



Sitzung vom: 3. November 2020

Beschluss Nr.: 149

## **Interpellation betreffend Keine Macht den Kartellen! – Erkennung unzulässiger Wettbewerbsabreden; Beantwortung.**

### **Der Regierungsrat beantwortet**

die Interpellation „Keine Macht den Kartellen! – Erkennung unzulässiger Wettbewerbsabreden“ (Nr. 54.20.10), welche von Kantonsrat Mike Bacher, Engelberg, und 22 Mitunterzeichnenden am 10. September 2020 eingereicht worden ist, wie folgt:

#### **1. Gegenstand der Interpellation**

Mit der Interpellation wird der Regierungsrat ersucht, Fragen zu einem funktionierenden Wettbewerb zu beantworten. Das Gleichgewicht des Preis-Leistungs-Verhältnis werde empfindlich gestört, wenn der Wettbewerb durch unzulässige Abreden oder anderweitige Manipulationen behindert oder gar beseitigt werde. Neben dem Aspekt des Vertrauensverlustes führe ein solches Marktversagen zu massiven volkswirtschaftlichen Schäden. Dies betreffe insbesondere Bauprojekte der öffentlichen Hand, die aus Steuermitteln finanziert werden.

Zur Begründung wird angeführt, dass in den vergangenen Jahren die Aufdeckung und Aufarbeitung mehrerer grosser Fälle widerrechtlicher Abreden in anderen Kantonen im Bauwesen durch die Eidgenössische Wettbewerbskommission (WEKO) die Tragweite dieser Problematik ins öffentliche Bewusstsein gebracht habe. Angesichts des hohen Anteils der Steuergelder, die auch in Obwalden jährlich für Bauprojekte verwendet würden, sei eine entsprechende Kontrolle zwingend. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass der Kanton durchaus gewisse Erfahrungen in Zusammenhang mit Absprachen besitze.

Der Kanton Obwalden besitze auf kantonaler Stufe gegenwärtig bereits ein professionelles Submissionsverfahren, deren Mitglieder auch schon an Schulungen der WEKO in Bern teilgenommen hätten. Allerdings fehle eine ausdrückliche Regelung der Zuständigkeit (und Verantwortung) zur Überprüfung der anschliessend eingegangenen Offerten auf mögliche Unregelmässigkeiten. Zudem zeige sich die Situation auf Stufe der Gemeinden unterschiedlich. Gerade das Beispiel des Engadins habe gezeigt, dass das fehlende Bewusstsein für die Nachteile von Kartellen und die Kompetenz zur Erkennung entsprechender Hinweise auf kommunaler Stufe ein zentrales Problem darstellte. Dies wäre nicht zuletzt auch für den Kanton Obwalden von Belang, als in einigen Gemeinden ein auffallend hohes Preisniveau und zuweilen starke Kostenüberschreitungen bei Projekten der öffentlichen Hand eine genauere Untersuchung des Marktumfelds naheliegend erscheinen lassen würden. Vor diesem Hintergrund wäre eine regelmässige (institutionalisierte) Schulung für die zuständigen Mitarbeiter auf kantonaler und insbesondere kommunaler Ebene zur Erkennung von Unregelmässigkeiten wertvoll.

Gleichzeitig bestünden Möglichkeiten, analog etwa zu den Kantonen Schwyz und Thurgau, mittels eines „Screenings“ die Offertöffnungsprotokolle aus einem bestimmten Zeitraum rückwirkend statistisch untersuchen zu lassen. Schliesslich stelle der öffentliche Zugang zu den Offertöffnungsprotokollen auf kantonaler und kommunaler Stufe das – neben der behördlichen Schulung – wohl effektivste Mittel zur Aufdeckung allfälliger widerrechtlicher Submissionsabreden dar. Nicht zuletzt gäbe die abzusehende Anpassung des kantonalen Submissionsgesetzes an die neue IVöB (2019) die Möglichkeit, diesen Zugang ausdrücklich zu regeln.

## **2. Vorbemerkungen**

### **2.1 Rechtlicher Rahmen**

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass Bauaufträge, welche die öffentliche Hand vergibt, einem weitgehend normierten Vergabemechanismus unterstehen. So sind in Abhängigkeit vom Auftragswert (Schwellenwert) unterschiedliche Vergabeverfahren vorgeschrieben, wobei zwischen freihändigem, offenen und selektiven Verfahren unterschieden wird.

Vorliegend sind die Regelungsbereiche des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz [KG; SR 251]) sowie die kantonalen Erlasse zum öffentlichen Beschaffungswesen angesprochen (Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen [GDB 675.6], Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [GDB 675.61] und die Ausführungsbestimmungen zum Submissionsgesetz [GDB 675.611]).

Die Submissionsvorschriften und das Kartellgesetz schützen grundsätzlich unterschiedliche Rechtsgüter. Mit der Submissionsgesetzgebung soll sichergestellt werden, dass der Zuschlag dem Anbieter mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wird. Es ist jedoch nicht Aufgabe der öffentlichen Vergabestellen, den wirksamen Wettbewerb durchzusetzen. Der Schutz dieses Rechtsguts obliegt allein der Wettbewerbskommission WEKO. Umgekehrt ist es für die Anwendung des Kartellgesetzes letztlich ohne Bedeutung, inwieweit die Interessen des Auftraggebers verletzt werden. Der Schutz des Rechtsguts „wirksamer Wettbewerb“ (im Sinne des Kartellgesetzes) tritt somit neben den Rechtsgüterschutz der Erlasse zum öffentlichen Beschaffungswesen und weist damit eine selbstständige Bedeutung auf.

Die beiden Verfahren unterscheiden sich auch hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen. Während die Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens der zuständigen Behörde nur, aber immerhin, erlauben, einen allenfalls erfolgten Zuschlag zu widerrufen, die Teilnehmer der Submissionsabrede aus dem Verfahren auszuschliessen und/oder aus dem Verzeichnis der qualifizierten Anbieter zu streichen, kann die WEKO seit 1. April 2004 gemäss Art. 49a KG auch direkte Sanktionen verhängen.

Die Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens schliessen jedoch die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes nicht aus, es handelt sich bei ihnen mithin nicht um vorbehaltene Vorschriften i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG. Der Rahmen, welcher durch die vergaberechtlichen Vorschriften geschaffen wird, ist denn auch durch die WEKO gebührend zu berücksichtigen.

### **2.2 Zu einer kantonalen Kontrollinstanz für die Überprüfung von Offerten**

In der Begründung der Interpellation wird geltend gemacht, dass eine ausdrückliche (kantonale) Regelung der Zuständigkeit und Verantwortung zur Überprüfung der Offerten auf mögliche Unregelmässigkeiten fehle.

Tatsächlich gibt es im Kanton Obwalden keine verwaltungsinterne Kontrollinstanz für die Überprüfung von Offerten auf mögliche Unregelmässigkeiten. Zur Überprüfung der korrekten Durchführung von Submissionsverfahren und der Offerten steht den Beteiligten grundsätzlich der Rechtsweg offen. Der Kanton hat dafür das Verwaltungsgericht als einzige Instanz bezeichnet.

In der Praxis zeigt sich, dass das Submissionsverfahren als solches mit der Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung bereits äusserst disziplinierend auf alle Beteiligten wirkt. In diesem Bereich eine zusätzliche Überprüfung durch eine weitere Verwaltungsinstanz einzuführen, widerspricht an sich der heute geltenden Kompetenzordnung und dem Grundsatz der Gewaltentrennung und – bei kommunalen Projekten, Kostenvoranschlägen und/oder Ausschreibungen – zudem den Grundsätzen der Gemeindeautonomie.

Überdies würde die Einführung einer derartigen Stelle erhebliche Kosten auslösen. Wie sich nachstehend aus der Beantwortung der Fragen zeigt, steht aufgrund der Erfahrungswerte diesen Kosten kein Mehrwert gegenüber, weil im Kanton Obwalden keine Anhaltspunkte für Submissionsabreden vorliegen.

### **3. Fragebeantwortung**

#### **3.1 Welche Massnahmen wurden bis anhin auf kantonaler Stufe getroffen, um widerrechtliche Wettbewerbsabreden – insbesondere im Bauwesen – zu erkennen?**

Fragen rund um den Themenkomplex der Submission und der widerrechtlichen Wettbewerbsabreden werden im Kanton Obwalden verwaltungsmässig intern und in Zusammenarbeit mit den zuständigen Bundesbehörden (z.B. Wettbewerbskommission WEKO, Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz BPUK) kontinuierlich in Fachkonferenzen erörtert. Im Vordergrund stehen hierbei insbesondere die Schulung und Sensibilisierung der betroffenen Behördenmitglieder. Beispielsweise haben einige Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der zuständigen Obwaldener Behörden im Nachgang zum bekannten Fall der Baukartelle im Kanton Graubünden an einer durch die WEKO im Jahr 2019 durchgeführten Informations- und Weiterbildungsveranstaltung im Kanton Nidwalden persönlich teilgenommen.

Der Kanton Obwalden verfügt zudem über eine unabhängige Fachstelle für das Submissionswesen, welche bewusst nicht dem Bau- und Raumentwicklungsdepartement, sondern dem Volkswirtschaftsdepartement (Volkswirtschaftsamt, Handelsregister) angegliedert ist. Diese räumliche und organisatorische Trennung ermöglicht eine unabhängige Beratung der rechtssuchenden Behördenmitglieder im Bereich der Submission. Diese Fachstelle wird regelmässig um Auskunft ersucht, von kantonalen wie auch von gemeindlichen Behörden. Allerdings hat diese Fachstelle weder eine Aufsichtsfunktion noch eine Weisungsbefugnis. Sie ist nur beratend tätig.

Der Kanton seinerseits kann um fachliche und rechtliche Unterstützung bei der WEKO nachsuchen. Der WEKO können jederzeit Fälle vermuteter Wettbewerbsabreden zur Vorabklärung eingereicht werden.

Im Baubereich, konkret vom Hoch- und Tiefbauamt des Kantons, wird bei jeder grösseren Submission vorgängig ein Kostenvoranschlag eingeholt. Weichen die offerierten Kosten auffällig von den Kostenvoranschlagswerten ab, wird das erkannt und den Ursachen wird nachgegangen.

Mit der korrekten Umsetzung der bereits vorhandenen Gesetzgebung im Bereich des Submissions- und Kartellrechts und der damit verbundenen Verfahrensvorschriften können widerrechtliche Wettbewerbsabreden bereits heute effektiv bekämpft werden. Die durch das Submissionsverfahren notwendige Transparenz und die damit verbundene Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung vermögen einen Grossteil möglicher Missbräuche zu verhindern.

#### **3.2 Welche zusätzlichen Massnahmen sind aus Sicht des Regierungsrats denkbar, um solche Abreden zu erkennen und zu verhindern?**

Im Kanton Obwalden wären ein zusätzliches Monitoring (z.B. durch Screenings von Offertöffnungsprotokollen) und weitergehende Meldepflichten durch dafür besonders bezeichnete kantonale Stellen durchaus denkbar. Für diese bzw. für weitere Massnahmen besteht aus Sicht des

Regierungsrats aktuell jedoch kein Handlungsbedarf. Im Kanton Obwalden fanden in den vergangenen Jahren keine dem Kanton Graubünden analogen Fälle widerrechtlicher Wettbewerbsabreden statt. Der Fachstelle Submission wurden jedenfalls in den vergangenen zehn Jahren keine konkreten Hinweise oder auch nur Vermutungen zu widerrechtlichen Wettbewerbsabreden gemeldet. Die Anzahl und der Inhalt der rechtlichen Anfragen an die Fachstelle Submission lassen zudem den Schluss zu, dass die Submissionsvorschriften im Kanton Obwalden ernst genommen werden.

Offertöffnungsprotokolle werden gemäss geltender Praxis nur den Anbietenden zugestellt. Eine Veröffentlichung dürfte gemäss Einschätzung des Bau- und Raumentwicklungsdepartements eher zu höheren Preisen führen, da die Marktteilnehmenden wissen, wo in etwa das Preisniveau liegt (siehe auch Ziff. 3.3).

Die vorgeschlagenen Massnahmen hätten einen Leistungsausbau zur Folge, der mit den heutigen Ressourcen nicht zu leisten ist. Er müsste folglich politisch gewollt und begründet sein. Zudem würde er im Widerspruch dazu stehen, dass die Ressourcen im Bereich Personal im Kanton Obwalden seit Jahren politisch gewollt zurückgefahren werden. Somit sind bereits aus Gründen der Ressourcenknappheit dem Ausbau zusätzlicher Massnahmen oder Kontrollen auf Kantonsebene enge Grenzen gesetzt.

3.3 In Obwalden fallen in einigen Gemeinden das hohe Preisniveau, sowie die teilweise hohen Kostenüberschreitungen bei öffentlichen Projekten auf. Ist der Regierungsrat gewillt, die kommunalen Behörden bei Abklärungen in diesen Punkten zu unterstützen?

Grundsätzlich gilt es zu bedenken, dass die hohen Preise oftmals auch durch (notwendige) hohe Ansprüche der Auftraggeber ausgelöst werden. Zudem verfügen die Anbieter im Bauwesen über eine grosse Marktmacht. Dies führt dazu, dass gerade bei sehr komplexen Ausschreibungen (z.B. im Tunnelbau) oftmals nur wenige Betriebe überhaupt in der Lage sind, konkrete Offerten einzureichen. Auch ist zu bedenken, dass die grosse Transparenz des Ausschreibungswesens zusätzlich preistreibend wirken kann. Die Unternehmen können dadurch sehr einfach nachverfolgen, welche Preise im Markt durchgesetzt werden können.

Zu bedenken ist zudem, insbesondere im Tiefbaubereich, dass nicht alle Faktoren vorausgesehen werden können. Kostenüberschreitungen können damit auch vorkommen, weil der Kostenvoranschlag – aus unterschiedlichen Gründen – zu tief war. Mit Submissionsabreden hat dies in der Regel nicht zu tun.

Ein hohes Preisniveau ist damit für sich allein noch kein ausreichender Indikator für widerrechtliche Wettbewerbsabsprachen. Es müssten vielmehr – wie im Fall im Kanton Graubünden – konkrete Hinweise auf Absprachen z.B. via E-Mail-Korrespondenz zwischen den betroffenen Unternehmen nachgewiesen werden können. Solche Fälle widerrechtlicher Abreden sind im Kanton Obwalden in den vergangenen Jahren aber nicht gemeldet worden.

Den Gemeinden wird historisch und verfassungsrechtlich eine umfassende Autonomie für Geschäfte im kommunalen Bereich zugestanden. Eine Unterstützung der Gemeinden durch den Regierungsrat bzw. kantonale Fachbehörden wäre zwar denkbar, allerdings sind die Grenzen der Gemeindeautonomie dabei immer zu berücksichtigen. Anfragen an die kantonale Fachstelle Submission erfolgen durch die Gemeindevertreter bereits heute. Eine weitergehende Unterstützung der Gemeinden durch den Kanton erscheint unter dem Aspekt der Respektierung der Gemeindeautonomie problematisch. Selbst wenn seitens der Gemeinden eine weitergehende Unterstützung durch den Kanton gewünscht wäre, wäre dies ein Leistungsausbau, der aufgrund der knappen personellen Ressourcen des Kantons nicht leistbar ist.

3.4 Welchen Stellenwert misst der Regierungsrat den Offertöffnungsprotokollen zur Aufdeckung unzulässiger Abreden im Baubereich bei? Sieht er weitere Möglichkeiten, um deren Stellenwert für die Aufdeckung allfälliger Abreden zu stärken?

Eine Ausweitung der Transparenz der kantonalen und kommunalen Offertöffnungsprotokolle ist insbesondere mit der Umsetzung der neuen Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2019) möglich, falls dies politisch so gewünscht und mehrheitsfähig ist. Diese Transparenz könnte wie im Kanton Graubünden durch die Veröffentlichung der Offertöffnungs- und Vergabeprotokolle im Internet erfolgen. Allerdings sind dabei auch die berechtigten Interessen zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen der offerierenden Unternehmen mit zu berücksichtigen.

Erfahrungen aus der Praxis haben allerdings gezeigt, dass z.B. die Möglichkeit, bei Offertöffnungen persönlich anwesend zu sein, kaum genutzt wird.

Zudem sind die in den Offertöffnungsprotokollen aufgeführten Preise alleine erfahrungsgemäss nicht aussagekräftig. Erst die nachgerechneten und allenfalls korrigierten Preise und Mengen liefern ein vergleichbares Bild. Bei der Prüfung der Angebote werden routinemässig Preise in den einzelnen Angebotspositionen und die Offertbeilagen, insbesondere die durch die Anbieter jeweils einzureichenden Auftragsanalysen, auch hinsichtlich Hinweisen auf mögliche Absprachen analysiert.

Protokollauszug an:

- Mitglieder des Kantonsrats sowie übrige Empfänger der Kantonsratsunterlagen (mit Interpolationstext)
- Volkswirtschaftsdepartement
- Volkswirtschaftsamt
- Handelsregister (Fachstelle Submission)
- Bau- und Raumentwicklungsdepartement
- Staatskanzlei
- Ratssekretariat Kantonsrat

Im Namen des Regierungsrats



Nicole Frunz Wallmann  
Landschreiberin



Versand: 11. November 2020