

«Fairer und wirksamer Wettbewerb» im BÖB - nur im Parallelprozess?

Die Vorgaben des Vergaberechts führen zu einer starken Prägung des Angebotes nicht durch die Anbieter, sondern weit mehr durch die Nachfrageseite, den Bahnkunden. Die Rollen sind sozusagen vertauscht: der Bahnkunde definiert den Rahmen, die Bedingungen und die Struktur des Angebots detailliert, die Anbieter haben gegebenenfalls zu nicken, die Anforderungen zu akzeptieren und einen Preis für das im voraus spezifizierte Produkt zu nennen. Der Wettbewerb unter den Anbietern muss «wirksam und fair» sein, was immer das heisst, in der Ausschreibungsphase ohnehin, da strikte Geheimhaltung herrscht, und somit genau das Gegenteil offener Prozesse, die unter den Teilnehmern relative bessere Leistungen als jene des Konkurrenten ermöglichen. Nach Abschluss der Selektion wird der Zuschlag vom Bahnkunden verkündet ohne Pflicht zur detaillierten Begründung. Der Anbieter, weiss also nie genau, woran sein Angebot im Vergleich zum Zuschlagsempfänger gescheitert ist, was aber aus Sicht künftiger wirksamer Wettbewerbsprozesse erwünscht wäre.

Problemstellung

Das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) verfolgt u.a. den Zweck, den „wirksamen, fairen Wettbewerb unter den Anbieterinnen“ zu fördern (Art. 2/d BöB). Wettbewerb hat somit nach dem Willen des Gesetzgebers ausschliesslich im sogenannten Parallelprozess unter Lieferanten stattzufinden, nicht aber in Bezug auf die Beschaffungsstelle, im sogenannten Austauschprozess.

Diese Sicht überrascht nicht, geht es doch im Vergaberecht darum, „das wirtschaftlich günstigste“ bzw. neuerdings das die Zuschlagskriterien „am besten erfüllende“ Angebot zu eruieren. Ob dabei dysfunktionale, arbiträre oder machtunterbaute Geschäftsbedingungen von der Beschaffungsstelle erzwungen werden, spielt keine Rolle, solange die öffentliche Hand profitiert.

Das Kartellgesetz verbietet den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung unter bestimmten Voraussetzungen auf der Angebots- wie auf der Nachfrageseite, und zwar u.a. **durch Erzwingung „unangemessener Preise und sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen“** (Art. 7/2/c KG).

Wie lassen sich nun diese Bestimmungen unter einen Hut bringen? Gibt es rote Linien, die von den Beschaffungsstellen nicht überschritten werden dürfen? Gibt es Beschaffungssektoren in der Schweiz, die diesem Spannungsfeld besonders ausgesetzt sind? Hat es einen Sinn, dieser Frage nachzugehen, wenn die bisherige Rechtspraxis zu Art. 7/2/c KG so gut wie inexistent ist?¹

Die Verhältnisse im Rollmaterialektor der Schweiz bieten interessante Fragestellungen, die helfen können, diesen Fragen auf den Grund zu gehen. Die jüngsten Grossbeschaffungen von Rollmaterial liefern dabei eine Fülle von Informationen, die in diesem Kontext noch nie ausgewertet worden sind.

Wieso wichtig?

¹ Ausser den Entscheiden «armasuisse» (RPW, 2007/4, 520, Nr. 29b) und «Unique Valet Parking» (RPW, 2004/3, 884, E.4.5) sind relevante Entscheide kaum zu finden.

Der Wettbewerb ist ein allgemein anerkanntes Schutzobjekt unserer Rechts- und Wirtschaftsordnung, das in zahlreichen gesetzlichen Erlassen verankert ist². So sehr Konsens darüber herrscht, dass Wettbewerb per se aus Gründen der freiheitlichen Privatautonomie aber auch aufgrund seiner innovativen Kreativität Schutz verdient, so schwer lässt sich eine gangbare Methode finden, die wirksamen, effektiven und fairen Wettbewerb definiert und kontrolliert. Die Bahnindustrie mit ihrem stark oligopolistischen, wenn nicht monopolistischem Anbietersektor³ und einer vom Vergaberecht geprägten Nachfrage mit zwangsweise wiederkehrenden Kundenbeziehungen bietet sich in diesem Zusammenhang als einmaliges Experimentierfeld an.

Wettbewerb - das Schutzobjekt

Die Bemühungen der Wirtschafts- und Rechtslehre herauszufinden, was effektiver, schutzwürdiger und fairer Wettbewerb ist reichen weit zurück.⁴ Ein Konsens besteht darin, dass aus rechtspolitischer Sicht eine Struktur- und Verhaltenskontrolle notwendig ist, um den Markteinfluss marktmächtiger Marktteilnehmer zu begrenzen und abgestimmtes Verhalten der Teilnehmer zu unterbinden, sofern es zu unerwünschten Ergebnissen führt. **Dissens herrscht indessen bei den Instrumenten, die der Gesetzgeber bereitstellen soll, um diese Kontrollen durchzuführen.**

So sind insbesondere zu erwähnen:

- Die wirtschaftsrechtliche Diskussion der Adäquanz, Effektivität und Wirksamkeit von **Koordinationsstypen** wirtschaftlichen Verhaltens (Plan, Wettbewerb oder Gruppenvereinbarung) gilt als überwunden.⁵ Die Rechtswirklichkeit hat sich längst von reinen Koordinationsstypen verabschiedet. Galt lange Zeit staatliche Planung und Lenkung der Wirtschaftsprozesse aufgrund der Erfahrungen in Staaten des Ostblocks als ineffektiv und dem Koordinationsstyp Wettbewerb haushoch unterlegen begegnen wir heute kaum mehr Märkten, die nicht einer strengen Normierung und damit staatlicher Intervention unterliegen und folglich mit freiem Wettbewerb in klassischem Sinn unvereinbar sind.
- Auch die Suche nach dem effizienten **Modell des Wettbewerbes**, das volkswirtschaftlich und sozial positive Ergebnisse hervorbringt ist still und leise abgeschlossen worden. Den Marktprozess in einem Modell «vollständiger Konkurrenz» abzubilden erscheint fiktiv, beweist doch die Rechtswirklichkeit, dass sich die Marktteilnehmer weder rational verhalten noch vollständige Markttransparenz suchen.⁶

² Statt vieler: Art. 1 KG, Zweckartikel, u.a. Förderung des Wettbewerbes im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung.

³ Als Rollmaterial-Generalunternehmer, die an Ausschreibungen für ganze Flotten teilnehmen können, verbleiben neben StadlerRail, Siemens Mobility und Alstom, in der Bombardier anfangs 2021 aufgegangen ist, wobei die lokale Standortpräsenz der beiden letztgenannten Anbieter aufgrund einseitiger Zuschlagsentscheide zwangsläufig in Frage gestellt worden ist.

⁴ Einen guten Überblick gibt Möschel W., Rechtsordnung zwischen Plan und Markt, Tübingen 1975

⁵ W. Schluep, Was ist Wirtschaftsrecht), Festschrift Walter Hug, Bern 1968

⁶ B. Barbey, Kartellgesetz und marktmächtige Pharma-Unternehmen St. Gallen 1981, S. 23ff.

- die Hierarchie der einzelnen **Wettbewerbsparameter** bleibt auch nach Jahren steigender Komplexität der Wirtschaftsprozesse unverändert: die Prägung des Preiswettbewerbes bleibt bestehen. Von allen Formen des Wettbewerbes wie Preis-, Produkt-, Forschungs-, Servicewettbewerb bleibt der Preiswettbewerb die dominante Grösse. Der Wettbewerb hat primär durch die Teilnahme mehrerer oder zahlreicher Teilnehmer die Preise tief zu halten und weniger die Bildung neuer Märkte zu fördern. Dieses statische Verständnis der Wettbewerbsprozesse schlägt sich in zahlreichen vergabe- und wettbewerbsrechtlichen Regelungen nieder, und zwar immer dann, wenn Kontrollorgane herausfinden wollen, ob ein Preis nicht überhöht, ist bzw. ob eine Preisanpassung gerechtfertigt ist.⁷

Wenn wir uns somit mit der schwierigen Frage befassen, wieviel Wettbewerb wünschbar ist, und welche Wettbewerbsbeschränkungen volkswirtschaftlich und sozial schädlich sind stossen wir auf erkenntnistheoretische Schranken, die sich negativ auf die Rechtsanwendung auswirken. Es erstaunt deshalb nicht, dass eine echte Praxis zur Frage des Missbrauches wirtschaftlicher Macht marktmächtiger Unternehmen kaum existiert, trotz zahlreicher Versuche, das Thema voranzubringen.⁸

Wettbewerb in der Bahnindustrie

Die Anbieter von Rollmaterial haben ausschliesslich mit Bahnkunden zu tun, die dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterliegen. Damit ergeben sich folgende, für die Rollmaterialmärkte typische Marktbedingungen:

- die Vorgaben und Prozesse von Ausschreibungen finden nach einem vom Gesetz her geprägten Muster statt, im Raum und Zeit
- die Angebotslegung ist stark formalisiert
- die Selektion der Angebote erfolgt nach einem im voraus festgelegten Verfahren
- Interaktionen im Sinne von Verhandlungen über den Beschaffungsgegenstand sind nur in engen Grenzen möglich
- es herrscht strikte Geheimhaltung über das Marktverhalten der Konkurrenten
- Der Zuschlag schlägt sich in der Regel in einem komplexen Langzeitvertrag nieder, der einen Zeithorizont von mehreren Jahrzehnten abdeckt.

Die Vorgaben des Vergaberechts führen somit zu einer starken Prägung des Angebotes nicht durch die Anbieter, sondern weit mehr durch die Nachfrageseite, den Bahnkunden. **Die Rollen sind sozusagen vertauscht: der Bahnkunde definiert den Rahmen, die Bedingungen und die Struktur des Angebots detailliert, die Anbieter haben gegebenenfalls zu nicken, die Anforderungen zu akzeptieren und einen Preis für das im voraus spezifizierte Produkt zu nennen.** Der Wettbewerb unter den Anbietern muss «wirksam und fair» sein, was immer das heisst, in der Ausschreibungsphase ohnehin, da strikte Geheimhaltung herrscht, und somit genau das Gegenteil offener Prozesse, die unter den Teilnehmern relative bessere Leistungen als jene des Konkurrenten ermöglichen. Nach Abschluss der Selektion wird der Zuschlag vom Bahnkunden verkündet ohne Pflicht zur detaillierten Begründung. Der Anbieter, weiss also nie genau, woran sein Angebot im Vergleich zum Zuschlagsempfänger gescheitert ist, was aber aus Sicht künftiger wirksamer Wettbewerbsprozesse erwünscht wäre.

⁷ Z.B. im Rahmen der Preisprüfung durch das EFD (Richtlinie zur Preisprüfung für Beschaffungen des Bundes vom 18.12.2020)

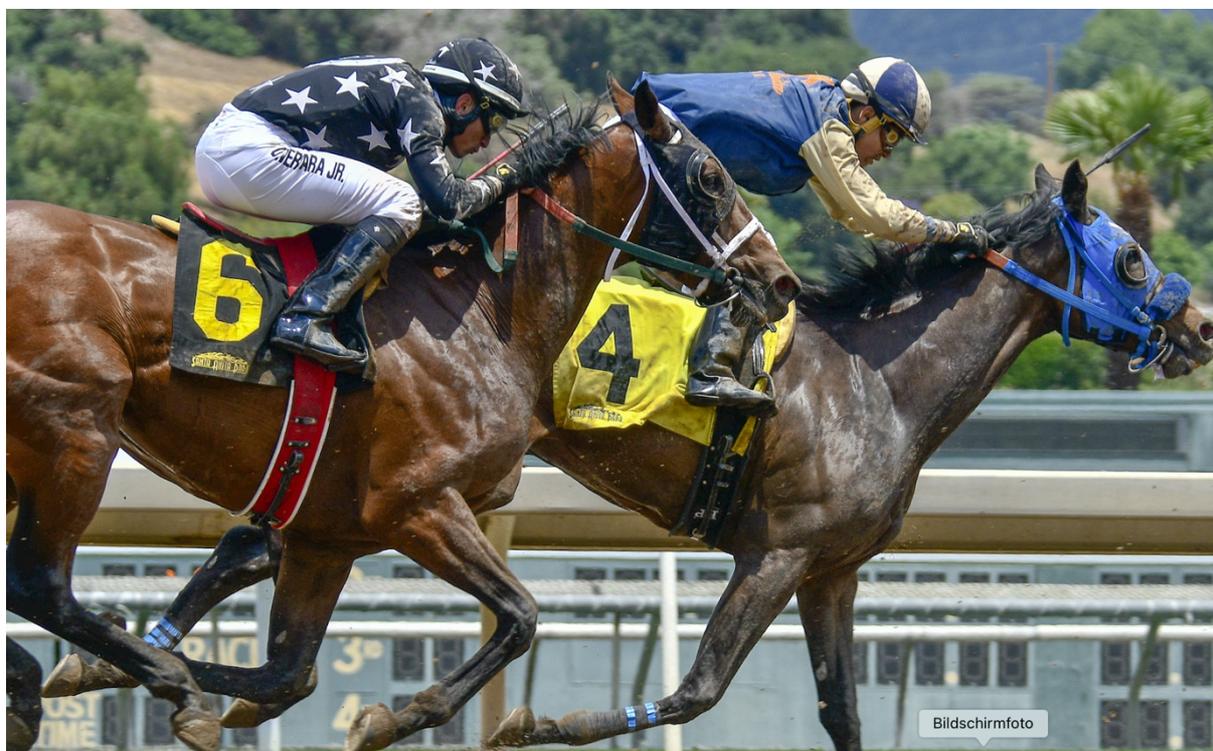
⁸ Einen guten Überblick gibt R. Groner, Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen - quo vadis? Recht 2002, Heft 2, S. 63ff.

Im Austauschprozess stellt sich die Frage, ob diese Marktstruktur Bedingungen schafft, die dem Zweck des Vergaberechts entsprechen und einen wirtschaftlichen - und neuerdings volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen - Einsatz öffentlicher Mittel begünstigen.

Vorsichtiges Fazit

Bedingt durch die vergaberechtlichen Leitplanken, die einerseits jede Form von konsortialer Kooperation auf Anbieterseite unterbinden oder zumindest erschweren und andererseits höchste Geheimhaltung vorschreiben darf davon ausgegangen werden, dass die Wettbewerbsintensität im Angebotsoligopol des schweizerischen Rollmaterialmarktes hoch ist. Die strategischen Flottenaufträge des Bahnmarktes sind somit stark umkämpft und konzentrieren sich auf wenige grosse Bahnunternehmen. Diese sind in der Lage, das Angebot als Konsequenz des Vergaberechtes unilateral zu spezifizieren und die Spielregeln des Zuschlages einseitig festzulegen. Es sind nicht primär die Anbieter, die mit kompetitiveren Angeboten um den Zuschlag ringen, sondern vielmehr die Beschaffungsstelle, ausgestattet mit vergaberechtlichem Mehrwert, die die Angebote steuert und selektiert. Diese Rahmenbedingung der Rollmaterialmärkte kann zu einer Verzerrung des Wettbewerbes führen, v.a. dann, wenn unrealistische Anforderungen und erzwungene Geschäftsbedingungen durchgesetzt werden. Immer wieder stellt sich somit die Frage, ob derartige Marktergebnisse bei funktionierendem Wettbewerb im Parallel- wie im Austauschprozess möglich gewesen wären.

Nachdem sich der schweizerische Rollmaterialmarkt auch auf Anbieterseite tendenziell zu monopolisieren scheint ist davon auszugehen, dass der Wettbewerb im Parallelprozess der Anbieter völlig erlahmen wird und stattdessen im Austauschprozess mit den Bahnkunden an Intensität gewinnen wird. Ob sich ein bilaterales Monopol positiv auf die CH-Bahnwelt auswirken wird, darf allerdings bezweifelt werden.



Nur Wettbewerb garantiert Spitzenleistungen

Anschrift des Verfassers:

Bertrand Barbey, Dr.oec. HSG, lic.iur.,

RailöB GmbH, bertrand.barbey@railoeb.ch