

Wettbewerbsrechtliche Fragestellungen und ökonomische Auswirkungen von freihändigen IT-Vergaben

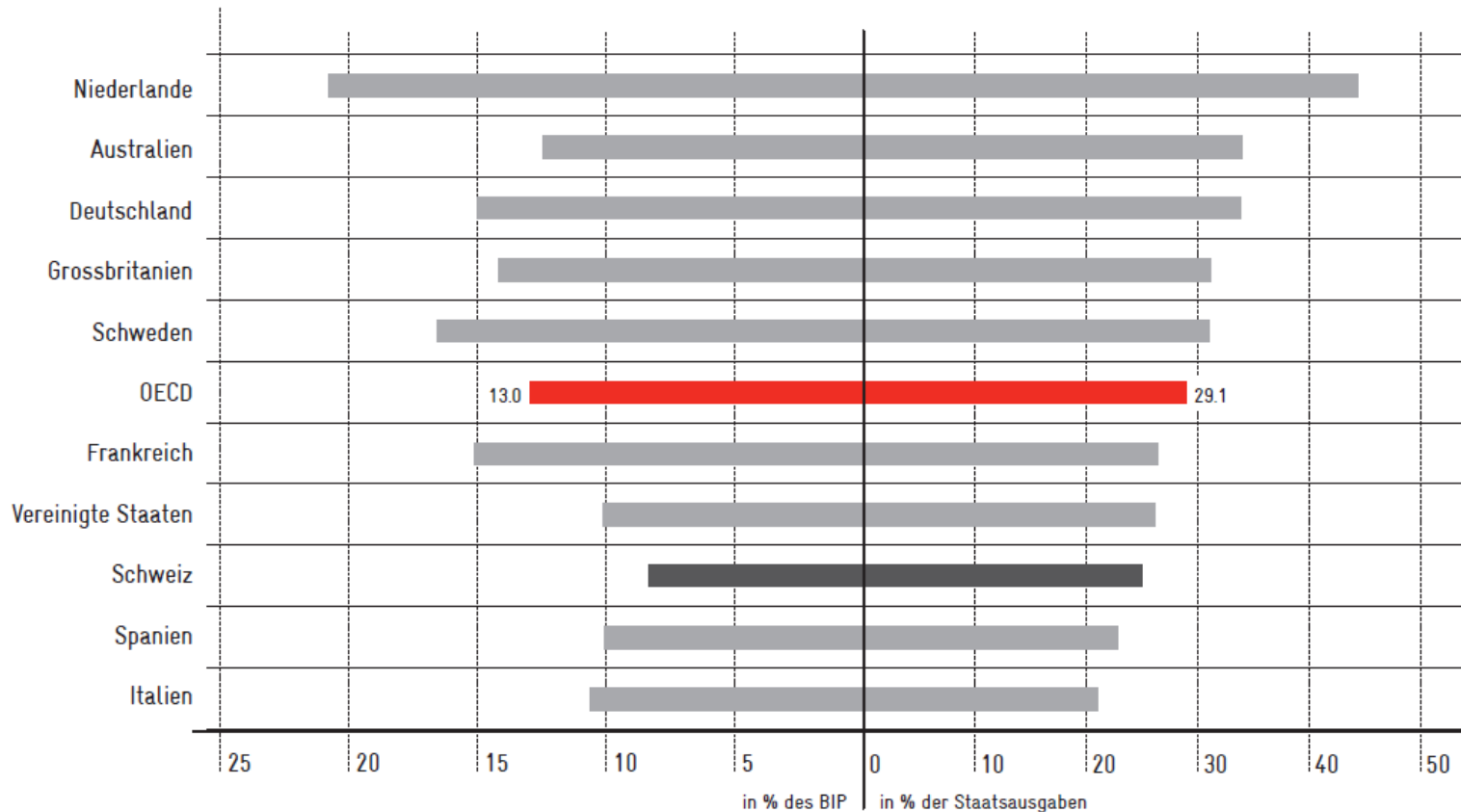
IT-Beschaffungskonferenz

Samuel Rutz

Bern, 24. August 2016

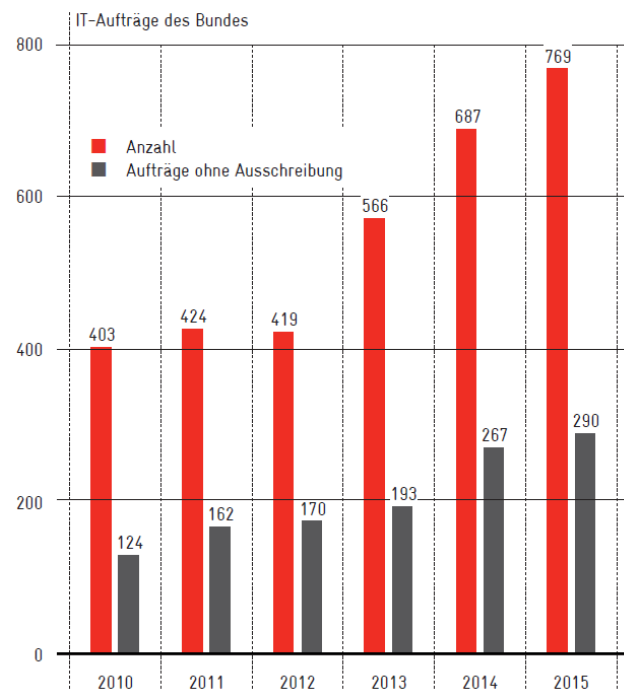
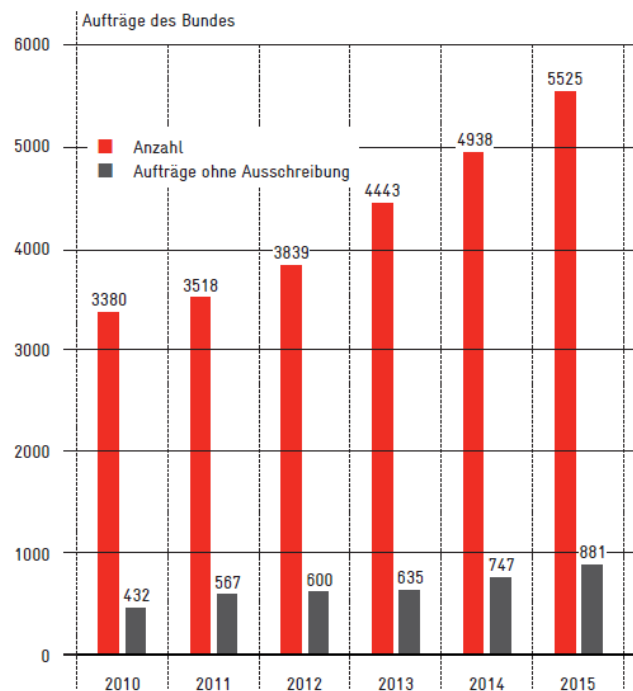
Staatliche Beschaffung als Wirtschaftsfaktor

Das Beschaffungsvolumen des Gemeinwesens in der Schweiz entsprach 2013 8,4% des BIP bzw. 25% der Staatsausgaben



Verbreitete freihändige Vergabe im IT-Bereich...

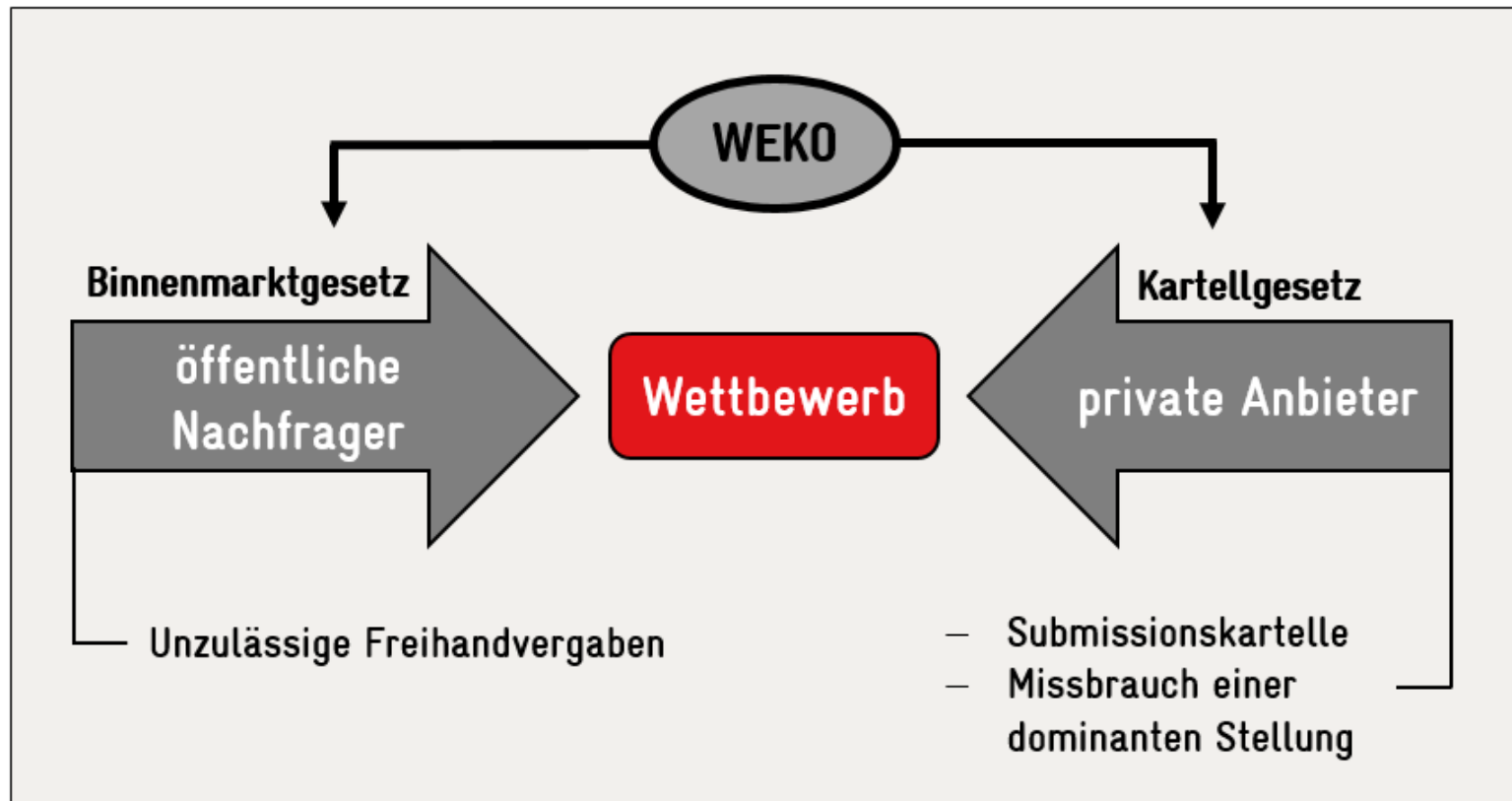
- Gesamtvolumen in Franken: ca. 41 Mrd.
- Davon entfallen rund 15% (6 Mrd. Franken) auf den Bund
- Das freihändige Vergabeverfahren kommt im IT-Bereich rund dreimal mehr zu Anwendung als in anderen Bereichen.



...aufgrund von Abhängigkeiten und Komplexität

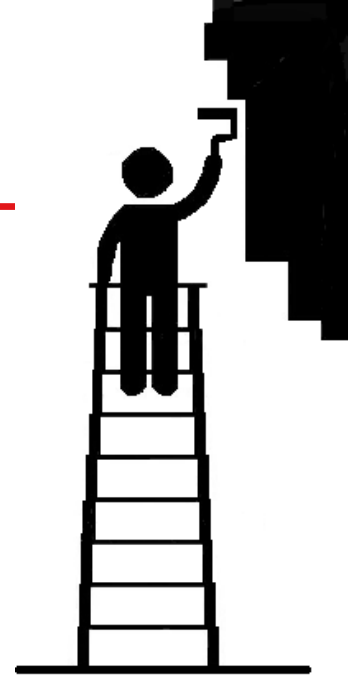
- Freihändige Vergaben erschweren
 - einen *effizienten* und *transparenten* Umgang mit knappen Staatsmitteln
 - die *Förderung des Wettbewerbs* unter den Anbietern
- Unter gewissen Voraussetzungen dürfen Aufträge, die den Schwellenwert überschreiten, freihändig vergeben werden:
 - Erfolglose Ausschreibung
 - Es kommt nur ein Anbieter in Frage
 - Besondere Dringlichkeit
 - etc.
- Im IT-Bereich werden – sinngemäss – immer wieder *Abhängigkeiten* und *Komplexität* als Gründe für «überschwellige» freihändige Vergaben angeführt

Vergabewesen und Wettbewerbsrecht



Submissionskartelle – verbreiteter als man denkt!

- Im Zusammenhang mit Submissionsabreden ist die Weko bis anhin vor allem im **Baubereich** tätig gewesen:
 - «NEAT» (RPW 2007/3)
 - «Strassenbeläge Tessin» (RPW 2008/1)
 - «Elektroinstallationsbetriebe Bern» (RPW 2009/3)
 - «Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau» (RPW 2012/2)
 - «Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich» (RPW 2013/4)
 - «Tunnelreinigungen» (RPW 2015/2)
- Verschiedene weitere Fälle sind in der Pipeline...



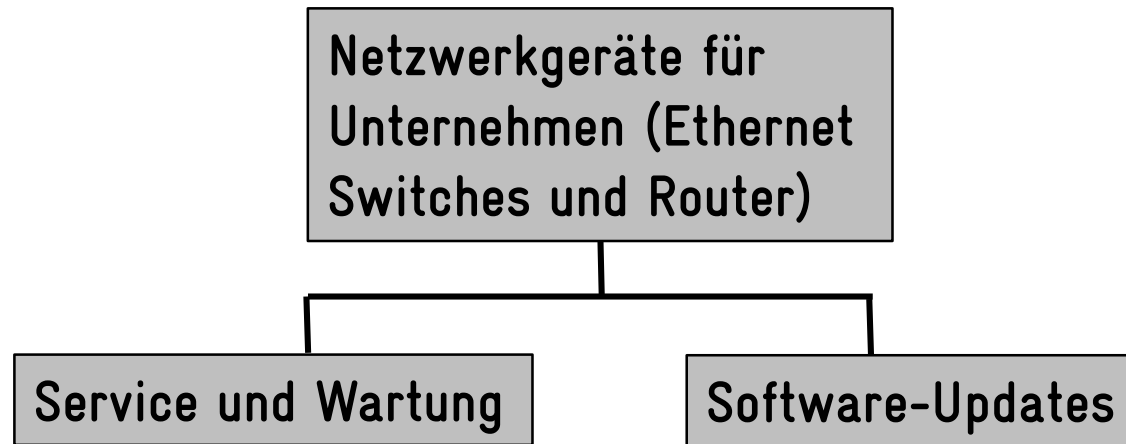
Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

- Marktbeherrschende Unternehmen können sich in wesentlichem Umfang *unabhängig von anderen Wettbewerbern* verhalten
- Marktbeherrschenden Unternehmen kommt deshalb gemäss dem Kartellgesetz (KG) eine *besondere Verantwortung* zu: Sie dürfen ihre Marktstellung nicht missbräuchlich ausnutzen
- Der Beispielskatalog von Art. 7 Abs. 2 KG umfasst:
 - Verweigerung von Geschäftsbeziehungen
 - Diskriminierung von Handelspartnern
 - Erzwingung unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen
 - Gezielte Preisunterbietung («predatory pricing»)
 - Einschränkung von Erzeugung, Absatz oder technischer Entwicklung
 - An den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingungen

Einschlägige Praxis der Weko

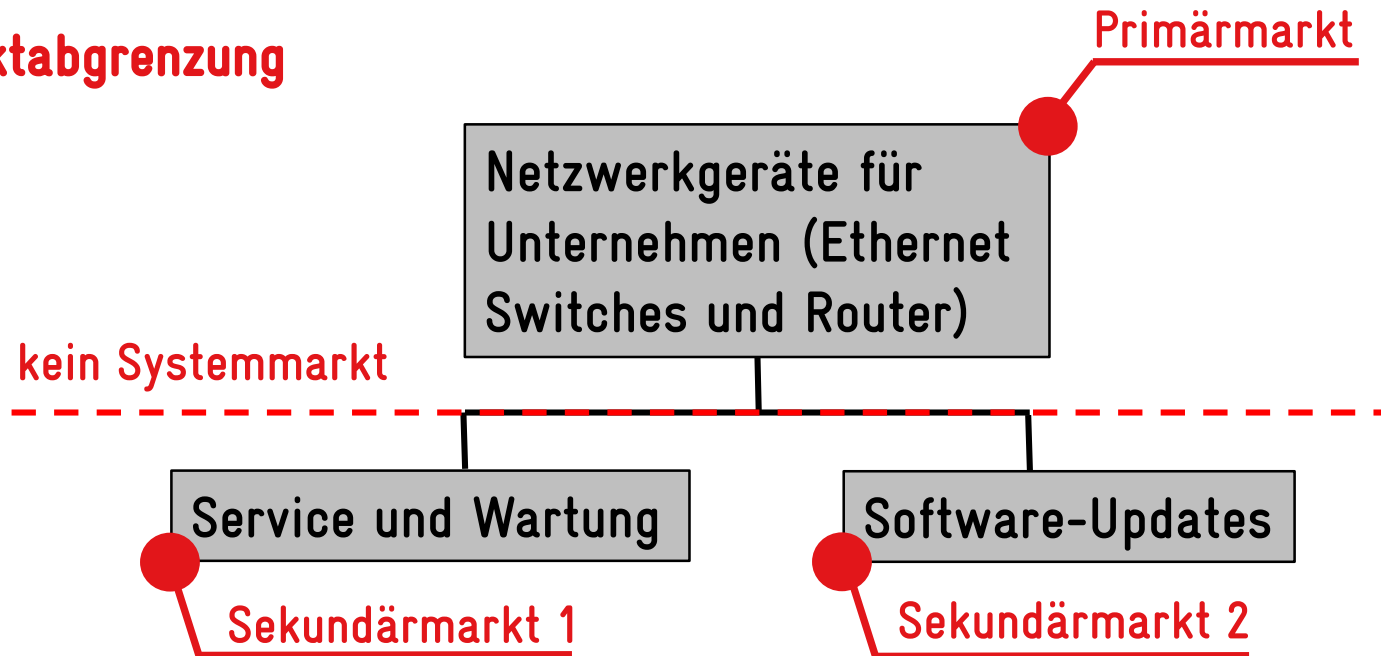
- In der Schweiz gibt es bis anhin *keine Fälle*, in denen eine Beschaffungsstelle einem Unternehmen den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorgeworfen hätte...
- ...den umgekehrten Fall hingegen schon («*Beschaffung von leichten Transport- und Schulungshelikoptern durch armasuisse*», RPW 2007/4)
- Unabhängig vom «Kläger», gibt es in der Praxis der Weko einige einschlägige Entscheide, die nahelegen, dass eine Beschaffungsstelle kartellrechtlich erfolgreich gegen dominante IT-Unternehmen vorgehen könnten

Netzwerkgeräte Cisco Systems (PRW 2014/2)



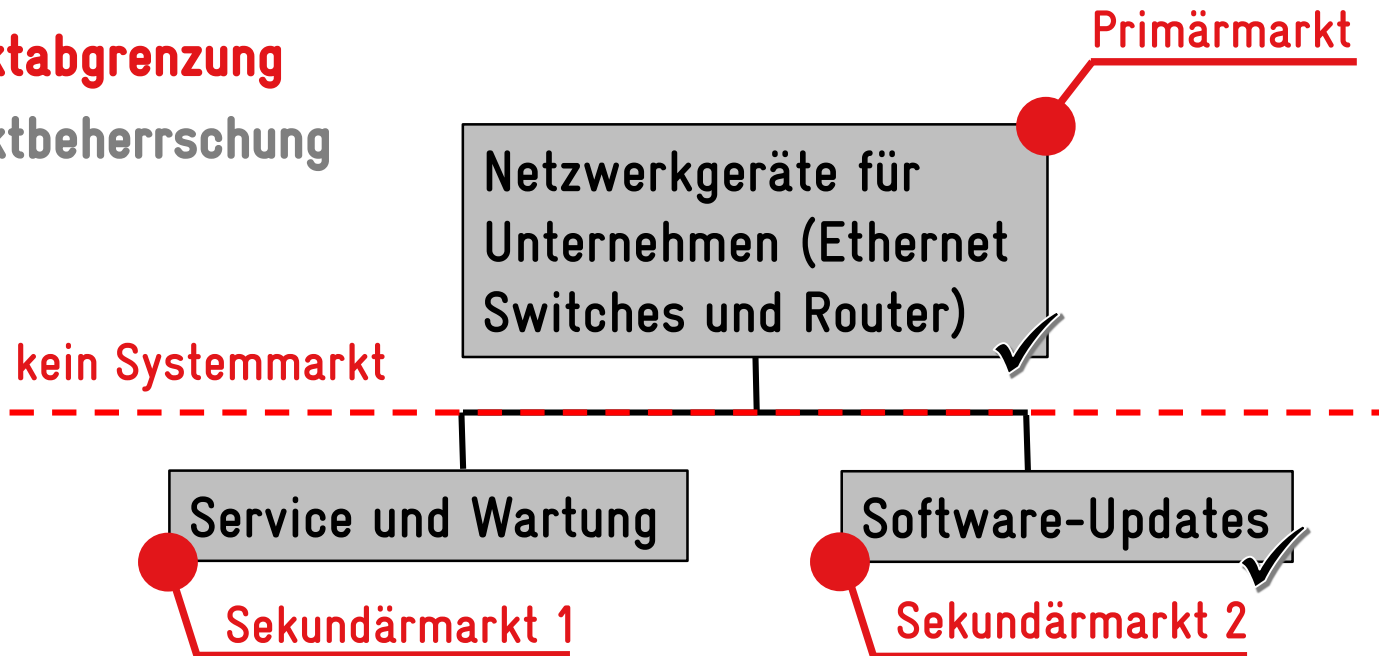
Netzwerkgeräte Cisco Systems (PRW 2014/2)

① Marktabgrenzung



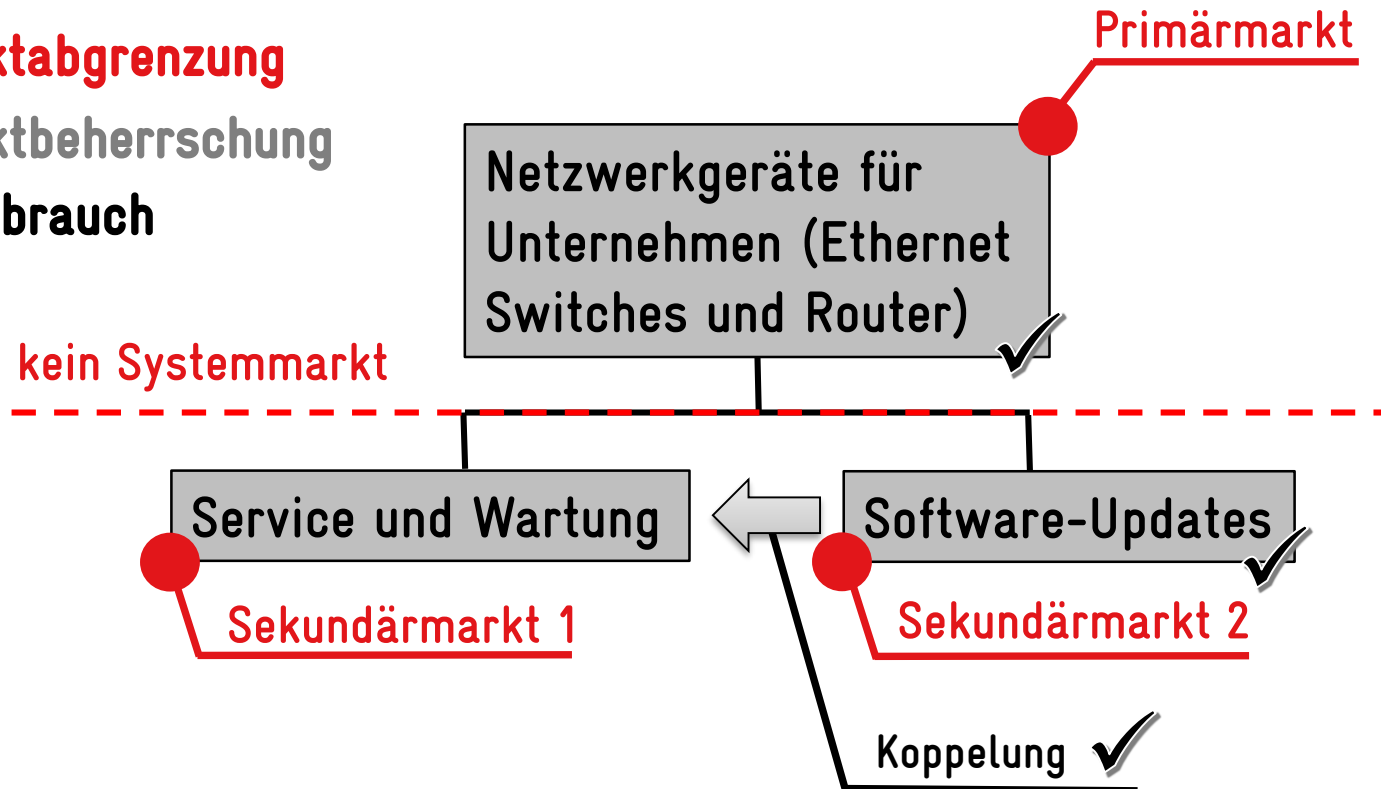
Netzwerkgeräte Cisco Systems (PRW 2014/2)

- ① **Marktabgrenzung**
- ② **Marktbeherrschung**



Netzwerkgeräte Cisco Systems (PRW 2014/2)

- ① **Marktabgrenzung**
- ② **Marktbeherrschung**
- ③ **Missbrauch**



Das Kartellgesetz als Allerheilmittel?

- Das Kartellgesetz ist nur in *spezifischen Situationen* anwendbar – «selbstverschuldete» Abhängigkeiten lassen sich mit dem KG nicht adressieren
- Zudem: Kartellrechtliche Verfahren sind äusserst aufwändig und stellen höchstens eine «ultima ratio» dar
- Grundsätzlich gilt: «Vorbeugen ist besser als heilen»
 - Markteintrittsschranken
 - «Switching costs»
 - Informationsasymmetrien
 - Implizite und explizite Kollusion

Quellen, weshalb IT-Ausschreibungen oftmals nicht optimal funktionieren

Ein Teil des Problems ist hausgemacht...

- Diese Probleme sind teils *struktureller Natur* und teils *verhaltens-induziert* (vgl. Office of Fair Trading, 2014)
- Nachfrageseitiges Verhalten:
 - Fehlendes Know-how sowie ungenügende Vorabklärungen und Datenbasen
 - Aversion, den Anbieter zu wechseln (z.B. aus Angst vor Serviceunterbrüchen)
 - Ungenügende vertragliche Exit-Klauseln und einseitige Risikoverteilung
- Angebotsseitiges Verhalten:
 - Verminderung der Transparenz (z.B. infolge komplexer Preissysteme)
 - Erhöhung der Wechselkosten (z.B. über massgeschneiderte Lösungen)
 - Gezieltes Ausnutzen der Informationsasymmetrien (z.B. Beeinflussung zur Wahl einer teuren Lösung)

Mögliche Lösungsansätze

- ***Optimierung der Beschaffungsprozesse:*** Stückelung von grossen Beschaffungsaufträgen, Erhöhung der Ausschreibungsfrequenz, Abbau von Hürden für die Teilnahme an Ausschreibungen etc.
- ***Know-how (weiter) erhöhen:*** Schulungen, Wissenstransfer zwischen den Beschaffungsstellen sicherstellen, Beizug externe Spezialisten etc.
- ***Informationsasymmetrien reduzieren:*** Erstellung und Auswertung von Datenbanken, vertiefte Zusammenarbeit mit den Lieferanten etc.
- ***Überdenken der IT-Strategie:*** möglichst viele offene Systeme, einheitliche Lösungen etc.
- ***Konsequente Rechtsanwendung:*** Compliance Programme, Meldung von allfälligen Unregelmässigkeiten etc.

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit

samuel.rutz@avenir-suisse.ch