

Bieterabsprachen im Spannungsfeld zwischen Kartellrecht, Strafrecht und Vergaberecht – Aktuelle Praxiserfahrungen und Fragestellungen

Studienvereinigung Kartellrecht
Quartalstreffen am 25.01.2017

Bieter-/Arbeitsgemeinschaften

- Zwischen Nicht-Wettbewerbern
 - idR keine Wettbewerbsbeschränkung
- Zwischen Unternehmen auf derselben Marktstufe
 - Markterschließungsdoktrin / Arbeitsgemeinschaftsgedanke
 - Angebotsabgabe kann nach objektiven Kriterien nicht unabhängig/selbständig erfolgen (zB aus Kapazitätsgründen):
 - Keine Wettbewerbsbeschränkung sondern wettbewerbsfördernd
 - Kommission, Horizontal-LL, Rn 30 u Rn 237
 - EB RV KaWeRÄG 2012 (GP XXIV RV 1804, Seite 6)
 - Kriterium der mangelnden Marktfähigkeit: Keine allzu strengen Maßstäbe
 - Zulässig, wenn unternehmerische Entscheidung gegen die Alleinbewerbung objektiv nachvollziehbar
 - Unternehmerischer Beurteilungsspielraum: aufbauend auf BGH Rsp, Leit-E *Bauvorhaben Schramberg* (wenn selbständige Teilnahme wirtschaftlich nicht zweckmäßig und kaufmännisch nicht vernünftig wäre)

Bieter-/Arbeitsgemeinschaften

- Zwischen (aktuellen oder potentiellen) Wettbewerbern
 - Außerhalb Markterschließungsdoktrin
 - Bieter-/Arbeitsgemeinschaft vereinbart regelmäßig explizites Wettbewerbsverbot oder impliziten Wettbewerbsverzicht auf Legung eines weiteren Angebots sowie Vereinbarung über Angebotspreis (bzw Preisbestandteile)
 - Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung?
 - Potential negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu entfalten
 - Inhalt der Vereinbarung und mit ihr verfolgten Ziele
 - Wirtschaftlicher und rechtlichen Zusammenhang der Vereinbarung
 - Absicht der Beteiligten kann (muss aber nicht) berücksichtigt werden
 - Wenn ja:
 - EU De Minimis Regelung nicht anwendbar (De-Minimis-Bekanntmachung, Rn 2; EuGH Rs Expedia)
 - Bagatellkartellregelung (§ 2 Abs 2 Z 1 KartG) greift idR nicht
 - Freistellung: Einzelfreistellung oder Spezialisierungs-GVO (gemeinsame Produktion)

EFTA Gerichtshof, Urteil vom 22 Dezember 2016, Rs E-3/16

– Ski Taxi, Follo Taxi et al / Norwegische Regierung

- GU (SFD) zwischen Ski Taxi und Follo Taxi
 - Taxizentrale: Buchungssystem, Telefonzentrale, Kommunikation und IT, Verrechnung und Buchhaltung
 - Abgabe von Angeboten in Ausschreibungen
 - Strategiedokument – Aktivität von SFD:
 - *„to secure and win major contracts“*
 - *„to take measures to meet competition in the form of joint projects or marketing efforts“*
 - SHA:
 - *„the position of the parties in relation to the functions assigned to the company indicates that there will be less competition between them in the market than previously. This applies to both pric[ing] policy in tenders and other strategic measures in relation to the market. Should this changed situation require permits from public authorities, such permits must be obtained.“*

EFTA Gerichtshof, Urteil vom 22 Dezember 2016, Rs E-3/16 – Ski Taxi, Follo Taxi et al / Norwegische Regierung

- Ausschreibungen Universitätsklinik Oslo für Patiententransporte
 - Angebot von SFD für Ski Taxi und Follo Taxi
 - Erste Ausschreibung widerrufen (und Beschwerdebrief an NO-Wettbewerbsbehörde)
 - Zweite Ausschreibung: Abschluss von Rahmenverträgen mit allen drei Bietern (SFD, Oslo Taxi, Konsentra)
- Verfahren NO-Wettbewerbsbehörde: Verbots- und Geldbußenentscheidung
- Rechtsmittelverfahren bis zum norwegischen Höchstgericht
- Vorlagefragen zur Auslegung Art 53 EWR-Vertrag

EFTA Gerichtshof, Urteil vom 22 Dezember 2016, Rs E-3/16 – Ski Taxi, Follo Taxi et al / Norwegische Regierung

- Urteilstenor (Punkt 5., 6.)
 - *„Since the submission of joint bids involves price-fixing [...] consideration of the economic and legal context may be limited to what is strictly necessary in order to establish the existence of a restriction of competition by object. [...] assessment needs to take into account, albeit in an abridged manner, whether the parties are actual and potential competitors and whether the joint setting of the price [...] constitutes an ancillary restraint.“*
 - *„[...] disclosure of the joint nature of the bids to the contracting authority may be an indication that the parties did not intend to infringe the prohibition on agreements between undertakings, that, in itself, is not a prerequisite for determining whether an agreement may be considered a restriction of competition by object.“*

Bieterabsprachen

- Commission Staff Working Document (De Minimis Guidance), SWD(2014) 198 final
 - Punkt 2.4: Bid-rigging: Vereinbarung über
 - Nichtabgabe Angebot
 - Zurückziehung Angebot
 - Legung (überhöhtes) Scheinangebot (*submit a bid at artificially high prices arrived at by agreement*)
 - Grundsätzlich bezweckte Wettbewerbsbeschränkung (Form der Preisbindung/-absprache und Marktaufteilung)
- Bei klassischer Bieterabsprache idR Schwerpunkt der Verteidigung auf Beweisebene

Vielen Dank!



Dr. Dieter Zandler

Rechtsanwalt

T +43 1 40443 4250

E dieter.zandler@cms-rrh.com

CMS Legal Services EEIG (CMS EEIG) is a European Economic Interest Grouping that coordinates an organisation of independent law firms. CMS EEIG provides no client services. Such services are solely provided by CMS EEIG's member firms in their respective jurisdictions. CMS EEIG and each of its member firms are separate and legally distinct entities, and no such entity has any authority to bind any other. CMS EEIG and each member firm are liable only for their own acts or omissions and not those of each other. The brand name "CMS" and the term "firm" are used to refer to some or all of the member firms or their offices.

CMS locations:

Aberdeen, Algiers, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Belgrade, Berlin, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Kyiv, Leipzig, Lisbon, Ljubljana, London, Luxembourg, Lyon, Madrid, Mexico City, Milan, Moscow, Munich, Muscat, Paris, Podgorica, Prague, Rio de Janeiro, Rome, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tehran, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

cms.law