massnahme II./F (**«Bietererklärungen»**), die nach der Aktennotiz jedenfalls vorläufig nicht ergriffen werden sollte, ist zu sagen, dass aus heutiger Sicht wohl nicht von einer effizienten Massnahme ausgegangen werden kann, insbesondere weil die Wettbewerbskommission damals nicht über die heutigen Instrumente zur Feststellung von Absprachen verfügte und das Entdeckungsrisiko (bzw. das Risiko eines gerichtsfesten Nachweises) allgemein relativ gering war. Aus heutiger Sicht kann auch berücksichtigt werden, dass es zwischenzeitlich in der Schweiz zahlreiche Absprachen gegeben hat, obschon bei öffentlichen Beschaffungen Selbstdeklarationen und zum Teil auch Konventionalstrafen (für Verstösse gegen das Abspracheverbot) zum Standard geworden sind. Die Richtigkeit der Annahme, Selbstdeklarationen und Konventionalstrafen trügen regelmässig nur wenig zur Bekämpfung von Absprachen bei, ist nicht erwiesen, aber immerhin auch nicht ohne weiteres auszuschliessen. Aus damaliger Sicht ist festzustellen, dass sich der Verzicht auf die Ergreifung der Massnahme II./F wohl mit der Massnahme II./H (**«Informelles Gespräch mit den Verantwortlichen»**) erklärt – es sollte zunächst versucht werden, die Absprechenden von ihrem Tun gesprächsweise abzubringen, und in diesem Rahmen sollte kein Zeichen der Macht gesetzt werden. Für den vorliegenden Bericht ist entscheidend, dass das Submissionshandbuch vom 23. November 2004 in Kap. 5.2 auf die Möglichkeit der Verbindung des Selbstdeklarations-Versprechens, keine unzulässigen Absprachen zu treffen, mit einer Konventionalstrafabrede hinweist. Aus heutiger Sicht könnte in dieser Hinsicht zwar kritisiert werden, dass der Umstand, dass der Entscheid über den Einsatz des Instruments der Konventionalstrafe in das Ermessen der Vergabestelle gelegt wurde, möglicherweise in der Praxis nicht zur hinreichend häufigen Ergreifung des Instruments führt, weil die Vergabestelle häufig fürchtet, die **«Stimmung zu verderben»**, und weil, je seltener der Einsatz der Konventionalstrafe ist, ein solcher Einsatz umso mehr auffällig ist und mithin eine negativ geprägte Aussage der Vergabestelle über den betroffenen Markt impliziert. In diesem Sinn wäre aus heutiger Sicht darüber nachzudenken, ob nicht eine starre Vorschrift des Vorsehens von Konventionalstrafen Druck von den Vergabestellen entfernen und zu besseren Ergebnissen führen könnte – falls Konventionalstrafen überhaupt als effizientes Mittel betrachtet

würden. Aus damaliger Sicht ist jedoch der Respekt gegenüber dem Ermessen der Vergabestellen nicht als auffällig oder als Regulierungslücke zu betrachten.

Zur Massnahme II./G (**«Abbruch/Direktvergabe»**) ist anzumerken, dass dann, wenn der Passus «empfehlen wir insbesondere» so zu verstehen wäre, dass diese Massnahme trotz ihrer systematischen Einordnung als Hauptmassnahme dargestellt werden sollte, die Aktennotiz schon aus damaliger Sicht zu kritisieren wäre. Denn angesichts eines offenbar bekannten Kartells (vgl. Massnahmen II./B, /C, E und H) wäre es schon aus damaliger Sicht ungenügend gewesen, zur Hauptsache auf Abbruch und Freihandvergabe zu verweisen. Der Abbruch wie die Freihandvergabe setzen einen Nachweis (zwar im Vergleich zum KG erleichtert, aber gleichwohl) der Absprache voraus. Dieser Nachweis, so muss die Aktennotiz insgesamt interpretiert werden, war nicht in allen verdächtigten Submissionen möglich. Daher bestand Anlass, weitere Hauptmassnahmen gegen das Kartell (und andere mögliche Kartelle) zu ergreifen. Immerhin kann nicht gesagt werden, dass sich aus der insgesamt betrachteten Aktennotiz ergäbe, dass die Massnahme II./G als Hauptmassnahme verstanden worden wäre (diese Rolle dürfte, wenn überhaupt, allenfalls der Massnahme II./H zugekommen sein). Ergänzend ist hier festzuhalten, dass gerade auch das Freihandverfahren nicht garantiert, dass Kartelle destabilisiert werden und dass die Freihandofferte nicht dem Kartell zudient; das gilt ungeachtet des Umstands, dass im Freihandverfahren häufig verhandelt wird. Ein Freihandverfahren richtet sich nur dann gegen mit Gewissheit gegen ein Kartell, wenn es mit einem an diesem nicht beteiligten Unternehmen geführt wird. Andernfalls ist es bloss möglich, aber längst nicht gesichert, im Freihandverfahren eine absprachefreie Offerte zu erhalten bzw. zu verhandeln und allenfalls die Erwartungen und Anwartschaften eines allgemeinen Kartells zu durchkreuzen.

Zur Massnahme II./H (**«Informelles Gespräch mit den Verantwortlichen»**) ist zu bemerken, dass dann, wenn die «Verantwortlichen» bekannt sind, ein Gespräch als solches eine grundsätzlich gute Strategie darstellt, namentlich wenn es um ein Phänomen geht, das mit unilateral ergriffenen, technischen Massnahmen nicht einfach in den Griff zu bekommen ist. Aus der Aktennotiz ergibt sich naturgemäß nicht, ob die Argumente, die sie für die Schädlichkeit von Absprachen aufführt, jenen entsprechen, welche in den sodann – mutmasslich – geführten Gesprächen vorgebrachten wurden. Soweit das aber, was anzunehmen ist, der Fall war, darf angenommen werden, dass ihre Überzeugungskraft in den Ohren von Privatunternehmen, die den Wettbewerb scheuen, nicht durchweg hoch war, weil sie die Sicht der Marktseite der Nachfrage und die hier sich aus Absprachen ergebenden Nachteile betonen; sie unterstreichen, warum Wettbewerb für den Besteller wichtig ist, nicht jedoch, warum ein Privatunternehmen daran interessiert sein sollte (oder könnte), sich einem freieren Wettbewerb auszusetzen.

Aus den im Dokument «BVFD PUK Beilage 005 1. Aktennotiz BVFD vom 27. Juni 2000 betreffend rechtliche Folgen und Massnahmen bei Submissionsabsprache.pdf» (bzw. im Dokument «PUK TBA Beilage 011 02 Strassenbeläge 1999_2000 (Sammelmappe).pdf») enthaltenen Beilagen ergibt sich nicht, ob die informellen Gespräche **separat je Firma oder im Plenum** mit Vertretern aller betreffenden Unternehmen geführt wurden. Weder das eine noch das andere ist per se unrechtmässig. In jedem Fall mussten diese Gespräche den Gleichbehandlungsgrundsatz (auch gegenüber nicht Eingeladenen) wahren und durften demgemäß keine nichtöffentlichen

Informationen über künftige (oder aktuelle) Beschaffungen betreffen. Im Weiteren ist es zwar richtig, dass es vor dem Gleichbehandlungsgrundsatz heikel wäre, Einzelgespräche zu führen, jedoch ist es wohl auch richtig, dass solche Gespräche tendenziell offener geführt werden und damit effektiver sein könnten.

Zur Beilage des Dokuments der BPUK vom Mai 2000 betreffend Auswertung einer Umfrage betreffend Absprachen (Dokument «BVFD PUK Beilage 005 1. Aktennotiz BVFD vom 27. Juni 2000 betreffend rechtliche Folgen und Massnahmen bei Submissionsabsprache.pdf»; Dokument «PUK TBA Beilage 011 02 Strassenbeläge 1999_2000 (Sammelmappe).pdf») ist festzustellen, dass dieser Bericht den Eindruck entstehen lässt, dass nach einer damals vorherrschenden Wahrnehmung der Behörden Absprachen in öffentlichen Vergabeverfahren ein zwar da und dort existentes, **nicht jedoch ein grundsätzliches Problem** darstellten, dass sich die Situation aufgrund der ab 1996 eintretenden Marktoffnung vielenorts verbessert hatte (weil der Zugang auswärtiger Anbieter das Treffen und Unterhalten von Absprachen erschwert) und dass die Vergabestellen davon ausgingen, das Problem im Griff zu haben (weil sie nach ihrer Einschätzung ein Gutteil der wenigen Absprachen, die es nach ihrer Einschätzung gab, entdeckten und sodann entsprechend handelten). Dieses Dokument stammt aus einer Zeit, die nicht sehr lange vor dem Beginn des Berichtszeitraums liegt, und zeugt von einer durch Gelassenheit geprägten Wahrnehmung des Problems der Absprachen und dementsprechend nicht von einer allgemeinen Auffassung, dass weitere, insbesondere präventive, Massnahmen zu ergreifen wären. Eine solche Auffassung hat sich erst deutlich später mit Gewicht bemerkbar gemacht.

b. *Akten Verfahren der Wettbewerbskommission i.S. Kanton Graubünden / Catram AG*

Es ist zu begrüssen, dass das BVFD die Problematik, die sich daraus ergab, dass nahezu alle Belagsaufbereitungskapazitäten im Kanton Graubünden durch die **Catram AG** beherrscht wurden, welche ihre Preise nach Kundengruppen (und wohl auch geographisch) differenziert gestaltete, mit Schreiben vom 11. Juli 2003 der Wettbewerbskommission meldete, was positive Effekte nach sich zog. Es geht hier allerdings primär (und im Verfahren, soweit ersichtlich, praktisch ausschliesslich) um Art. 7 KG und nicht um Absprachen zwischen an sich unabhängigen Submissionsteilnehmern. Diese Thematik betrifft nicht den Bereich der vorliegenden Untersuchung, sondern einen verwandten Bereich. Aus Sicht des Bereichs der vorliegenden Untersuchung kann jedoch hervorgehoben werden, dass das BVFD sich hier sensibel gegenüber wettbewerbsrechtlich problematischen Situationen und Verhaltensweisen gezeigt hat.

c. *Orientierungsschreiben vom 14. Januar 2015*

Es ist zu begrüssen, dass das BVFD seine Überlegungen und Massnahmen insbesondere betreffend Absprachen per Orientierungsschreiben vom 14. Januar 2015 allen Departementen, der Staatskanzlei sowie der kantonalen Finanzkontrolle **mitgeteilt** und um Beachtung gebeten hat.

Im Übrigen ergeben sich aus dem Dokument «BVFD PUK Beilage 004 3. Orientierungsschreiben BVFD vom 14. Januar 2015 an Kantonsverwaltung über Projektergebnisse und Massnahmen inkl. Beilagen.pdf» keine Erkenntnisse, die im vorstehenden Teil des Berichts nicht schon **berücksichtigt** worden wären.

d. *Anfrage an die Wettbewerbskommission betreffend Strassenbauaufträge im Misox vom 22. Mai 2017*

Diese Dokumente betreffen die Umsetzung der seit Abschluss des Untersuchungszeitraums getroffenen Massnahmen im Einzelfall. Die Reaktion des BVFD auf die vorgefundenen Phänomene ist **zu loben**. Einerseits wurde dem unmittelbaren Beschaffungsinteresse Rechnung getragen und auf unmittelbare vergaberechtliche Reaktionen verzichtet (was spätere vergaberechtliche Sanktionen im Fall der Entdeckung von Absprachen nicht verhindert), zumal die Preise innerhalb der Bandbreite des Erwarteten lagen (zu verweisen ist hier aber darauf, dass, wie bereits ausgeführt, Kostenvoranschläge immer mit Vorbehalten zu betrachten sind und dass sie sich als Vergleichsgröße nur in diesem Rahmen eignen). Andererseits wurden die Phänomene der Wettbewerbskommission angezeigt und wurde so eine faktische Tolerierung von allfälligen Absprachen vermieden.

Im Weiteren ist auch das durch das BVFD im Verhältnis zur Wettbewerbskommission an den Tag gelegte **kooperative Verhalten** bei der Sachverhaltsermittlung zu begrüßen.

Schliesslich ist der Empfehlung der Wettbewerbskommission beizustimmen, dass die **gleichzeitig erfolgende Ausschreibung** verschiedener gleichartige Arbeiten betreffender Projekte Absprachen erleichtert (weil sie in diesem Fall zum gleichen Zeitpunkt bezüglich einer Vielzahl von Aufträgen relativ verlässlich getroffen werden können) und daher im Rahmen des Möglichen vermieden werden sollte. Und die Reaktion des BVFD, diese Empfehlung umzusetzen, ist zu begrüßen. Sie kann einen Mosaikstein eines wirksamen Präventions-Dispositivs darstellen.

Den zur Verfügung gestellten Akten lässt sich nicht entnehmen, ob die nach Vorliegen der Feststellungen der Wettbewerbskommission vorgenommenen **Verfahrensabbrüche** (welche mit dem hinreichenden Verdacht auf Preisabsprachen begründet werden sollten) angefochten wurden und wie die allfälligen Beschwerdeverfahren ausgingen bzw. stehen. So oder anders sind diese Abbrüche zu begrüßen, wenn sie der Vermeidung der Berücksichtigung von (mutmasslich) abgesprochenen Angeboten dienen und wenn in der Folge nur dann freihändig vergeben wird, wenn eine erneute Ausschreibung bzw. ein erneutes Einladungsverfahren unter Ausschluss der vormaligen Absprecher mit Gewissheit keinen hinreichenden Wettbewerb zu erzeugen vermöchte oder wenn dafür keine Zeit mehr besteht.

Im Übrigen ist festzuhalten, dass eine öffentliche Auftraggeberin insoweit von einem Verfahren der Wettbewerbskommission und von der (definitiven) Beurteilung eines Sachverhalts nach Art. 5 KG **nicht abhängig** ist, als ihr insbesondere das öffentliche Vergaberecht Instrumente in die Hand geben, welche auch bei erhärteten Verdachtsmomenten greifen und nicht den Vollbeweis einer Absprache erfordern, wie die Wettbewerbskommission ihn für Sanktionen nach KG erbringen muss.

e. *Schreiben BVFD an Wettbewerbskommission vom 12. Juni 2013*

Der Umstand, dass sich das BVFD bei der Wettbewerbskommission um Einsicht in die Akten der dort laufenden und den Baumarkt im Kanton Graubünden betreffenden Verfahren bemüht hat, ist

zu begrüssen. Hier geht es nicht nur um eine repressive Massnahme in konkreten Fällen, sondern zugleich auch um das Bestreben, laufende und künftige Vergabeverfahren im Rahmen der Verhältnismässigkeit von Teilnehmern früherer Absprachen jedenfalls während einer bestimmten Zeit freizuhalten. Zur Nachbearbeitung von bekanntgewordenen Absprachen ist ein entsprechendes Vorgehen auch künftig zu empfehlen.

f. *Liste der Verfahrensabbrüche des TBA zwischen 1996 und 2017*

Aus der Liste aller Abbrüche, die das TBA zwischen 1996 und 2017 in Konkurrenzverfahren vorgenommen hat, ergibt sich zunächst, dass im gesamten Zeitraum **vermutlich einzelne Vergabeverfahren wegen Verdachts auf Absprachen abgebrochen** worden sind, einschliesslich des Untersuchungszeitraums (Mitte 2004 bis Ende 2012). Um ein massenweise auftretendes Phänomen handelt es sich bei diesen Abbrüchen aber in keinem Zeitraum, auch wenn in einzelnen Fällen mehrere Ausschreibungen oder Lose gleichzeitig betroffen waren. Zudem enthält die Liste (in der Spalte «Begründung») strenggenommen keinen Eintrag, der explizit auf Absprachen (bzw. auf einen entsprechenden Verdacht) hinwiese.

Im Untersuchungszeitraum wurden, grosszügig gerechnet (d.h. ab Anfang 2004), acht Vergabeverfahren aus Gründen abgebrochen, die angesichts der Angaben in der Spalte «Begründung» vielleicht auf Absprachen zurückzuführen sind, die aber möglicherweise anders zu erklären sind. Die Liste enthält keine einlässlichen Informationen. Es fällt auf, dass der Eintrag betreffend 7. April 2004 (kurz vor Beginn des Untersuchungszeitraums) zwei interessante, spezifische Indizien für Absprachen auflistet (nämlich: deutliche Preissteigerung und nur eine Offerte, obwohl zwölf Unternehmen an der Besichtigung vertreten waren), und dass der Eintrag vom 13. April 2011 eine Submission betrifft, in der nur eine leere und eine über 30 Prozent über der Kostenschätzung liegende Offerte eingegangen waren, was jedenfalls bemerkenswert und allenfalls ein Indiz für eine Absprache darstellen könnte. Die weiteren im Untersuchungszeitraum liegenden Vermerke sind jedoch eher allgemeiner Natur und betreffen vor allem starke Abweichungen von der Kostenschätzung sowie das Ausbleiben einer genügenden Zahl an Angeboten. Dabei handelt es sich um eher unspezifische und wenig verlässliche Indizien. Damit soll nicht gesagt werden, dass sich der Abbruch in diesen Fällen nicht ohnehin aus einer finanziellen Sicht rechtfertigte. Es entsteht jedoch der Eindruck, dass in der betreffenden Zeit vorab auf diese Sicht und auf die **Indizien «Anzahl der Offerten» und «Abweichung vom Kostenvoranschlag»** abgestellt wurde. Das wäre aus einer heutigen Sicht zu kritisieren; aus einer damaligen Sicht jedoch gälte Gleichtes nur dann, wenn weitere Indizien damals nicht hätten übersehen werden können, diesen Indizien aber trotzdem keine Rechnung getragen worden wäre (z.B. durch Verfahrensabbruch).

Betreffend die **Fälle vom 7. April 2004 und vom 13. April 2011** ist schliesslich zu bemerken, dass die in der Spalte «Begründung» festgestellten Indizien möglicherweise einen hinreichenden Nachweis hinsichtlich eines vergaberechtskonformen Verfahrensabbruchs darstellen, dass aber eine Sanktion wegen Falschdeklaration kaum schon gestützt auf diese Indizien rechtskonform ausgesprochen werden kann. Das heisst, dass nur eine weitere Instruktion des Sachverhalts allenfalls hätte zu Sanktionen führen können. Allerdings kam als Instruktionsinstrument wohl nur die direkte Anfrage bei den betreffenden Anbietern, ob sie sich abgesprochen hätten, infrage, sowie die Würdigung der entsprechenden Reaktion. Vor dem Hintergrund des Umstands, dass solches

Vorgehen wohl nur selten zu einer Verdichtung der Beweislage führt, wäre es jedenfalls gestützt auf die Angaben in der hier interessierenden Tabelle und aus damaliger Sicht wohl verständlich, wenn keine weiteren Schritte in Richtung Sanktionierung der betreffenden Anbieter unternommen worden wären. Aus heutiger Sicht jedoch stehen wohl (insb. elektronische) Instrumente zur Verfügung, um nach Abbruchfällen wie den hier diskutierten erfolgsversprechende weitere Abklärungen zu treffen, die in eine mit den betreffenden Anbieterinnen zu führende Kommunikation einzubinden wären.

* * *

Freiburg, 16. November 2020



Prof. Martin Beyeler



Prof. Andreas Stöckli