

Kartellrecht

Wann ist eine Arbeitsgemeinschaft (ARGE) zulässig?

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission schafft mit dem Schlussbericht zur Vorabklärung in Sachen Dauer-ARGE Graubünden (publiziert am 11. Mai 2021) mehr Klarheit

Die ARGE im Kartellrecht

- **Definition ARGE:** Kooperation zwischen zwei oder mehr **unabhängigen Unternehmen** für die gemeinsame Ausführung eines (Bau-)Projekts
- **Grundsatz:** ARGE sind – auch unter Konkurrenten – kartellrechtlich **regelmässig zulässig** (da prokompetitiv)
- **Klärungsbedarf:** ARGE unter Konkurrenten sind aber insbesondere in folgenden Konstellationen kritisch zu prüfen:
 - ARGE Partner könnten bzw. würden ohne ARGE auch je alleine offerieren (**Reduktion der Anzahl Offerten**)
 - ARGE wird **regelmässig mit demselben Partner** gebildet
 - als ARGE (bzw. Bietergemeinschaft) akquiriertes Projekt wird **nicht als ARGE ausgeführt**
 - potentieller ARGE Partner ist der **einzige (oder stärkste) Konkurrent** für das Projekt
 - ARGE mit **mehr als zwei unabhängigen Unternehmen**
 - Kooperation, die gegenüber dem (potentiellen) Auftraggeber **nicht offengelegt** wird ("stille" ARGE)
- **Sonderfall Dauer-ARGE:** Kooperationsform, der eine Einigung über die künftige Zusammenarbeit zugrunde liegt, die **über ein konkretes Einzelprojekt hinausgeht**

ARGE unter Konkurrenten sind zulässig, sofern die ARGE ...

- ... **die Anzahl Angebote nicht reduziert**, da bspw. zumindest einer der beiden ARGE-Partner
 - nicht alle **Eignungskriterien** erfüllt
 - nicht über genügend **Ressourcen** (Personal, Maschinen) oder **Know-how** verfügt
 - im **Einladungsverfahren** nicht eingeladen wurde
 - das (Bau)Projekt **finanziell** allein nicht stemmen kann
 - ohne die ARGE ein **zu hohes Risiko** (bspw. potentieller Kapazitätsengpass, nicht vertretbares finanzielles Risiko) eingehen müsste (ARGE ist "wirtschaftlich zweckmässig und kaufmännisch vernünftig")
- ... **zwar die Anzahl Angebote reduziert, aber**
 - das Preis-/Leistungsverhältnis des ARGE Angebots **offensichtlich besser** ist oder
 - als ARGE **nachweislich die Effizienz gesteigert** werden kann (bspw. Kostensenkung, Optimierung von Kapazitäten oder Risiken) **und** sich dies wegen ausreichend **Wettbewerbsdruck** von anderen Konkurrenten in einem besseren ARGE-Angebot niederschlägt
- **Faustregel für ARGE von mehr als zwei Unternehmen:** ARGE sollte mit dem **Minimum an Partnern** gebildet werden, die es zur Erreichung des kartellrechtlich zulässigen Zwecks der ARGE-Bildung braucht (notwendige Ressourcen, Erfüllung Eignungskriterien etc.)

Vorsicht bei Dauer-ARGE

- **Dauer- ARGE ≠ Dauer-ARGE:** kartellrechtliche Zulässigkeit hängt vom Inhalt der zugrundeliegenden Einigung und den konkreten Marktgegebenheiten ab
- **Mögliche Beurteilungskriterien:**
 - Werden bereits im Voraus Kriterien vereinbart, bei deren Erfüllung künftig **Projekte als ARGE** offeriert und ausgeführt werden oder wird jeweils im Einzelfall projektspezifisch entschieden?
 - Wie wirkt sich die Dauer-ARGE gesamthaft auf die **Anzahl Angebote** für Projekte aus, die von der Dauer-ARGE betroffen sind?
 - Rechtfertigen **vergaberechtliche Vorgaben oder Praktiken** eine über das Einzelprojekt hinausgehende Kooperation?
 - Rechtfertigen die **Besonderheiten des betroffenen Marktes** (Topographie, Klima, Verfügbarkeit von Personal, Umfang der Nachfrage, Nachfrageschwankungen, Konkurrenzsituation etc.) die Bildung einer Dauer-ARGE?
 - Gibt es **projektübergreifende Risiken** (finanziell, Kapazitätsengpässe), die nur im Rahmen einer Dauer-ARGE vermieden oder auf ein tragbares Mass reduziert werden können?
 - Verhältnis der mit eigenen und mit ARGE-Projekten **generierten Umsätze**
 - Umfang der **alleinigen Ausführung** gemeinsam akquirierter Projekte

Unsere Empfehlung: Aufklärung, Dokumentation und Kontrolle

- **Aufklärung:** Mitarbeitende, die über die ARGE-Bildung entscheiden, sind über zulässige/unzulässige Gründe aufzuklären
 - **Empfehlung:** Mitarbeiterschulung
 - **Wichtig:** Vor dem Entscheid über eine Offertabgabe als ARGE ist der potentielle ARGE-Partner zu behandeln, wie wenn er alleine ein Angebot einreichen würde (Stichwort Informationsaustausch)
- **Dokumentation:** die Umstände/Gründe für die ARGE-Bildung sind zu dokumentieren und aufzubewahren
 - **Empfehlung:** Einführung eines standardisierten Prozesses, der bei jeder ARGE-Bildung zu durchlaufen ist (bspw. Checkliste)
 - **Wichtig:** Dokumentation hilft im Worst-Case-Szenario, um gegenüber der WEKO die Zulässigkeit der ARGE zu plausibilisieren
- **Kontrolle:** das Einhalten des standardisierten Prozesses ist regelmässig zu überprüfen
 - **Empfehlung:** Einführung Vieraugenprinzip → zumindest bei "schwierigen" Fällen sollte eine zweite Person die Umstände/Gründe für die ARGE-Bildung kritisch überprüfen
 - **Wichtig:** in Zweifelsfällen internen oder externen Experten involvieren

Ihre Ansprechpartner



Marquard Christen

Partner | CMS Zürich

E marquard.christen@cms-vep.com



Hadi Mirzai

Associate | CMS Zürich

E hadi.mirzai@cms-vep.com

Rechtlicher Hinweis: Schlussberichte des Sekretariats der WEKO binden die WEKO nicht. Die vorliegende Präsentation gibt zudem eine allgemeine und gekürzte Sichtweise der Autoren wieder, ohne konkrete Umstände von Einzelfällen zu berücksichtigen. Eine rechtliche Beratung wird dadurch nicht ersetzt.



Your free online legal information service.

A subscription service for legal articles
on a variety of topics delivered by email.
cms-lawnow.com

The information held in this publication is for general purposes and guidance only and does not purport to constitute legal or professional advice.

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, Abu Dhabi, Algiers, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Beirut, Belgrade, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Funchal, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Johannesburg, Kyiv, Leipzig, Lima, Lisbon, Ljubljana, London, Luanda, Luxembourg, Lyon, Madrid, Manchester, Mexico City, Milan, Mombasa, Monaco, Moscow, Munich, Muscat, Nairobi, Paris, Podgorica, Poznan, Prague, Reading, Rio de Janeiro, Rome, Santiago de Chile, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sheffield, Singapore, Skopje, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

cms.law