

# Beschwerdeentscheid

vom 22. Dezember 2004

Es wirken mit: Maria Amgwerd, Reiner Eichenberger, Silvio Arioli, Richter  
Corrado Bergomi, juristischer Sekretär

In Sachen

**B.**,  
(Beschwerdeführerin 1)

**H.**,  
(Beschwerdeführerin 2)

**R.**,  
(Beschwerdeführerin 3)

**W.**,  
(Beschwerdeführerin 4)

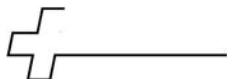
alle vertreten durch  
(Verwaltungsbeschwerde vom 31. Januar 2002)

gegen

**Wettbewerbskommission (WEKO)**, Monbijoustrasse 43, 3003 B.  
(Vorinstanz)  
(Verfügung vom 17. Dezember 2001)

betreffend

## **Unzulässige Wettbewerbsbeschränkung**



### hat sich ergeben:

- A. Das Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL; nachstehend: Bundesamt) schrieb im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) Nr. 56 vom 22. März 1999 Betonsanierungen an der Schweizerischen Landesbibliothek (Bücherturm) nach dem selektiven Verfahren gemäss dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen zur Bewerbung aus. Es wurden vier in B. domizilierte Firmen zur Offertstellung eingeladen. Die am 3. beziehungsweise 5. September 1999 eingereichten Angebote der vier Unternehmen lauteten wie folgt:

|    |                 |
|----|-----------------|
| I. | Fr. 2 222 916.- |
| B. | Fr. 2 029 380.- |
| R. | Fr. 2 000 040.- |
| W. | Fr. 1 911 472.- |

Da die Offerten zwischen Fr. 1 011 471.85 und Fr. 1 377 281.40 über dem Kostenvoranschlag von Fr. 900 000.- lagen, holte das Bundesamt im September 1999 bei der X., Zürich, eine Vergleichsofferte ein. Die Offerte der X. vom 19. Oktober 1999 belief sich auf Fr. 1 294 039.- und lag somit Fr. 617 433.- unter der tiefsten beziehungsweise Fr. 928 877.- unter der höchsten Submissionsofferte. Aus diesen Abweichungen folgerte das Bundesamt, dass die vier Anbieter eine Wettbewerbsabrede (Preisabsprache) getroffen hatten.

Das Bundesamt teilte seine Auffassung, wonach eine Wettbewerbsabrede getroffen worden sei, am 10. Dezember 1999 dem Sekretariat der KBOB (Koordination der Bau- und Liegenschaftsorgane des Bundes) mit. Dieses setzte das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) von den Feststellungen des Bundesamtes in Kenntnis. Demnach schliesst das Bundesamt auf eine Preisabsprache zwischen den vier Anbietern auf Grund der massiven Abweichungen der offerierten Preise vom Kostenvoranschlag, der nicht nachvollziehbaren Differenzen in den Preisen einzelner Leistungspositionen der Offerten sowie der beträchtlichen Abweichungen der offerierten Preise vom Preis der Referenzofferte. Weiter falle auch ins Gewicht, dass alle Anbieter im Submissionsverfahren aus dem gleichen Gebiet stammten (Stadt B.) und dass zwei Anbieter eine ungenügende Bemusterung erstellten und sich somit zugunsten eines weiteren Offerenten nicht ernsthaft um den Zuschlag bemühten.

Am 13. Januar 2000 eröffnete das Sekretariat - im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums - gegen die I., die B., die R. und die W. eine Untersuchung. Es bestünden Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsabrede, da alle offerierten Preise den Kostenvoranschlag, welcher unter Beizug eines ausgewiesenen Spezialisten erarbeitet wurde, um über 100 % überstiegen. Überdies lägen alle Offertpreise in einer engen Bandbreite (ca +/- 7,5 % vom Durchschnittspreis).

Mit Verfügung vom 27. März 2000 (publiziert im SHAB Nr. 61) brach das Bundesamt das Submissionsverfahren ab, mit der Begründung, es seien günstigere Angebote zu erwarten, weil Wettbewerbsverzerrungen wegfielen. Am 28. März 2000 (publiziert im SHAB Nr. 65 vom 31. März 2000) vergab das Bundesamt im freihän-



digen Verfahren die Betonsanierungsarbeiten an die X.. Die beiden Verfügungen wurden nicht angefochten.

Auf den 11. Mai 2000 hat das Sekretariat die am Submissionsverfahren beteiligten Firmen zu einer Besprechung eingeladen. Diese führte zu keiner Einigung, da die Offerenten bestritten, eine (unzulässige) Submissionsabsprache abgeschlossen zu haben.

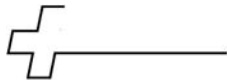
Am 16. August 2001 stellte das Sekretariat den Parteien den Verfügungsentwurf zur Stellungnahme zu. Auf deren Ersuchen führte es am 8. Oktober 2001 eine weitere Besprechung durch. Am 11. Oktober 2001 übermittelte das Sekretariat den Parteien einen Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung. Namens der I., unterzeichnete die H., Stans, am 27. Oktober 2001 diese Erklärung. Die B., die W. und die R. lehnten den Vorschlag des Sekretariates ab und reichten am 12. November 2001 je einen Gegenvorschlag ein, wonach sie die Auffassung des Sekretariates der Wettbewerbskommission - sie hätten mit der Einreichung der Offerten eine unzulässige Wettbewerbsabrede (Preisabsprache) getroffen - nicht teilen. Im Weiteren verpflichteten sie sich, auch in Zukunft nicht Angebotspreise im Sinne von Artikel 5 Kartellgesetz unter sich oder mit Dritten in offenen oder selektiven Submissionsverfahren abzustimmen. Der Eingabe des Rechtsvertreters der W. lag eine handschriftliche Erklärung der H. vom 6. November 2001 bei. Demnach zieht diese das abgegebene Einverständnis zur einvernehmlichen Regelung zurück und schliesst sich dem Gegenvorschlag der drei anderen Parteien an.

Am 14. November 2001 setzte das Sekretariat den Parteien eine neue Frist für die Stellungnahme zum Verfügungsentwurf vom 16. August 2001. Die W., die B. und die R. liessen sich hiez zu mit Eingaben vom 26. November 2001 beziehungsweise vom 28. November 2001 vernehmen. Im Wesentlichen bestritten sie das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede und machten überdies geltend, die X. habe die Arbeiten nicht ausschreibungsgemäss ausgeführt.

Auf Anfrage des Sekretariates hin, bestätigte das Bundesamt mit Schreiben vom 10. Dezember 2001, dass die X. die Arbeiten gemäss den Ausschreibungsunterlagen erbracht habe. Im Weiteren hielt es fest, die X. habe ihr Angebot auf der Basis der gleichen Submissionsunterlagen wie die anderen Anbieter erstellt und ebenso vor der Vergabe der Arbeiten ein Muster erstellt, welches von der Bauleitung und den Fachingenieuren als gut befunden worden sei. Massgebend für die Vermutung der Absprache sei der Vergleich der Einheitspreise der eingereichten Angebote gewesen. Ein Vergleich weise bei einzelnen Einheitspreisen, bei gleich bleibender Arbeit, Kostendifferenzen von bis zu 300 % auf. Eine Offenlegung der Kalkulation wäre hier angezeigt gewesen.

Am 17. Dezember 2001 erliess die Wettbewerbskommission eine Verfügung mit folgendem Dispositiv:

- "1. Es wird festgestellt, dass die Parteien I., R., B. sowie W. (Statthalterstrasse 46, Postfach, 3018 B.) mit der Abstimmung ihrer Offerten anlässlich der Submission des BBL betreffend Betonsanierung des Hauptgebäudes der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB) eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG (Preisabsprachen) getroffen haben.



2. Es wird den Parteien untersagt, künftig unter sich oder mit Dritten in offenen oder selektiven Submissionsverfahren Angebotspreise im Sinne von Artikel 5 KG aufeinander abzustimmen.
3. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können von der WEKO mit Sanktionen gemäss Artikel 50 und Artikel 54 KG geahndet werden.
4. Die Verfahrenskosten betragen insgesamt CHF 33 383.35, bestehend aus der Gebühr von CHF 32 890.- und den Auslagen von CHF 493.35. Das Verfahren wird indes im Kostenpunkt sistiert. Über die Kosten wird zu einem späteren Zeitpunkt mit separater Verfügung entschieden.
5. (Rechtsmittelbelehrung)
6. (Eröffnung)"

Zur Begründung erwog die Wettbewerbskommission im Wesentlichen, es läge eine bewusste und gewollte Verhaltensabstimmung der vier Offerenten vor, die durch eine Reihe von Indizien nachgewiesen werden könne:

Die tiefste eingereichte Offerte im Submissionsverfahren übertreffe die Vergleichsofferte der X. um Fr. 660 743.- (+35 % recte +73 %) beziehungsweise den Kostenvoranschlag um Fr. 1 011 472.- (+112 %). Selbst wenn - wie von den Parteien geltend gemacht - der Kostenvoranschlag nur einen Teil der Arbeiten umfasse, wäre die Eignung des Kostenvoranschlages als Vergleichsmassstab nur dann in Frage gestellt, wenn die Differenz zwischen der tiefsten Offerte und dem Kostenvoranschlag nicht derart gross wäre.

Zudem lasse die verhältnismässig kleine Differenz von Fr. 311 444.- zwischen den Offerenten auf eine Verhaltensabstimmung schliessen. Der Preiskorridor von +/- Fr. 155 722.- liege unter 10 % und genüge den Anforderungen an eine hinreichend bestimmte Preisabrede.

Als weiteres Indiz für das Vorliegen einer Preisabrede sei das Verhalten der Anbieter zu werten. Einerseits hätten diese die Abbruch- und die Ausschlussverfügungen des Bundesamtes nicht angefochten. Andererseits habe die H. (ehemals I.) zunächst dem Vorschlag des Sekretariats für eine einvernehmliche Lösung zugestimmt und im Nachhinein den Rückzug der Einverständniserklärung durch die W. einreichen lassen, um auf diese Weise ein einheitliches Auftreten der Parteien gegenüber dem Sekretariat zu gewährleisten.

Im Weiteren hätten die Anbieter spätestens am Tag der gemeinsamen Begehung der künftigen Baustelle, am 16. Juli 1999, gewusst, wer am Submissionsverfahren teilnehme. Eine solche gemeinsame Begehung sei geeignet, den Parteien den Austausch von Informationen zu erleichtern und könne zur wechselseitigen Verhaltensbeeinflussung beitragen.

Der Einwand der Offerenten, die X. habe die Sanierungsarbeiten nicht ausschreibungsgemäss durchgeführt, stehe im Widerspruch zu den Ausführungen des Bundesamtes. Im Übrigen sei auch davon auszugehen, dass die Offerte der X. auf identischen Ausschreibungsunterlagen beruhe.



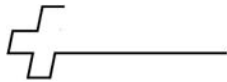
- B. Gegen diese Verfügung erhoben die B., die W., die R. und die H. - vormals I. - (Beschwerdeführerinnen), alle vertreten durch Fürsprecher Y., am 31. Januar 2002 Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit folgenden Rechtsbegehren:

"die Verfügungen der Wettbewerbskommission seien vollumfänglich aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Beschwerdeführerinnen anlässlich der Submission des Bundesamtes für Bauten und Logistik betreffend Betonanierung des Hauptgebäudes der Schweizerischen Landesbibliothek keine Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG (Preisabsprachen) getroffen haben.  
- unter Kosten- und Entschädigungsfolge".

Die Beschwerdeführerinnen halten vorab fest, sie hätten während des gesamten Submissionsverfahrens keinerlei Preisabsprachen irgendwelcher Art getroffen und auch das Verhalten in Bezug auf die Preisbildung nicht koordiniert.

Sie bringen vor, die Wettbewerbskommission habe anerkannt, dass eine ausdrückliche Vereinbarung bezüglich der Angebotspreise den Parteien nicht nachgewiesen werden könne. Hingegen erachte diese auf Grund einer Reihe von Indizien den Nachweis "abgestimmter Verhaltensweisen" als erbracht. Zwar sei im Kartellrecht zum Nachweis abgestimmter Verhaltensweisen der Indizienbeweis zulässig. Demnach müssten die Wahrscheinlichkeitsgrade der Einzelindizien zu einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit führen, damit der Beweis einer wettbewerbswidrigen Preisabsprache erbracht sei. Aus den geltend gemachten Indizien müsse mit einem mehr oder weniger grossen Wahrscheinlichkeitsgrad nach den Gesetzen der Logik auf das Vorhandensein der zu beweisenden Tatsache (Preisabrede) geschlossen werden und zusätzlich müsse bei einer Gesamtbetrachtung der Indizien die Indizienkette geschlossen sein. Auf Grund der bei kartellrechtlichen Zuwiderhandlungen angedrohten strafrechtlichen und verwaltungsstrafrechtlichen Sanktionen, seien vorliegend die strengen Beweisanforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) anzuwenden. Im konkreten Fall lägen keine brauchbaren Indizien vor, so dass sich die Frage der Geschlossenheit der Indizienkette nicht (mehr) stelle.

Die Beschwerdeführerinnen machen im Einzelnen geltend, die Vorinstanz könne aus dem Indiz, wonach die günstigste Submittentenofferte den **Kostenvoranschlag von Fr. 900 000.-** um Fr. 1 011 472.- überschreite, nicht auf eine Preisabrede schliessen. Die W. habe bereits im Jahre 1996 dem vom Bundesamt beauftragten Ingenieurbüro einen Kostenvoranschlag in der Höhe von Fr. 785 760.- für die Betonsanierung unterbreitet, welcher sich lediglich auf die Nordfassade des Bücherturms bezogen habe. Diesem Betrag seien noch Fr. 61 690.- für das Qualitätssicherungskonzept sowie eine Reserve von Fr. 100 000.- hinzugerechnet worden, so dass sich der Kostenvoranschlag gesamthaft auf Fr. 1 000 000.- belaufen habe. Werde der Kostenvoranschlag von 1996 (ohne Reserve) um den auf die West-, Ost- und Südfassade entfallenden Kostenanteil gemäss der Vergleichsofferte der X. erhöht, werde ein Gesamtbetrag von Fr. 2 007 398.30 erreicht. Dies entspreche dem arithmetischen Mittel der vier Submittentenofferten, weshalb die Angebote keineswegs über dem Voranschlag lägen. Der neue Kostenvoranschlag von 1999



belaufe sich nun auf Fr. 900 000.-; für die Sanierung der vier Betonfassaden seien lediglich noch Fr. 300 000.- und für die Sanierung der Betonelemente bei den Fenstern Fr. 600 000.- vorgesehen. Die Beschwerdeführerinnen machen im Weiteren geltend, sie hätten vom revidierten Kostenvoranschlag nichts gewusst, ihre Offerten hätten sie anhand der Musterflächen berechnet. Wenn der neue Kostenvoranschlag für die Sanierung sämtlicher Fassaden nur noch Fr. 300 000.- vorsehe, während der ursprüngliche Kostenvoranschlag nur für die Sanierung der Nordfassade von Fr. 1 000 000.- ausgegangen sei, seien die Anforderungen an die Fassaden-sanierung offensichtlich von der Bauherrschaft ganz massiv herabgesetzt worden. Da die Vorinstanz weder die Gründe für diese Abweichung abgeklärt habe, noch auf die Einzelpositionen der Offerten sowie der Vergleichsofferte eingegangen sei, könne der revidierte Kostenvoranschlag, der in seinen Einzelheiten nicht in den Akten figuriere, nicht als Indiz für eine Preisabrede herangezogen werden.

Betreffend die Differenz von Fr. 660 000.- zwischen der **Vergleichsofferte** der X. und der preisgünstigsten Offerte - als weiteres Indiz für eine Preisabrede - machen die Beschwerdeführerinnen geltend, der Preisunterschied sei auf ein ihnen verschwiegenes Konzept der Bauherrin zurückzuführen. Diese habe durch die X. eine rudimentäre Sanierung durchführen lassen, wie sich aus der beigelegten fotografischen Dokumentation ergebe. In dieser Hinsicht habe die Vorinstanz keine Abklärung der tatsächlichen Verhältnisse vorgenommen. In der Untersuchung habe das Bundesamt eingeräumt, man habe sich auf Grund einer neuen Zustandsbeurteilung (auf dem Gerüst) von der ursprünglich vorgesehenen Betonsanierung distanziert und den Kostenvoranschlag in Bezug auf die Betonsanierung der Fassaden von Fr. 1 000 000.- auf Fr. 300 000.- revidiert. Daraus werde ersichtlich, dass die qualitativen Anforderungen an die Sanierung nachträglich massiv herabgesetzt worden seien.

Die **Differenz von Fr. 311 444.- zwischen der billigsten und der teuersten Offerte** könne ebenfalls nicht als Indiz für eine Verhaltensabstimmung betrachtet werden. Eine solche Preisstreuungsamplitude sei bei einem arithmetischen Mittel der Offertsummen von Fr. 2 040 952.- durchaus normal. Aus einem Vergleich der Einzelpositionen der Angebote ergäben sich zum Teil erhebliche Schwankungen, weil bei Betonsanierungsarbeiten mit grossen Risiken gerechnet werden müsse, deren Einschätzung von Anbieter zu Anbieter differieren könnten. Im Übrigen habe sich auch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen in ihrer Praxis gegenüber der von der Vorinstanz herangezogenen Theorie skeptisch geäussert, wonach bei einer Amplitude von weniger als 10 % eine Preisabrede angenommen werden müsse.

Im Weiteren führen die Beschwerdeführerinnen aus, auch aus der **Nichtanfechtung der submissionsrechtlichen Abbruch- und Ausschlussverfügungen** könne nicht auf eine Preisabrede geschlossen werden. Zum einen seien für die Submittenten in erster Linie wirtschaftliche Erwägungen massgebend. Zum anderen wirke die Führung eines Prozesses gegen die Vergabebehörde insofern abschreckend, als bei späteren Auftragsvergebungen mit verdeckten Repressalien zu rechnen sei. In ihrem Schreiben an das Bundesamt vom 30. März 2000 habe die W. im Übrigen festgehalten, sie verzichte auf die Anfechtung der Abbruchverfügung, sie teile jedoch den Vorwurf der unzulässigen Preisabrede nicht.



Ferner machen die Beschwerdeführerinnen geltend, dass das Verhalten der **H., die dem Vorschlag einer einvernehmlichen Regelung zunächst zugestimmt** und diese Erklärung kurz danach zurückgezogen habe, kein Indiz für das Vorliegen einer Preisabsprache darstelle. Dies deshalb, weil aus den Akten ersichtlich sei, dass auf die Parteien seitens der Wettbewerbsbehörde erheblicher Druck ausgeübt worden sei, einer einvernehmlichen Regelung zuzustimmen (vgl. Protokoll der Besprechung vom 11. Mai 2000). Vor allem anwaltlich nicht vertretene Parteien liessen sich durch solche Hinweise leicht einschüchtern, so dass sie Regelungen unterzeichneten, die auf falschen Annahmen beruhten, um weitere Kosten und Umtriebe zu vermeiden.

Zudem weisen die Beschwerdeführerinnen den Vorwurf der Vorinstanz zurück, wonach die Submittenten auf Grund der **gemeinsamen Begehung der Baustelle am 16. Juli 1999** ihr Verhalten bezüglich der Preisbildung aufeinander abgestimmt hätten. Sie weisen darauf hin, dass nach den Ausschreibungsunterlagen die Teilnahme an der gemeinsamen Begehung obligatorisch gewesen sei. Allein aus dem Zusammenkommen für eine Besichtigung an Ort und Stelle dürfe kein Indiz für eine Preisabsprache abgeleitet werden.

Die Indizienqualität der angeblichen Verdachtsgründe müsse umso mehr verneint werden, als die Vorinstanz den massgeblichen Sachverhalt grösstenteils nicht abgeklärt habe. Sie habe voreilig auf das Vorhandensein von Preisabreden geschlossen, ohne den Ursachen der Preisdifferenzen mittels umfassender Abklärung nachzugehen. Vertreter der Wettbewerbskommission hätten mit ihren Äusserungen gegenüber der Presse (vgl. "B.er Zeitung" vom 18. Januar 2000 sowie "Der Bund" vom 17. Februar 2001) illustriert, dass der angefochtene Entscheid auf Grund von politischen Erwägungen getroffen wurde und damit auch gegen die Rechtsgrundsätze eines fairen Verfahrens und der Unparteilichkeit verstosse.

Im Übrigen habe die Vorinstanz nicht berücksichtigt, dass die Firma I., welche an der Submission teilgenommen habe, infolge Namensänderung vom 1. Dezember 2000 unter der Firma H. mit Sitz in Stans fortbestehe. Die Firma Isotech B. AG sei erst im Dezember 1999 gegründet worden, habe sich am Submissionsverfahren nicht beteiligt und sei somit nicht Partei des Verfahrens.

- C. Am 11. April 2002 liess sich die Wettbewerbskommission zur Beschwerde vernehmen und beantragt deren Abweisung, soweit darauf einzutreten sei. Sie verweist auf die Begründung in der angefochtenen Verfügung.

Ergänzend führt die Wettbewerbskommission aus, auf die erst im Beschwerdeverfahren vorgebrachte Rüge der Beschwerdeführerinnen, der Präsident der Wettbewerbskommission sei befangen gewesen, weil er in der Presse die Parteien vorverurteilt habe, sei nicht einzutreten, da dieser Rechtsanspruch offensichtlich verwirkt sei. Nicht einzutreten sei auch auf die Rüge der Beschwerdeführerinnen, wonach das Sekretariat anwaltlich nicht vertretene Parteien zu rechtsgrundlosen Verhaltensänderungen veranlasse. Für die Parteirolle der I. im Verfahren sei indes ein-



zig die gleichgebliebene Firmenbezeichnung Isotech entscheidend, daran könne die Umbenennung in Isotech B. AG nichts ändern.

Ausserdem treffe die Behauptung der Beschwerdeführerinnen nicht zu, wonach eine Beweisführung zwingend aus der Kumulation von Wahrscheinlichkeiten erfolgen müsse. Vielmehr hätten Verwaltung und Gericht die Indizien frei zu würdigen. Vorliegend sei entscheidend, dass die Anzeigerin als Vergabestelle des Bundes über technisches Fachverständnis verfüge, welches die Wettbewerbskommission zur Untermauerung ihres Beweisergebnisses habe heranziehen können. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerinnen seien auf das vorinstanzliche Verfahren die Beweisanforderungen der EMRK nicht anzuwenden.

Der Vorwurf der Beschwerdeführerinnen, das Bundesamt habe sie zu wenig über den revidierten Kostenvoranschlag informiert, sei unbegründet, denn sie würden verkennen, „dass sie im Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden mehrmals Gelegenheit bekamen, sich zu informieren und sich zu diesem Punkt zu äussern.“. Die in der Beschwerde erhobene Rüge, die Wettbewerbsbehörde habe die Untersuchungsmaxime verletzt, sei demnach haltlos.

Auf Grund der grossen Preisdifferenz zwischen der Offerte der X. und denjenigen der Beschwerdeführerinnen werde ersichtlich, dass der Wettbewerb unter den Beschwerdeführerinnen offensichtlich ausgeschaltet gewesen sei.

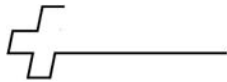
Dem Einwand der Beschwerdeführerinnen, der Verzicht auf eine Anfechtung der submissionsrechtlichen Verfügung beruhe auf wirtschaftlichen Gründen und könne somit nicht als Indiz für das Vorliegen einer Preisabrede herangezogen werden, hält die Vorinstanz entgegen, das Sekretariat habe die Offerenten 2 1/2 Monate vor dem Submissionsabbruch über die Anzeige des Bundesamtes und die Eröffnung einer Untersuchung informiert.

Ausserdem hielt die Vorinstanz fest, dass im selektiven Submissionsverfahren von vornherein eine viel grössere Gefahr für Abreden bestehe. Bereits ein Meinungsaustausch könne als Wettbewerbsbeeinträchtigung erachtet werden und sei grundsätzlich heikel, unter anderem weil die Anbieter um die Teilnahme der andern Konkurrenten wüssten.

Abschliessend bemerkte die Wettbewerbskommission, es sei zu befürchten, dass das kartellrechtliche Instrumentarium gegen Submissionskartelle nicht eingesetzt werden könne, falls die vorliegend beigezogenen Indizien nicht ausreichten, um einen Verstoss im Sinne des Kartellgesetzes rechtsgenüglich zu beweisen. Mit dem Beweismass, welches die in der Verfügung aufgezeigte Indizienkette erreiche, sei das Erfordernis einer gesetzeskonformen Beweiswürdigung erfüllt.

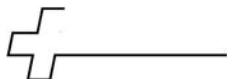
- D. Im Rahmen der Instruktion des Beschwerdeverfahrens nahm das Bundesamt für Bauten und Logistik mit Schreiben vom 9. Mai 2003 Stellung zu den ihm unterbreiteten Fragen. Es hielt fest, die Kostenschätzung (1999) der ausgeschriebenen Arbeiten sei von der Architektengemeinschaft Landesbibliothek in Zusammenarbeit





mit Fachplanern erstellt worden. Betreffend den zwischenzeitlich geänderten Anforderungen an die Fassadensanierung sowie allfällige Änderungen der Positionen des ursprünglichen Kostenvoranschlags führte das Bundesamt an, das Planungsteam habe am 31. März 1995 eine Richtofferte der Firma B. für eine Betoninstandsetzung der Nordfassade mit einer konventionellen Reprofilierungsmethode erhalten. Am 7. Februar 1996 habe die Firma W. einen Kostenvoranschlag für eine Betoninstandsetzung nach dem NTC-Verfahren eingereicht. Nach der Begehung vom 18. Juni 1997 mit dem Denkmalpfleger der Stadt B. habe sich klar ergeben, dass ein Materialersatz nicht in Frage käme und stattdessen die vorhandene Substanz instandgestellt werden müsse. In der Folge sei ein neues Konzept für eine „sanfte Betoninstandstellung“ in Zusammenarbeit mit ETH-Professor Böhni erarbeitet worden. Die Realisierung dieses Konzeptes (Entfernen des alten Anstriches und porenoffene Imprägnierung) sei anlässlich der Sitzung vom 23. Oktober 1997 beschlossen worden. Da diese Konzeptänderung vor der Submission erfolgt sei, hätten die fünf beteiligten Firmen von Anfang an davon gewusst. Es treffe zu, dass im BKP 211.59 sowie im Kostenvoranschlag 1996 eine Sanierung der Betonelemente bei den Fenstern noch nicht vorgesehen gewesen sei. Das neue Konzept habe infolge Kostenreduktion auch (noch) die Sanierung der Betonelemente bei den Fenstern zugelassen, dies sei in die definitiven Ausschreibungsunterlagen (vgl. Ziff. 7.7.1) eingeflossen. Im Weiteren führt das Bundesamt aus, es habe von den eingereichten Angeboten keine Preisanalyse der Einheitspreise im Sinne einer Offenlegung der Kalkulation verlangt. Die Architektengemeinschaft Landesbibliothek habe hingegen auf Grund der eingereichten Angebote auf der Basis Einheitspreise eine Preisanalyse erstellt und beim Vergleich der Einheitspreis-Struktur festgestellt, dass Abweichungen innerhalb der gleichen Arbeitsgattung von bis zu 300 % bestanden. Dies habe das Bundesamt veranlasst, ein Vertrauensangebot bei der X. einzuholen, welche dann die Arbeiten zwischen April 2000 und November 2000 ausgeführt habe. Das Bundesamt erwähnte detailliert, welche Nachtragsarbeiten die X. geleistet hat, zu welchem Zeitpunkt und warum diese geleistet wurden. Seinem Antwortschreiben legte das Bundesamt das Projektheft mit Kostenvoranschlag vom 31. Mai 1996, den Offertvergleich der Architektengemeinschaft Landesbibliothek vom 25. Oktober 1999 und die Publikationen im SHAB betreffend den Abbruch des Verfahrens (27. März 2000) sowie die Zuschlagsanzeige (31. März 2000) und die detaillierten Nachtragsofferten/Nachtragskredite bei.

- E. In ihrer Stellungnahme vom 26. Juni 2003 halten die Beschwerdeführerinnen an den Ausführungen in ihrer Beschwerde fest. Sie bemängeln, das Bundesamt habe den revidierten Kostenvoranschlag von 1999 nicht vorgelegt, sondern lediglich Unterlagen aus dem Jahr 1996 eingereicht. Aus dem beigelegten Detailauszug vom 25. November 1996 sei ersichtlich, dass damals weder eine Sanierung der West-, Ost- und Südfassade noch der Fensterelemente vorgesehen gewesen sei. Nach diesem Detailauszug sei nur die Sanierung der Nordfassade mit einem Betrag von Fr. 1 000 000.- geplant gewesen. Es sei daher merkwürdig, dass im Jahr 1999 für die Sanierung aller vier Fassaden nur noch Fr. 300 000.- veranschlagt worden seien. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Architekten und Ingenieure des Bundesamtes hätten sich 1999 bei der Projektrevision betreffend Sanierungskosten der vier Fassaden grundlegend geirrt, wobei sie fälschlicherweise ange-



nommen hätten, sämtliche Fassaden liessen sich mit lediglich Fr. 300 000.- sanieren. Auf Grund dieser Fehlkalkulation hätte die Bauherrschaft nachträglich die im ursprünglichen Projekt nicht vorgesehene Sanierung der Fensterelemente in das Bauprogramm aufgenommen. Als sie dann festgestellt hätten, dass die Sanierung der vier Fassaden weit mehr als Fr. 300 000.- gekostet habe, sei das Fassadensanierungsprogramm mit Hilfe einer zusätzlich eingeholten Offerte auf ein "absolutes Flickwerk-Minimum" reduziert worden, um den gegebenen Kreditrahmen noch einhalten zu können. Die massiven Preisunterschiede der Offerten der Beschwerdeführerinnen und derjenigen der X. hinsichtlich der Sanierung der Fassaden gingen auf unterschiedliche Qualitätsanforderungen zurück und seien damit objektiv ohne weiteres erklärbar. Daher könnten die beträchtlichen Preisunterschiede kein Indiz für eine Preisabsprache sein.

Die Wettbewerbskommission verzichtete mit Eingabe vom 4. Juni 2003 auf die Einreichung einer weiteren Stellungnahme.

- F. Mit Verfügung vom 30. Juni 2003 teilte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Beschwerdeführerinnen mit, sie hätten das Recht auf eine öffentliche Verhandlung. Mit Eingabe vom 14. Juli 2003 verzichteten diese auf die Durchführung einer Verhandlung.

Auf die vorstehend genannten und weiteren Vorbringen wird, soweit sie rechtserheblich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

### **Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:**

1. Der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 17. Dezember 2001 stellt eine Verfügung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren dar (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021; Art. 5). Diese Verfügung kann nach Artikel 44 des Kartellgesetzes (zitiert in E. 2) sowie im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege (Art. 44 ff. und Art. 71a VwVG i. V. m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31) mit Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden.

Die Beschwerdeführerinnen sind durch die angefochtene Verfügung berührt und haben ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie sind daher zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Bst. a VwVG). Ihr Vertreter hat sich rechtsgenügend durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG). Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss



wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Verwaltungsbeschwerde ist somit einzutreten.

2. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) bezweckt volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG; vgl. Art. 96 Abs. 1 BV). Das Gesetz wurde 2003 teilrevidiert (Fassung vom 20. Juni 2003; AS 2004 1385), die Änderungen sind am 1. April 2004 in Kraft getreten.

- 2.1. Die Anwendbarkeit neuen Rechts auf hängige Verfahren bestimmt sich in erster Linie nach den übergangsrechtlichen Vorschriften; sehen diese - wie im konkreten Fall - nichts Besonderes vor, sind die allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln heranzuziehen, wobei zu unterscheiden ist, ob sich geltendes Recht in materieller und/oder in verfahrensrechtlicher Hinsicht geändert hat. Insoweit folgt die Anwendbarkeit neuen Rechts unterschiedlichen übergangsrechtlichen Regeln (Alfred Kölz/Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Auflage, 1998, Rz. 78; Fritz Gygi, *Verwaltungsrecht*, B. 1986, S. 112 f; Ulrich Häfelin/Georg Müller, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Auflage, Zürich 2002, Rz. 322 ff.). Demnach beurteilt sich die Frage, welches Recht nach einer Rechtsänderung Anwendung findet, nach dem Grundsatz, dass diejenigen (materiellen) Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 126 III 431 E. 2a, 125 II 591 E. 4e/aa, 120 Ib 317 E. 2b, 107 Ib 133 E. 2a und 2b). Das Verfahren betreffende, formelle Bestimmungen des geänderten Rechts sind indessen nach den intertemporalen Regeln sofort anzuwenden, sofern einschlägige Übergangsbestimmungen nicht etwas anderes vorsehen und die Kontinuität des bisherigen (materiellen) Rechts dadurch nicht gefährdet wird (BGE 126 III 431 E. 2b, 120 Ia 101 E. 1b).

Gegenstand der Untersuchung der Wettbewerbskommission war eine allfällige Wettbewerbsabrede (Preisabsprache) in Sachen Betonsanierung der Schweizerischen Landesbibliothek. Die hier zu beurteilende "Submissionsabsprache" bezieht sich ausschliesslich auf das genannte Bauvorhaben und die in diesem Zusammenhang im Rahmen des selektiven Submissionsverfahrens eingereichten Offerten. Eine gängige Interpretation der Submissionsmärkte ist, dass sie nur für eine vorübergehende Zeit bestehen. Der Wettbewerb beginnt jeweils mit der Ausschreibung eines Vorhabens durch den Ausschreiber und endet formell (spätestens) mit dem Vertragsabschluss. Der tatsächliche Wettbewerb spielt sich aber bis zum Zeitpunkt der Eingabe der Offerten ab (vgl. Ulrich Immenga, *Bietergemeinschaft im Kartellrecht - ein Problem potentiellen Wettbewerbs*, in: *Der Betrieb* DB 1984, S. 385; Benedict F. Christ, *Die Submissionsabsprache*,



Freiburg 1999, Rz. 307 f. mit Hinweisen). Der von der Wettbewerbskommission zu beurteilende Sachverhalt (unzulässige Wettbewerbsabrede) ist mit Einreichung der Submissionsofferten/Offertöffnung anfangs September 1999, unter Geltung des alten Rechts, abgeschlossen worden (vgl. Text der Publikation der Untersuchung im Bundesblatt, BBl 2001 2661). Damit entfaltet das neue Recht, für den vorliegenden Fall keine Wirkung (vgl. BGE 127 II 32 E. 3; 124 III 495 E. 1). Für die rechtliche Beurteilung der Streitsache sind daher die Bestimmungen des Kartellgesetzes in der Fassung vom 6. Oktober 1995 anwendbar.

- 2.2. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Das Kartellgesetz behält Vorschriften vor, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG).

Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG).

Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie: notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 KG). Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen: Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen; Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen sowie Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern (Art. 5 Abs. 3 KG).

Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, so eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung. Eine Untersuchung wird in jedem Fall eröffnet, wenn das Sekretariat damit von der Wettbewerbskommission oder vom Departement beauftragt wird (Art. 27 Abs. 1 KG).



Erachtet das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig, so kann es den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise ihrer Beseitigung vorschlagen. Die einvernehmliche Regelung wird schriftlich abgefasst und bedarf der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (Art. 29 KG).

Die Wettbewerbskommission trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind (Art. 18 Abs. 3 KG). Sie entscheidet auf Antrag des Sekretariates mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung (Art. 30 Abs. 1 KG).

3. In formeller Hinsicht beanstanden die Beschwerdeführerinnen, Vertreter der Wettbewerbskommission und des Sekretariates hätten gegenüber der Presse mit ihren Äusserungen - indem sie auf die Erstmaligkeit einer Untersuchung im Bereich des Baugewerbes und den Charakter eines "Pilotprojektes" hinwiesen (vgl. "B. er Zeitung" vom 18. Januar 2000) und zudem ihre Überzeugung kundtaten "wir wissen, dass Absprachen gemacht wurden" (vgl. "Der Bund" vom 17. Februar 2001) - gegen die Rechtsgrundsätze eines fairen Verfahrens verstossen. Damit berufen sich die Beschwerdeführerinnen auf das Gebot der Unparteilichkeit der Wettbewerbsbehörden.

Die Wettbewerbskommission beantragt, auf diese Rüge nicht einzutreten, da sie erstmals im Beschwerdeverfahren vorgebracht wurde und damit der Rechtsanspruch verwirkt sei.

- 3.1. Aus den Akten ergibt sich, dass der damalige Rechtsvertreter der W. in seiner Stellungnahme vom 26. November 2001 zum Verfügungsentwurf eher beiläufig ausführte: "Gestatten Sie mir abschliessend eine weitere kritische Bemerkung: Nicht zuletzt auf Grund des Interviews Ihres Präsidenten mit dem "Bund" vom 17. Februar 2001 sind - nicht nur bei mir! - Zweifel daran entstanden, ob die Wettbewerbskommission überhaupt bereit ist, den Fall nicht auf der Basis einer vorgefassten Meinung, sondern auf Grund der Aktenlage zu beurteilen; wir hoffen, dass Sie diese Zweifel durch einen korrekten Entscheid zerstreuen werden."

In der Beschwerde bringen die Beschwerdeführerinnen vor, der Grund für Versäumnisse bei der Sachverhaltsabklärung und der Begründung des Entscheides lägen auf der Hand: in mehreren Presseverlautbarungen hätten die Vertreter der Wettbewerbskommission gegenüber der Öffentlichkeit deutlich erkennen lassen, dass nun endlich anhand eines "Pilotfalles" im Bereich des Baugewerbes ein Exempel statuiert werden könne. Zudem habe laut einem im "Bund" vom 17. Februar 2001 erschienen Artikel der Präsident der Wettbewerbskommission trotz des damals noch hängigen Untersuchungsverfahrens ausgeführt, "wir wissen, dass Absprachen gemacht wurden". Damit sei der Entscheid, der erst zehn Monate später gefällt wurde (!), zum vorneherein präjudiziert worden.



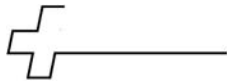
Die Wettbewerbskommission sei von diesem Zeitpunkt an befangen gewesen, da sie unmöglich ohne grossen Prestigeverlust einen Entscheid gegen die öffentlichen Verlautbarungen ihres Präsidenten habe fällen können. Die zitierten Presseäusserungen massgeblicher Mitglieder der Wettbewerbskommission stellten nicht nur krasse Verstösse gegen die Rechtsgrundsätze eines fairen Verfahrens und der Unparteilichkeit dar, sondern illustrierten darüber hinaus deutlich, dass der angefochtene Entscheid wesentlich auf Grund von politischen Erwägungen und im Hinblick auf die Revision des Kartellrechtes getroffen worden sei, um ein Exempel zu statuieren.

- 3.2. Die Beschwerdeführerinnen machen somit geltend, der Präsident der Wettbewerbskommission, Herr Professor von Büren, und Herr Saurer vom Sekretariat der Wettbewerbskommission seien befangen gewesen. Sie erblicken darin eine Verletzung der Garantien auf ein faires und unparteiisches Verfahren.

Bezüglich des Handelns von Verwaltungsbehörden leitet die bundesgerichtliche Rechtsprechung aus dem Gebot der gleichen und gerechten Behandlung nach Artikel 29 Absatz 1 BV (SR 101) einen Anspruch auf Unabhängigkeit und Unbefangenheit ab, der inhaltlich weitgehend mit demjenigen nach Artikel 30 Absatz 1 BV (Gerichtliche Verfahren) übereinstimmt (BGE 127 I 196 E. 2b mit Hinweisen; Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, B. 1999, S. 589). Nach Artikel 22 Absatz 1 KG tritt ein Mitglied der Wettbewerbskommission in den Ausstand, wenn ein Ausstandsgrund nach Artikel 10 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vorliegt. Demnach haben Personen, die eine Verfügung zu treffen oder diese vorzubereiten haben, in Ausstand zu treten, wenn sie: a. in der Sache ein persönliches Interesse haben, b. mit einer Partei in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder verschwägert oder durch Ehe, Verlobung oder Kindesannahme verbunden sind, c. Vertreter einer Partei sind oder für eine Partei in der gleichen Sache tätig waren, oder d. aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten (Art. 10 Abs. 1 VwVG).

Nach Lehre und ständiger Praxis genügt es, wenn Umstände gegeben sind, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Solche Umstände können entweder in einem bestimmten persönlichen Verhalten der betreffenden Person oder in gewissen funktionalen und organisatorischen Gegebenheiten begründet sein. Dabei muss das Misstrauen in die Unparteilichkeit in objektiver Weise als begründet erscheinen (BGE 119 V 466 E. 5 mit Hinweisen) Die blosser Behauptung der Befangenheit für sich allein genügt nicht. Sie muss durch objektive Umstände gestützt sein (BGE 105 Ia 160 E.4).

Der Grundsatz von Treu und Glauben verlangt jedoch, dass derjenige der einen Richter oder Beamten wegen Befangenheit ablehnen will, das entsprechende Begehren unverzüglich stellt, nachdem er vom Ablehnungsgrund Kenntnis erlangt hat. Werden Befangenheitsgründe nicht unverzüglich erhoben, so wird nach konstanter Praxis stillschweigende Einlassung und damit Verwirkung einer allfälligen Rügemöglichkeit angenommen (BGE 126 III 249 E. 3c; 121 I 225 E.



3; 120 Ia 19 E. 2c/aa; 117 Ia 322 E. 1c, je mit Hinweisen). Befangenheitsgründe sind also ungesäumt vorzubringen, sobald die Partei sie erkennt oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit davon Kenntnis haben konnte (vgl. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, B., 1983, S. 56; Jörg Paul Müller, a. a. O., S. 587 ff.). Daher ist es mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht vereinbar, Einwände erst nach Ergehen eines ungünstigen Entscheides zu erheben, wenn sie schon im vorangehenden Verfahren hätten erhoben werden können (BGE 126 III 254 E. 2d; 124 I 121 E. 2; 121 I 229 E. 3, 120 Ia 19 E. 2b/aa und 118 Ia 209 E. 2c).

- 3.3. Die W. hatte zwar bereits im Verfahren vor der Wettbewerbskommission im Rahmen der Stellungnahme zum Verfügungsentwurf gewisse Zweifel vorgebracht, ob die Wettbewerbskommission - auf Grund der Äusserungen des (damaligen) Präsidenten der Wettbewerbskommission gegenüber der Zeitung "Bund" - bereit sei, "einen Entscheid auf Grund der Aktenlage zu treffen". Jedoch hat sie, obwohl anwaltlich vertreten, gegen den Präsidenten der Wettbewerbskommission weder ein förmliches Ausstandsbegehren gestellt noch lässt sich der Begründung entnehmen, dass sie wegen Befangenheit seinen Ausstand verlangt hat.

Im Beschwerdeverfahren beziehen sich die Beschwerdeführerinnen wiederum auf den Zeitungsartikel im "Bund" vom 17. Februar 2001, welcher rund 10 Monate vor Erlass der nun angefochtenen Verfügung der Wettbewerbskommission erschienen ist sowie auf einen Artikel in der "B.er Zeitung" vom 18. Januar 2000. Nach dem vorstehend erwähnten Grundsatz von Treu und Glauben ist die Ablehnung eines Mitglieds der Wettbewerbsbehörde unverzüglich geltend zu machen. Die Rüge der Befangenheit ist daher - wie die Wettbewerbskommission zu Recht ausführt - verwirkt, und es erübrigt sich auf die materielle Begründung der Beschwerdeführerinnen zu dieser Frage einzugehen.

- 3.4. Im Weiteren rügen die Beschwerdeführerinnen, auf Grund der summenmässig grossen Differenzen zwischen ihren Offerten und dem Kostenvoranschlag der Vergabebehörde hätten die Wettbewerbsbehörden voreilig auf Preisabreden geschlossen, ohne den Ursachen dieser Preisdifferenzen durch eine seriöse und umfassende Abklärung des Sachverhaltes nachzugehen. Es sei Sache der Beschwerdeinstanz, das Verfahren wieder auf sachlichen Boden zurückzuführen und die nötigen Abklärungen vorzunehmen. Dabei werde sich zeigen, dass die Preisdifferenzen nicht auf Preisabsprachen der Submittenten, sondern auf nachträgliche Herabsetzung der Qualitätsanforderungen der Bauherrschaft zurückzuführen seien. Was diesen Einwand der unvollständigen Sachverhaltsfeststellung durch die Wettbewerbsbehörden betrifft, so obliegt der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen eine umfassende Sachverhaltskontrolle; denn sie ist die letzte Instanz, der die uneingeschränkte Überprüfung des Sachverhaltes zukommt (vgl. Art. 49 Bst. b VwVG; Art. 105 Abs. 2 OG; André Moser/Peter Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissio-



nen, Basel 1998; Rz. 2.72). Ob die Rüge der unvollständigen Sachverhaltsermittlung gerechtfertigt ist, wird in den nachfolgenden Erwägungen zu prüfen sein.

4. Das Kartellgesetz gilt unter anderem für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen (Art. 2 Abs. 1 KG).

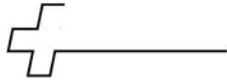
Das Gesetz erfasst unternehmerische Handlungen, die sich auf das Verhalten am Markt und auf die Art des Marktauftritts beziehen (Jürg Borer, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Art. 2 Rz. 1). In der Botschaft zum Kartellgesetz wird zum Geltungsbereich ausgeführt, dass sämtliche Formen unternehmerischer Tätigkeit erfasst werden, soweit sich daraus eine Wettbewerbsbeschränkung ergeben könne (Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994 [Kartellgesetz, KG], BBl 1995 I 468 ff., S. 533 Ziff. 222; nachfolgend: Botschaft zum KG).

Als Unternehmen des privaten oder des öffentlichen Rechts gelten diejenigen Marktteilnehmer, "die sich - sei es als Anbieter oder Nachfrager - selbstständig als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen" (Botschaft zum KG, a.a.O., Ziff. 222.1).

Die Beschwerdeführerinnen, privatrechtliche Aktiengesellschaften, sind Firmen, welche im Baugewerbe tätig sind. Sie haben sich als Offerenten im Submissionsverfahren in Sachen Betonsanierungen des Hauptgebäudes der Schweizerischen Landesbibliothek in B. beteiligt. Sie sind damit Unternehmen im Sinn von Artikel 2 Kartellgesetz.

5. Das Kartellgesetz findet nur dann Anwendung auf Unternehmen im Sinn von Artikel 2 KG, wenn keine Rechtsvorschriften entgegenstehen, die Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen nicht zulassen. Das Gesetz nennt als Beispiele eine staatliche Markt- oder Preisordnung und die Ausstattung von Unternehmen mit besonderen Rechten (Art. 3 Abs. 1 KG). Die Botschaft zum Kartellgesetz führt dazu aus, es müsse tatsächlich die Absicht des Gesetzgebers sein, den Wettbewerb für den fraglichen Wirtschaftsbereich auszuschalten. Soweit für wettbewerbliches Verhalten Raum bleibe, sei das Kartellgesetz anwendbar (Botschaft zum KG, a. a. O., S. 539 f.). In der Literatur wird ebenfalls eine klare gesetzliche Zulassung des wettbewerbswidrigen Verhaltens verlangt, um die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auszuschliessen (Pierre Tercier/Christian Bovet, Droit de la concurrence, Basel 2002, Rz. 35 zu Art. 3 KG; Bruno Schmidhauser in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz [Komm. KG], Zürich 1997, Art. 3, Rz. 6; W. A. Stoffel, Wettbewerbsrecht und staatliche Wirtschaftstätigkeit, Freiburg 1994, S. 277 ff; für eine restriktive Auslegung der Vorbehalte auch Rudolf Rentsch, Deregulierung durch Wettbewerbsrecht, Basel 2000, S. 166 ff., insbesondere S. 215 ff., 231 ff.).





- 5.1. Vorliegend sind keine den Wettbewerb ausschliessende Vorschriften im Sinn von Artikel 3 Absatz 1 KG ersichtlich noch werden solche geltend gemacht.

Vielmehr ergibt sich aus dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB; SR 172.056.1), dass der Bund mit diesem Gesetz Folgendes bezwecken will: das Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen regeln und transparent gestalten (Bst. a); den Wettbewerb unter den Anbietern und Anbieterinnen stärken (Bst. b) und den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel fördern (Art. 1 Abs. 1 BoeB). Damit verfolgt auch das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen das Ziel der Stärkung des Wettbewerbs (vgl. zum Ganzen, Botschaft zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde) notwendigen Rechtsanpassungen (GATT-Botschaft 2) vom 19. September 1994, BBl 1994 IV 950 insbesondere S. 1176, nachfolgend Botschaft zum BoeB). Somit weisen beide Erlasse (BoeB und KG) insofern Gemeinsamkeiten auf, als sie die Förderung des wirksamen Wettbewerbs bezwecken, wenn auch das BoeB lediglich auf den Submissionswettbewerb ausgerichtet ist (Heinz Leitner, Öffentliche Beschaffungen und Kartellrecht, in AJP 2003 S. 24; Herbert Lang, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, in ZBL 101 (Jahr 2000) S. 241).

Der Wettbewerb im Vergabeverfahren ermöglicht es, Leistungen zu vergleichen, um so das Angebot mit dem besten Preis-/Leistungsverhältnis wählen zu können. Durch die Ausschreibung wird eine spezifische Wettbewerbssituation in einem vorgegebenen Rahmen geschaffen, auf Grund welcher das wirtschaftlich günstigste Angebot zu eruieren ist. Das Gesetz fördert eine Intensivierung der Konkurrenz und damit eine Begünstigung der rationellen Verwendung öffentlicher Mittel (Zur Submission als spezielles Verhandlungsverfahren des privaten Rechts, Peter Gauch, Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes, in ZSR 1995, S. 334 f.; Botschaft zum BoeB, a. a. O., S. 954 und 1176). Ein wirksamer Wettbewerb führt daher auch zu einer wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel. Damit wird einem weiteren Zweck des Beschaffungsgesetzes (Art. 1 Abs. 1 Bst. c BoeB) Nachhaltung verschafft.

- 5.2. Artikel 11 Buchstabe e BoeB sieht vor, dass die Auftraggeberin den Zuschlag widerrufen oder Anbieter und Anbieterinnen vom Verfahren ausschliessen kann, wenn sie *Abreden* getroffen haben, *die wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen*. Die Auftraggeberin kann den Auftrag direkt und ohne Ausschreibung vergeben, wenn im offenen oder selektiven Verfahren ausschliesslich Angebote eingereicht werden, die *aufeinander abgestimmt* sind oder nicht den wesentlichen Anforderungen der Ausschreibung entsprechen. Im Weiteren kann die Auftraggeberin das Vergabeverfahren abbrechen und wiederholen, wenn günstigere Angebote zu erwarten sind, weil technische Rahmenbedingungen ändern oder *Wettbewerbsverzerrungen* wegfallen (Art. 13 Abs. 1



Bst. b und Art. 30 Abs. 2 Bst. b der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen, VoeB, SR 172.056.11).

Der Wortlaut dieser Bestimmungen deckt sich damit weitgehend mit Artikel 5 des Kartellgesetzes. Es stellt sich daher im Weiteren die Frage nach dem Verhältnis des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen zum Kartellgesetz, insbesondere ob derselbe Sachverhalt (Submissionsabsprache) Gegenstand sowohl des submissionsrechtlichen (Art. 11 BoeB) als auch des kartellrechtlichen (Art. 5 KG) Verfahrens sein kann. Diese Frage, ist wie die Wettbewerbskommission zu Recht ausführte, zu bejahen.

Das Bundesgericht hat bereits im Zusammenhang mit der Interkonnectionsregelung im Fernmelderecht festgestellt, dass eine solche sektorielle Regulierung zur allgemeinen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutrete und diese nicht ausschliesse; Fernmelderecht und Wettbewerbsrecht kämen parallel nach ihren jeweiligen Kriterien zur Anwendung, ohne dass das eine dem anderen vorginge (Entscheid des Bundesgerichts vom 3. Oktober 2001 i. S. Commcare AG gegen Swisscom AG, 2A.503/2000 und 2A.505/2000 E. 6c; bestätigt im Entscheid vom 5. September 2003 i. S. Cablecom GmbH gegen Teleclub AG 2A.142/2003 E. 4.1.3). Da das öffentliche Beschaffungsrecht, gleich wie das Kartellgesetz unzulässige Wettbewerbsabreden bekämpfen will, ist es auch im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens naheliegend, diese beiden Gesetze nebeneinander anzuwenden, zumal der Bundesrat bereits in seiner Botschaft zum Kartellgesetz vom 23. November 1994 darauf hingewiesen hat, dass sich das Ziel des Kartellgesetzes nicht einzig mit dem Kartellgesetz verwirklichen lasse, sondern dass dieses eine, wenn auch besonders wichtige Teilaufgabe im Rahmen der gesamten wirtschaftlichen Gesetzgebung zu erfüllen habe (Botschaft zum KG, a. a. O., Z. 221).

Auch in der Lehre wird hinsichtlich von Sachverhalten, die Tatbestände des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen und des Kartellgesetzes zugleich erfüllen, die parallele Anwendung beider Erlasse bejaht. So wird ausgeführt, der Auftraggeberin stünden beschaffungs- *und* kartellrechtliche Mittel gegen unzulässige Submissionsabreden zur Verfügung (Gauch/Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, S. 75; Galli/Lehmann/Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Nr. 69; Hubert Stöckli, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, Freiburg 1999, Nr. 1275 f.; Daniel Bircher/Stefan Scherler, Missbräuche bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, B. 2000, S. 35).

Der Wettbewerbskommission ist beizupflichten, dass sich die beiden Verfahren hinsichtlich ihrer Rechtsfolge unterscheiden. Das kartellrechtliche Verfahren sah - nach bisher geltendem Recht (nach neuem Recht sind direkte Sanktionen im Sinne von Artikel 49 a KG möglich) - für unzulässige Wettbewerbsabreden eine Verbots- oder Unterlassungsverfügung sowie Sanktionsandrohungen für den Fall von Zuwiderhandlungen vor (Art. 30 Abs. 1 KG, Art. 50 und 54 KG). Nach dem Vergaberecht kann ein unzulässiges Kartell andere rechtliche Folgen nach sich ziehen. Die Vergabestelle kann den Zuschlag widerrufen oder Anbieter vom Verfahren ausschliessen (Art. 11 BoeB) oder sie ist berechtigt, den Auftrag



freihändig zu vergeben, wenn ihr ausschliesslich Angebote eingereicht werden, die aufeinander abgestimmt sind (Art. 13 Abs. 1 Bst. b VoeB). Schliesslich kann die Auftraggeberin das Vergabeverfahren auch abbrechen und wiederholen, wenn günstigere Angebote zu erwarten sind, weil Wettbewerbsverzerrungen wegfallen (Art. 30 Abs. 2 Bst. b VoeB). Im Übrigen ist festzuhalten, dass Konstellationen, in welchen sich die Vergabebehörde und die Wettbewerbskommission mit demselben Sachverhalt zu befassen haben, nicht ausgeschlossen sind. Zu den kartellrechtlichen Folgen, die ein unzulässiges Kartell nach sich ziehen kann, kommen die Wirkungen, die sich aus dem Vergaberecht ergeben (Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2002, Rz. 224; Urs Hess-Odoni, Öffentliche Beschaffung und das Wettbewerbsrecht, in Jusletter 24. Mai 2004, Rz. 27).

Im Weiteren schützen das Kartellgesetz und das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen unterschiedliche Rechtsgüter. So ist die Wettbewerbskommission zuständig zur Abklärung der Frage, ob den von den Beschwerdeführerinnen eingereichten Angeboten Wettbewerbsabreden zugrunde liegen und ob dadurch wirksamer Wettbewerb beseitigt oder erheblich beeinträchtigt ist (Galli /Lehmann /Rechsteiner, a.a.O., Rz. 321). Hingegen konkretisiert Artikel 11 BoeB die Gründe, aus welchem eine Anbieterin oder ein Anbieter aus einem laufenden Verfahren ausgeschlossen werden kann. Artikel 11 Buchstabe e BoeB (Wettbewerbsabreden unter Anbietern) dient dem Schutz des öffentlichen Ausschreibers, und hat keine weitergehende Wirkung (Botschaft zum Boeb, a. a. O., S. 1188; Benedict F. Christ, a. a. O., Rz. 785 mit Hinweisen).

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens und des Kartellgesetzes kumulativ anwendbar sind.

6. Nach Artikel 4 Absatz 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.
  - 6.1. Der Begriff der Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG umfasst sowohl die horizontalen (zwischen Unternehmen auf gleicher Stufe) als auch die vertikalen (zwischen Unternehmen auf verschiedener Marktstufe) Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen. Die wettbewerbsrechtliche Erfassung kann weder bei Horizontal- noch bei Vertikalabreden davon abhängig sein, ob zwischen den beteiligten Parteien eine formelle vertragliche Grundlage über das Wettbewerbsverhalten besteht. Das die Wettbewerbsabrede qualifizierende Verhalten kann sich auch aus einer rechtlich nicht erzwingbaren Vereinbarung (Gentlemen's Agreement, Frühstückskartell) oder bereits schon daraus ergeben, dass die beteiligten Unternehmen ihr wettbewerbsrelevantes Verhalten in irgendeiner Form aufeinander abstimmen, z.B. indem Empfehlungen befolgt werden (Botschaft zum KG, a. a. O., S. 544 f., Christian J. Meier-Schatz,



AJP 7/96 S. 813; BGE 124 III 495 E. 2a). Ein auf Grund der Markt- und Kostenstrukturen praktiziertes bewusstes Parallelverhalten ist dagegen noch keine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG, selbst wenn es in der Erwartung erfolgt, dass die übrigen Marktteilnehmer sich gleich verhalten werden, und auch wenn davon wettbewerbsbeschränkende Wirkungen ausgehen (Borer, a. a. O., N 14 zu Art. 4 KG). Erlaubtes Parallelverhalten liegt vor, wenn Unternehmen auf die Veränderung von Marktdaten (wie etwa Veränderungen der Rohstoffpreise) gleich oder gleichförmig reagieren (Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, B. 1999, Rz. 272). Entscheidendes Tatbestandsmerkmal für eine abgestimmte Verhaltensweise ist hingegen ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der betreffenden Unternehmen beziehungsweise es wird ein Mindestmass an Verhaltenskoordination vorausgesetzt (Botschaft zum KG, a. a. O., S. 545 Ziff. 224.1; Borer, a. a. O., Rz. 3f. und 14 zu Art. 4 KG; Roger Zäch, a. a. O., Rz. 265 f. zu Art. 5 KG; Walter A. Stoffel, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, V/2 Kartellrecht, 2000, S. 64 f; BGE 124 III 495 E. 2a S. 499). Gleichförmigkeit der Verhaltensweisen kann aber indizieren, dass die Unternehmen ihre Verhaltensweisen "aufeinander" abgestimmt haben (Stöckli, a. a. O., Rz. 192).

- 6.2. Eine Wettbewerbsbeeinträchtigung liegt vor, wenn durch eine Abrede die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer hinsichtlich eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter beschränkt wird (Roger Zäch, a. a. O., Rz. 277, S. 152). Der Preis ist für die meisten Güter ein wichtiger Wettbewerbsparameter. Das Kartellgesetz geht davon aus, dass bei (horizontalen) Preisabsprachen vermuthungsweise der Wettbewerb beseitigt ist (vgl. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG).

Als Preisabsprachen im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG kommen alle Abreden in Betracht, die sich in direkter oder indirekter Form auf die Preisbildung auswirken. Eine Preisabrede liegt nicht nur dann vor, wenn ein konkreter Preis festgelegt, sondern auch wenn bloss einzelne Komponenten oder Elemente der Preisbildung fixiert werden (Botschaft zum KG, a. a. O., S. 567; Borer, a. a. O. Rz. 25 zu Art. 5 KG; Franz Hoffet, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 1997, Rz. 117 zu Art. 5 KG). Eine horizontale Abrede nach Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG liegt auch dann vor, wenn eine bezüglich des Preises abgestimmte Verhaltensweise nachgewiesen werden kann.

- 6.3. In der angefochtenen Verfügung hielt die Wettbewerbskommission fest, eine ausdrückliche Vereinbarung im Sinne der gesetzlichen Vorschriften nach Artikel 4 Absatz 1 KG könne den Beschwerdeführerinnen nicht nachgewiesen werden. Hingegen schloss sie aus dem Vorliegen bestimmter Indizien auf eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise der Submittenten, wonach diese im Rahmen der Submissionsofferten untereinander Preisabsprachen getätigt hätten.



7. Aktenkundig ist, dass die vier Beschwerdeführerinnen sich am selektiven Submissionsverfahren "Betonsanierung der Landesbibliothek" beteiligten und ihre Angebote anfangs September 1999 bei der Vergabebehörde einreichten. Sollten die Parteien untereinander eine entsprechende Preisvereinbarung getroffen haben, war deren Inhalt - auf Grund der Ausschreibung - auf das genannte Bauvorhaben beschränkt und damit zeitlich befristet (vgl. E. 2.1). Im Submissionsmarkt spielt sich der "Hauptwettbewerb" vor Eingabe der Angebote ab. In dieser Zeit arbeiten die Unternehmen ihre Angebote aus, die massgebend für das Spiel von Angebot und Nachfrage sind. Bei Submissionsabsprachen stellt sich daher die Schwierigkeit, dass sie sich nur auf *einen* Submissionsmarkt auswirken. Deshalb haben sie ihre Bedeutung meist schon verloren, bevor eine Untersuchung der Wettbewerbsbehörden eingeleitet, geschweige denn abgeschlossen ist (Christ, a. a. O., Rz. 308 mit Hinweisen und Rz. 398).

Gegenstand der am 13. Januar 2000 eröffneten Untersuchung und der am 17. Dezember 2001 verfügten Massnahmen der Wettbewerbskommission bildete daher ein in der Vergangenheit liegendes möglicherweise kartellrechtswidriges Verhalten der Parteien.

- 7.1. Artikel 27 Absatz 1 des bisher geltenden Kartellgesetzes lautete wie folgt:

"Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung *vorliegt*, so eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung. Eine Untersuchung wird in jedem Fall eröffnet, wenn das Sekretariat damit von der Wettbewerbskommission oder vom Departement beauftragt wird."

Am 1. April 2004 sind die Änderungen des Kartellgesetzes in Kraft getreten. Artikel 27 Absatz 1 KG ist wie folgt geändert worden:

"Bestehen Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, so eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung."

Diese Anpassung im Wortlaut betraf nur den deutschen Text. Der französische und der italienische Text blieben unverändert ("S'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence,..."beziehungsweise: "Se esistono indizi di una limitazione illecita della concorrenza....").

In den parlamentarischen Beratungen war Artikel 27 Absatz 1 KG gemäss bundesrätlichem Entwurf ohne Diskussion angenommen worden (Amtl. Bull N 2002 1447, Amtl. Bull S 2003 332).

Zudem wurde das Kartellgesetz dahingehend ergänzt, indem neu direkte Sanktionen (Art. 49a KG) eingeführt wurden. Demnach wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absatz 3 und 4 beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Die Belastung entfällt unter anderem, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei

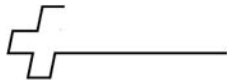


Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist (Art. 49a Abs. 1 und Abs. 3 Bst. b KG).

- 7.2. Eine Norm ist in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen. Ist der Text nicht klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss nach seiner Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich des Zwecks, des Sinnes und der dem Text zu Grunde liegenden Wertung. Vom klaren, d. h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur abgewichen werden, unter anderem dann, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Grund und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften ergeben (BGE 129 II 353 E. 3.3, 128 V 116 E. 3b mit Hinweisen).

Der Wortlaut von Artikel 27 Absatz 1 KG (in der bis 31. März 2004 gültig gewesenen Fassung) ist klar: Eine Untersuchung wird eröffnet, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung (noch) *vorliegt* ("s'il existe"/"se esistono"). Das Sekretariat kann infolgedessen eine Untersuchung nur eröffnen, wenn im Zeitpunkt der Eröffnung Anhaltspunkte für ein (noch andauerndes) kartellrechtswidriges Verhalten bestehen. Haben die involvierten Unternehmen ihr kartellrechtswidriges Verhalten aufgegeben, so ist die Eröffnung einer Untersuchung nicht (mehr) zulässig.

Wie sich aus der Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001 ergibt, sind nach geltendem Recht die Eingriffsmöglichkeiten der Wettbewerbskommission auf die Beseitigung einer bestehenden Wettbewerbsbeschränkung ausgerichtet, da Artikel 27 Absatz 1 KG vorsehe, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung (noch) vorliege. Die Wettbewerbsbehörde habe somit keine Möglichkeit, Verstösse gegen das Kartellgesetz wirksam zu ahnden, wenn Unternehmen ihr kartellrechtswidriges Verhalten vor oder während der Untersuchung aufgeben. Im Fall des "Vitaminkartells" etwa hätten die Parteien in Absprache mit den amerikanischen Wettbewerbsbehörden ihr Verhalten aufgegeben und sich zur Zahlung einer Busse bereit erklärt. Die Schweizer Wettbewerbsbehörden hätten - wenn die Parteien hierfür nicht Hand geboten hätten - keine Untersuchung eröffnen können, da das Kartell zu dem Zeitpunkt bereits aufgelöst worden war. Mit der Änderung des Artikels 27 KG solle erreicht werden, dass auch Verstösse gegen das Kartellgesetz, welche vor einer Untersuchung aufgegeben werden, geprüft und allenfalls geahndet werden könnten. Künftig sollten Unternehmen auch für frühere und im Beurteilungszeitpunkt nicht mehr praktizierte kartellrechtswidrige Verhaltensweisen zur Verantwortung gezogen werden können. Unternehmen, die gegen das Kartellrecht verstossen, hätten es sonst in der Hand zu verhindern, dass Abklärungen der Wettbewerbsbehörden in rechtskräftige Verfügungen münden (Botschaft des Bundesrates vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBI 2002 S. 2044 f.).



Der Bundesrat erwähnte im Weiteren, mit der Einführung direkter Sanktionen müsse auch die Möglichkeit eröffnet werden, Wettbewerbsbeschränkungen aufzugreifen, die möglicherweise nicht mehr ausgeübt werden. Andernfalls bestünde das Risiko, dass die beteiligten Unternehmen kurz vor oder nach der Eröffnung einer Untersuchung die unzulässigen Praktiken einstellen, um sich der Sanktionierung zu entziehen. Der geänderte Wortlaut von Artikel 27 Absatz 1 trage diesem Umstand Rechnung. Die Änderung von Artikel 27 habe jedoch nicht zur Folge, dass Unternehmen selbst dann noch sanktioniert werden könnten, wenn sie die unzulässige Praxis bei der Einführung der direkten Sanktionen aufgeben. Die Übergangsbestimmung halte dies auch ausdrücklich fest (Botschaft, a. a. O., S. 2047).

- 7.3. Nach bisher geltendem Recht waren die Eingriffsmöglichkeiten der Wettbewerbskommission auf die Beseitigung einer *bestehenden* Wettbewerbsbeschränkung ausgerichtet. Der Verdacht auf eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung musste im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung aktuell und konkret sein. Es bestand keine Möglichkeit, ein Verfahren zu eröffnen oder weiterzuführen, wenn Unternehmen ihr kartellrechtswidriges Verhalten vor oder während der Untersuchung aufgegeben haben. Infolgedessen konnten bis anhin Verfahren und Unzulässigkeitsverfügungen nur erfolgen bei Vorliegen aktueller Wettbewerbsbeschränkungen. Das Aufgreifen von Vergangenheitssachverhalten war im bisher geltenden Recht nicht zulässig (Stefan Bilger, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 172).

Die Änderung von Artikel 27 Absatz 1 KG ermöglicht nun auch, Verstösse gegen das Kartellgesetz zu ahnden beziehungsweise ein Verfahren zu eröffnen oder weiterzuführen, wenn das kartellrechtswidrige Verhalten vor oder während der Untersuchung eingestellt wurde. Somit können Unternehmen auch für nicht mehr praktizierte kartellrechtswidrige Verhaltensweisen zur Verantwortung gezogen werden. Neu können in der Vergangenheit ausgeübte kartellrechtswidrige Abreden sanktioniert werden, es sei denn die betreffende Wettbewerbsbeschränkung sei bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden (vgl. Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG). Insofern bewirkt die neue Regelung eine Ausweitung der Untersuchungstätigkeit und damit eine Verschärfung. Damit soll verhindert werden, dass die Unternehmen durch den Verzicht auf die möglicherweise unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor oder nach der Eröffnung einer Untersuchung den Wettbewerbsbehörden die Grundlage einer allfälligen Verfügung entziehen können, was im geltenden Recht jeweils zur Einstellung des Verfahrens führte (vgl. Bruno Schmidhauser, a. a. O., Rz. 18 zu Art. 30 KG; Stefan Bilger, a. a. O., S. 174; Philipp Zurkinden/Hans-Rudolf Trüb, Das neue Kartellgesetz, Handkommentar, 2004, Rz. 1 zu Art. 27 KG; Verfügung Weko vom 19. Mai 2003, RPW 2003/3 S. 527; Verfügung Weko vom 5. November 2001, RPW 2001/4 S. 695; Verfügung Weko vom 3. September 2001, RPW 2001/4, S. 688).



Im bisherigen Verwaltungsverfahren stellten die Wettbewerbskommission und die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen regelmässig auf den Sachverhalt ab, wie er sich im Zeitpunkt des Entscheides darstellte (vgl. Entscheid der Weko vom 7. Februar 2000, RPW 2000 29 f. i. S. BKW FMB Energie AG, RPW 1999 S. 503 f; BGE 127 II 32 E. 3g). Die Möglichkeit des Aufgreifens von Vergangenheitssachverhalten war denn auch eines der zentralen Ziele der Revision, was durch die (geringfügige) Änderung des Wortlauts in Artikel 27 Absatz 1 KG zum Ausdruck kommt (Philippe Spitz, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, in SIC 2004 S. 562).

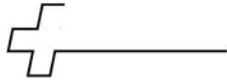
- 7.4. Die Verfügung der Wettbewerbskommission erging am 17. Dezember 2001; Auslöser waren die Offerten der vier Beschwerdeführerinnen vom 3. beziehungsweise 5. September 1999. Diese führten am 13. Januar 2000 zur Eröffnung einer Untersuchung, in welcher die Wettbewerbskommission zum Schluss kam, dass die Parteien die Angebotspreise aufeinander abgestimmt und damit unzulässige Wettbewerbsabreden (Preisabsprachen) nach Artikel 5 Absatz 3 KG getroffen haben. Das Bundesamt für Bauten und Logistik hat das Submissionsverfahren am 27. März 2000 abgebrochen und am 28. März 2000 im freihändigen Verfahren die Betonsanierungsarbeiten an die X. vergeben, welche die in der Ausschreibung vorgesehenen Arbeiten von April 2000 bis November 2000 ausgeführt hat.

Da nach dem bisher geltenden Recht die Wettbewerbsbehörden keine Untersuchungen eröffnen und keine Massnahmen für in der Vergangenheit erfolgte und nicht mehr andauernde unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen verfügen konnten, bestand keine rechtliche Grundlage, um abgeschlossene Sachverhalte ("sog. Vergangenheitskartelle") kartellrechtlich aufzugreifen. Die Wettbewerbskommission hat nicht gezeigt, dass allfälliges kartellrechtswidriges Verhalten der Parteien auch in der Gegenwart oder in der Zukunft Wirkung gezeitigt hat. Daher ist die Beschwerde gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben, ohne dass weiter auf die von den Verfahrensbeteiligten vorgetragenen Argumente eingegangen werden müsste.

Wie im Folgenden dargelegt wird, sind aber auch Sachverhaltsabklärungen und Begründung der Wettbewerbskommission in mehrfacher Hinsicht problematisch.

8. Im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Untersuchungsgrundsatz, wonach die Rechtsanwendungsbehörde den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hat (Art. 39 KG i. V. m. Art. 12 VwVG). Dies bedeutet, dass die Wettbewerbsbehörde für die Beschaffung der Entscheidungsgrundlagen verantwortlich ist, allen relevanten Tatsachen nachzugehen hat und dass sie sich nicht auf die Aussagen, Informationen und Beweismittel von Verfahrensbeteiligten beschränken darf. Sie muss vielmehr aus eigener Initiative erforderliche Sachverhaltselemente aufklären. Dies





gilt sowohl für den Nachweis von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, als auch für Elemente, welche deren Rechtfertigung ermöglichen (Art. 5 Abs. 2 und 3 KG). Die Beweise sowohl für die Feststellung des die Vermutungsbasis begründenden Sachverhaltes als auch für die Widerlegung der Vermutung sind von Amtes wegen zu erheben. Dieser Pflicht der Wettbewerbsbehörden steht nach Artikel 13 Absatz 1 Buchstabe c VwVG eine bedeutende Mitwirkungspflicht der Parteien gegenüber (vgl. Botschaft zum KG, a. a. O., Ziff. 256.1; Borer, a. a. O., Rz. 6 zu Art. 39 KG; Zäch, a. a. O., Rz. 309 und 670; Paul Richli, Kartellverwaltungsverfahren in Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, V/2 Kartellrecht, 2000, S. 460; Walter A. Stoffel, Wettbewerbsabreden, in Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, V/2 Kartellrecht, S. 115; Marcel Dietrich, in Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Rz. 66 zu Art. 39 KG; Benoît Carron, Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2002, Rz. 30 f. zu Art. 39 KG).

Im Weiteren gilt im Kartellverwaltungsverfahren auch der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i. V. m. Art. 19 VwVG und Art. 40 Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess, BZP; SR 273). Demnach zieht der Richter aus dem Beweisergebnis nach freier Überzeugung die Schlüsse darüber, was er als bewiesen erachtet. Frei ist die Beweiswürdigung vor allem darin, dass sie nicht an bestimmte starre Beweisregeln gebunden ist, die dem Richter genau vorschreiben, wie ein gültiger Beweis zustande kommt. Für das Beschwerdeverfahren bedeutet dies, dass der Richter alle Beweismittel unabhängig davon, von wem sie stammen, objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden hat, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruches gestatten (BGE 125 V 351 E. 3a). Der Beweis ist erbracht, wenn der Richter gestützt auf die Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt ist, dass sich der rechtserhebliche Sachumstand verwirklicht hat. Es braucht nicht absolute Gewissheit zu resultieren, unter Umständen genügt der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Die von der eigenen Sachkunde des Richters oder der Lebenserfahrung und praktischen Vernunft getragene, mit Gründen gestützte Überzeugung kann genügen. Hingegen kann die blosse Möglichkeit, dass sich die Tatsache zugetragen hat, nicht ausreichen (BGE 115 V 44, 117 V 153; Isaak Meier, Das Beweismass - ein aktuelles Problem des schweizerischen Zivilprozessrechts, BJM 1989 S. 57 f.). Wird jedoch auf Grund bereits erhobener Beweise der rechtserhebliche Sachverhalt für genügend geklärt erachtet und ohne Willkür vorweg die Annahme getroffen, die rechtliche Überzeugung würde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert (antizipierte Beweiswürdigung), kann der Richter von der Erhebung weiterer Beweismassnahmen absehen (Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 278; Moser/Übersax, a. a. O., Rz. 3.71 mit Hinweis auf BGE 122 II 469 E. 4a, 122 V 162 E. 1d und 120 Ib 229 E. 2b; 125 V 352 E. 3).

- 8.1. In der angefochtenen Verfügung räumte die Wettbewerbskommission ein, eine ausdrückliche Vereinbarung im Sinne von Artikel 4 KG könne den Parteien nicht nachgewiesen werden. Sie schloss hingegen auf Grund einer Reihe von Indizien, dass eine bewusste und gewollte Verhaltensabstimmung der Parteien gegeben sei.



Der Indizienbeweis ist ein indirekter oder mittelbarer Beweis, der Schlüsse auf die beweisbedürftige Tatsache erlaubt, ohne diese direkt zu belegen (vgl. zur Terminologie: Oscar Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, 6. Auflage, Nr. 19 f.; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 272). Beim Indizienbeweis schliesst der Richter auf Grund von Erfahrungssätzen aus dem Indiz auf die rechtlich zu beurteilende Tatsache (BGE 118 II 365 E. 1 mit Hinweisen).

Der Indizienbeweis gilt im Zivilverfahren als erbracht, wenn die Summe der Wahrscheinlichkeitsgrade der vorgebrachten Indizien weit über 50 % liegt (vgl. Entscheid der I. Kammer des Zürcher Obergerichts vom 11. April 1997, publiziert in ZR 96 [1997] 120, S. 267 mit Hinweis auf BGE 98 II 243). In der kantonalen Gerichtspraxis zum Submissionsrecht werden jeweils keine strengen Anforderungen an den Nachweis von Submissionsabsprachen gestellt. Demnach ist ein strikter Nachweis der Absprache nicht erforderlich, es genügt der Beweis, dass ausreichende Anhaltspunkte für eine solche Absprache bestehen (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich, VB.2000.00403, E. 3.a in fine und Entscheid des Verwaltungsgerichtes des Kantons Aargau, AGVE 1999, S. 310 ff., zitiert in Galli/Moser/Lang, a. a. O., Nr. 275 FN 553, sowie auch André Moser, Überblick über die Rechtsprechung 1998/99 zum öffentlichen Beschaffungswesen in AJP 2002, 688 f.; Herbert Lang, a. a. O., S. 248).

Im Kartellverwaltungsverfahren dürfen an das Beweismass angesichts der Komplexität der kartellrechtlichen Sachverhalte keine übertriebenen Ansprüche gestellt werden; andernfalls wird der materiellrechtliche Gehalt des Kartellgesetzes in funktionswidriger Weise geschwächt (vgl. Paul Richli, a. a. O., S. 454; Hans-Ueli Vogt, Auf dem Weg zu einem Kartellverwaltungsverfahren, AJP 1999 S. 844; Stefan Bilger, a. a. O., S. 305 f.). Insbesondere um "abgestimmte Verhaltensweisen" nachzuweisen, wird der Indizienbeweis in der Lehre anerkannt. Dies deshalb, weil gerade bei Verhaltensabstimmungen sich der Nachweis nur auf indirektem Wege mit Hilfe von Indizien erbringen lässt (Stoffel, a. a. O., S. 69; Helmut Schröter, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2003, S. 225). Dies bedeutet jedoch nicht, dass sich die Wettbewerbsbehörden für den Nachweis einer Submissionsabsprache nur mit einer sachlich begründeten Vermutung, es habe eine Preisabsprache stattgefunden, zufrieden geben dürfen. Daran ändert auch der Wortlaut von Artikel 5 Absatz 3 KG nichts, der bei Preisabreden die (widerlegbare) Rechtsvermutung begründet, dass darob der wirksame Wettbewerb beseitigt wird. Denn um die Vermutungsbasis zu schaffen, muss überhaupt erst eine Preisabrede festgestellt (und nicht bloss vermutet) werden (vgl. Hubert Stöckli, Dokument BR-2000-60).

Inwiefern die Anforderungen an die Sachverhaltsfeststellung beziehungsweise Begründungsdichte im konkreten Fall erfüllt sind, ist Gegenstand der nachstehenden Erwägungen.

## 8.2. Sachverhaltsmässig sind folgende Elemente unbestritten:

Nach dem Detailauszug zum Kostenvoranschlag der Architektengemeinschaft Landesbibliothek vom 25. November 1996 ist hinsichtlich der Betonsanierungs-



arbeiten unter BKP 211.59 "Beton: Ergänzende Leistungen (Fassade Nord)" ein Betrag von Fr. 1'000'000.- vorgesehen. Vorgängig hatten die Bauingenieure des Projektes bei der B. und der W. für die Betoninstandsetzung der Nordfassade je eine Richtofferte eingeholt. Nach dem Sanierungskonzept der B. (konventionelle Reprofilierungsmethode) war mit Kosten von Fr. 172'000.- zu rechnen. Die Offerte der W. sah für die Nordfassade eine Betoninstandsetzung nach NCT-Verfahren (elektromechanische Realkalisierung von Normalbeton) Kosten in der Höhe von Fr. 785'760.- vor. Für das Qualitätssicherungskonzept veranschlagte sie weitere Kosten von Fr. 61'690.-. Das Bundesamt führte aus, nach der Begehung vom 18. Juni 1997 mit dem Denkmalpfleger der Stadt B. sei klar geworden, dass ein Materialersatz nicht in Frage käme und stattdessen die vorhandene Substanz instand gestellt werden müsste. In Zusammenarbeit mit Professor Böni von der ETH sei ein neues Konzept für eine *sanfte Betoninstandsetzung* erarbeitet worden und anlässlich der Sitzung vom 23. Oktober 1997 sei beschlossen worden, diese Variante zu realisieren. Daraus folgt, dass die Änderung des Konzeptes bereits vor der Ausschreibung der Submission (März 1999) erfolgt ist. Im Weiteren steht unbestritten fest, dass das neue Konzept nun eine Sanierung sämtlicher vier Fassaden sowie die Sanierung der Betonelemente bei den Fenstern vorsah. Nach der Kostenschätzung des Bundesamtes von 1999 belaufen sich die Kosten für die Sanierung der Fassaden auf Fr. 300'000.- und für die Betonelemente bei den Fenstern auf Fr. 600'000.-, insgesamt auf Fr. 900'000.-. Nach der von der X. am 19. Oktober 1999 eingereichte Offerte, welche das Bundesamt im freihändigen Verfahren eingeholt hatte, war mit Gesamtkosten von Fr. 1 294 039.- zu rechnen.

9. Die Wettbewerbskommission führt aus, eine bewusste und gewollte Verhaltensabstimmung der Parteien werde durch folgende Indizien belegt:
  - 9.1. Zunächst erwähnt die Wettbewerbskommission die massive Abweichung der im Submissionsverfahren offerierten Preise vom Kostenvoranschlag 1999. Das Bundesamt habe bei einem ausgewiesenen Spezialisten für Betonelemente und Betonfassade einen Kostenvoranschlag eingeholt, der sich auf Fr. 900'000.- belaufe. Selbst die tiefste Offerte (Fr. 1'911'472.-) übersteige den Kostenvoranschlag noch um Fr. 1'011'472.- (+112 %).
    - 9.1.1. In der Lehre wird das Vorliegen einer Submissionsabsprache möglicherweise bejaht, wenn das günstigste Angebot massiv von der vom Ausschreiber erstellten Kostenschätzung nach unten oder nach oben abweicht. Andererseits ist aber die Zuverlässigkeit dieses Kriteriums zu relativieren, denn die Submission dient gerade dazu, den Marktwert zu erforschen; das Ergebnis kann nicht vorausgesagt werden (Christ, a. a. O., Rz. 834). Über Submissionsabreden hatte sich die Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen - soweit ersichtlich - bislang nicht zu äussern (vgl. Galli/Moser/Lang, a. a. O, Nr. 226-228,



FN 489). Das Zürcher Verwaltungsgericht bejahte eine wettbewerbswidrige Absprache unter den Anbietenden, weil das günstigste Angebot für ein grosses Bauvorhaben 30 - 40 % über den Kosten lag, welche die Ausschreiberin auf Grund seriöser Abklärungen erwarten durfte (vgl. Entscheid der Ersten Kammer des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 31. Januar 2001 in ZBI 2003 S. 57 ff.). In zwei vom Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden beurteilten Fällen wichen die eingegangenen Offerten um mindestens 30 % beziehungsweise 25 % vom berechneten Kostenrahmen ab (VG Graubünden: U 01 70 E. 5c und U 01 71). In der Lehre stiessen diese Entscheide auf Kritik, weil sich das Verwaltungsgericht nicht zu den Gründen der massiven Überschreitung der Kostenschätzung geäussert hatte. Sollte nämlich die Vergabebehörde eine fehlerhafte Schätzung der voraussichtlichen Kosten vorgenommen haben, wären die preislich höheren Angebote bei einer objektiven Betrachtung sehr wohl voraussehbar gewesen und ein wichtiger Grund für den Verfahrensabbruch hätte nicht vorgelegen (Galli/Moser/Lang, a. a. O., Nr. 391 f.). Bei dem von der Wettbewerbskommission erwähnten Fall im Kanton Schwyz hat die zuständige Behörde auf eine Submissionsabrede geschlossen; ausschlaggebend war aber nicht nur die Überschreitung des Kostenvoranschlags um 50 %, sondern auch der Umstand, dass von den 26 Unternehmen, welche die Ausschreibungsunterlagen bestellten, nur 4 offeriert hatten (vgl. Hubert Stöckli, BR 2002, S. 162; Bircher/Scherler, a. a. O., S. 66).

Aus der kurzen Darstellung von Theorie und Praxis in Bezug auf die Problematik der Höhe der Angebotspreise im Verhältnis zum Kostenvoranschlag ergibt sich, dass sich die von der Vergabebehörde erstellte Kostenschätzung auf eine zuverlässige Grundlage stützen muss. Da zudem grössere Abweichungen vom Kostenvoranschlag nicht immer ein sicheres Kriterium für den Nachweis einer Submissionsabsprache darstellen, sind in Berücksichtigung der Besonderheiten des konkreten Falls auch mögliche Gründe für die massiven Abweichungen zu eruieren.

- 9.1.2. Das Bundesamt wies in seiner Meldung vom 10. Dezember 1999 (Vorakten 1a) an die Wettbewerbskommission auf die massiven Abweichungen der eingereichten Offerten vom Kostenvoranschlag hin. Die Kostenschätzung sei von einem ausgewiesenen Spezialisten für die Sanierung von Betonelementen beziehungsweise -fassaden erarbeitet worden und setze sich aus folgenden Positionen zusammen:

|  |                |
|--|----------------|
| "Fassade Bücherturm gemäss Projektheft vom 31.5.1996:  | Fr. 300'000.-  |
| Betonelemente bei den Fenstereinfassungen und den Treppenhausverglasungen in der Verputzfassade gemäss Analyse des Schadensausmasses vom Frühling 1999 | Fr. 600'000.-  |
| Kostenvoranschlag gesamt   | Fr. 900'000.-" |

Im genannten Projektheft vom 31. Mai 1996 wird für die "Fassade Bücherturm" weder eine Kostenschätzung von Fr. 300 000.- noch ein anderer Wert erwähnt. Ebenso wenig befindet sich die genannte Zustandsanalyse des Schadensaus-



masses vom Frühling 1999 in den Akten. Angesichts dieser Unvollständigkeiten entstehen Zweifel an der Art und Weise, wie die Kostenschätzung erstellt wurde.

- 9.1.3. Mit Schreiben vom 17. Februar 2000 ersuchte das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Vergabebehörde um Zustellung des im Zusammenhang mit den ausgeschriebenen Arbeiten erstellten Kostenvoranschlages, welcher sich auf Fr. 900'000.- belaufe. Im Antwortschreiben vom 22. März 2000 äusserte sich das Bundesamt zum ursprünglichen Kostenvoranschlag (Jahre 1994 bis 1996). Dieser sei wie folgt ermittelt worden: a) Kostenschätzung der B. vom 21. März 1995 im Betrag von Fr. 172 000.- (konventionelle Reparatur "Flicken") sowie b) Kostenschätzung der W. vom 7. Februar 1996 im Betrage von Fr. 785 760.- (NTC-Verfahren) plus Fr. 61 690.- für die Qualitätssicherung. Die Architekten und Ingenieure hätten den Betrag für den Kostenvoranschlag auf Fr. 1 Mio. festgelegt.

Im Weiteren hielt das Bundesamt fest, dass es sich im weiteren Planungsablauf, seit der Kostenschätzung im Jahre 1996, auf Grund der im Jahre 1999 durchgeführten Zustandsanalyse (Fassadenzustandsbeurteilung auf dem Gerüst) von der ursprünglich vorgesehenen Betonsanierung distanziert habe und die Kostenvoranschlag-Positionen wie folgt revidiert habe: Fr. 300'000.- für die Sanierung der Betonfassade und Fr. 600'000.- für die Sanierung der Betonelemente. Im Vergleich zum ursprünglichen Kostenvoranschlag habe sich eine Verbilligung um Fr. 100'000.- ergeben, welche als Reserve veranschlagt worden sei. Hingegen hat das Bundesamt den von der Vorinstanz verlangten (revidierten) Kostenvoranschlag nicht eingereicht.

Im Rahmen des Instruktionsverfahrens forderte ebenfalls die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen das Bundesamt auf, den erwähnten Kostenvoranschlag 1999 einzureichen. In seiner Antwort verwies das Bundesamt auf Unterlagen betreffend die Kostenschätzung 1996 und unterliess es erneut, den angeblich 1999 erstellten revidierten Kostenvoranschlag ins Recht zu legen. Infolgedessen ist nicht nachgewiesen, dass das Bundesamt hinsichtlich der zur Submission ausgeschriebenen Arbeiten über eine detaillierte und zuverlässige Kostenschätzung verfügte. Insofern können die von der Vergabebehörde veranschlagten Kosten von gesamthaft Fr. 900'000.-, da diese nicht detailliert nach Leistungspositionen aufgeführt werden, nicht als zuverlässige Kostenschätzung für den Nachweis einer Submissionsabsprache herangezogen werden. Zudem ist festzustellen, dass auch die Referenzofferte der X., mit einem Gesamtbetrag von (ursprünglich) Fr. 1'294'039.- die Preisvorstellungen des Bundesamtes (Fr. 900'000.-) wesentlich übersteigt.

- 9.2. Ein weiteres Indiz für eine Abrede unter den Anbietern sieht die Wettbewerbskommission in der massiven Differenz von Fr. 660'743.- zwischen der tiefsten Submissionsofferte und der Vergleichsofferte der X..



Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die X. habe nicht über die gleichen Ausschreibungsunterlagen verfügt. Aus den Akten sind jedoch keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass die Ausschreibungsunterlagen und Bedingungen der Submissionsofferenten und der X. nicht identisch gewesen wären. Es ist zwar aktenkundig, dass die vier Submittenten vor Einreichung der Offerten je Muster an der Fassade und an den Fensterelementen zu erstellen hatten (vgl. Ziff. 4.4. Ausschreibungsunterlagen) und die X. die vorgesehenen Referenzflächen erst erstellte, nachdem sie ihre Offerte eingereicht hatte. Gegenüber der Vergabebehörde bestätigte die X. aber, dass - auf Grund der Bemusterung - die Preise in der Offerte nicht angepasst werden müssten. Insofern wirkt sich dieser zeitliche Unterschied in der Ausführung der Bemusterung nicht auf den Gesamtpreis der Offerte aus, so dass nicht von Unregelmässigkeiten im Ausschreibungsverfahren auszugehen ist und grundsätzlich ein Vergleich der Referenzofferte der Batigroup SA mit den Offerten der Beschwerdeführerinnen möglich ist.

Ein Vergleich der Preise in den Offerten der Submittenten und denjenigen der X. macht deutlich, dass die veranschlagten Preise sich vor allem bei den Positionen "Sanierung der Fassaden" massiv unterscheiden, insbesondere bezüglich der Sanierung der (am stärksten beschädigten) Nordfassade. Die Kostenschätzung der X. für die Nordfassade betrug Fr. 110'000.-, währenddem die anderen vier Offerenten mit Kosten zwischen Fr. 690'000.- und Fr. 764'000.- gerechnet hatten. In etwa gleichem Verhältnis sind auch Preisdifferenzen bezüglich der Sanierung der Ost-, West- und Südfassade feststellbar. Im Weiteren geht aber aus den Akten hervor, dass das Bundesamt der X. noch Nachtragskredite im Umfang von ca. Fr. 116'000.- gewährte, um damit "das bestmögliche Resultat für die nachhaltige Sanierung der Fassaden zu erreichen".

Die Beschwerdeführerinnen begründen die erhebliche Kostendifferenz damit, dass die X. mit ihrer Offerte eine rudimentärere und oberflächlichere Sanierung angeboten habe, als dies bei den von ihnen erstellten Offerten der Fall gewesen sei. Dafür gebe es konkrete Anhaltspunkte, wie aus den von ihnen eingereichten Fotos ersichtlich sei. Schon kurze Zeit nach den von der X. ausgeführten Arbeiten seien erneut Flecken, Ausblähungen und korrodierte Armierungseisen sichtbar gewesen. Hiezu bemerkte das Bundesamt Folgendes: "Auf den in den Unterlagen aufgeführten Fotoreport über die Qualität der ausgeführten Arbeiten gehen wir auf Grund der durchgeführten punktuellen Sanierungsmassnahmen nicht ein. Die Arbeiten (Flicke) an der Fassade sind fotografisch dokumentiert und jederzeit einsehbar." Damit äussert sich das Bundesamt jedoch nicht konkret über die Aussagekraft der von den Beschwerdeführerinnen vorgelegten Fotos und ob diese für die Beurteilung der Qualität der von der X. vorgenommenen Arbeiten relevant sind oder nicht. Die Wettbewerbskommission führte im angefochtenen Entscheid aus, die Behebung allenfalls bestehender Baumängel beschlage den Werkvertrag mit der Batigroup. Es sei Sache des Bundesamtes, sich diesbezüglich mit der X. auseinanderzusetzen.

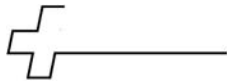
Der Qualität wird in den Ausschreibungsunterlagen jedoch grosse Bedeutung beigemessen. In den Ausschreibungsunterlagen werden als Zuschlagskriterien (in der Reihenfolge ihrer Bedeutung) genannt: 1. Referenzen (Bemusterung), 2. Qualität (Erfüllung der technisch-konstruktiven und ästhetischen Anforderun-



gen), 3. Preis-Leistung, 4. Termine. Zudem wurde bezüglich der Qualitätsanforderungen in den Ausschreibungsunterlagen festgehalten, dass die Lebenserwartung der instand gesetzten Bereiche mindestens 30 Jahre betragen solle. Es werde erwartet, dass keine Farbveränderungen und keine Abplatzungen auftreten (vgl. Ausschreibungsunterlagen S. 35). Ob der Einwand der Beschwerdeführerinnen, sie hätten eine qualitativ bessere Leistung offeriert, gerechtfertigt ist, hat die Vorinstanz nicht geprüft. Ein Preisvergleich der eingereichten Angebote setzt voraus, dass eine Leistung gleicher Qualität geboten wird. Hier wäre es angezeigt gewesen, von den Offerenten eine Preisanalyse ihrer Einheitspreise einzufordern (zur Preisanalyse vgl. BGE 2P. 161/2003 vom 29. Oktober 2003; Galli/Moser/Lang, a. a. O., N. 339 welche diesen Vorgang als "Erläuterung" bezeichnen; Hubert Stöckli, BR 2002 S. 12 mit Hinweisen). Die Offenlegung der Kalkulation hätte Aufschluss über die angebotene Leistung und Qualität geben können. Eine solche Abklärung hätte sich im konkreten Fall umso mehr aufgedrängt, als auch das Bundesamt anerkennt, dass sich die Arbeitsgattung "Betonsanierung" oder "Instandsetzung von Beton" in einer immer noch andauernden Entwicklungsphase befindet. Demzufolge sind - bei einer solchen Ausschreibung - auch unterschiedliche Sanierungsmethoden und Kosten zu erwarten.

Im Weiteren führt die Wettbewerbskommission als Indiz für eine Absprache an, dass ein Einheitspreisvergleich der eingereichten Angebote teilweise Kostendifferenzen von bis zu 300 % aufweise. Dem Bundesamt ist beizupflichten, dass hier eine Offenlegung der Kalkulation angezeigt gewesen wäre. Mittels Preisanalyse hätte geklärt werden können, ob tatsächlich Preisdifferenzen bei gleicher Leistung bestehen, oder ob - wie die Beschwerdeführerinnen geltend machen - die Anbieter die grossen Risiken bei Betonsanierungsarbeiten (das Schadenausmass) anders eingeschätzt haben. Dass solche Risiken einzuberechnen waren, ergibt sich aus dem Leistungsbeschrieb in den Ausschreibungsunterlagen. Demnach beziehen sich die Referenzgrössen (m oder m<sup>2</sup>) (nur) auf die aussen sichtbaren Schadstellen. Die nach den Arbeiten effektiv vorhandene Grösse sei durch den Unternehmer als Reserve einzurechnen (vgl. Ausschreibungsunterlagen S. 35).

- 9.3. Die Wettbewerbskommission erachtete in der angefochtenen Verfügung die Differenz von Fr. 311 444.- zwischen den eingereichten Angeboten als verhältnismässig klein und als weiteres Indiz für eine Verhaltensabstimmung der Parteien. Sie führt aus, der - auf Grund des statistischen Mittels der vier eingereichten Offerten von Fr. 2 067 194.- berechnete - Preiskorridor von +/- Fr. 155 722.- liege erwiesenermassen unter 10 % und genüge daher den Anforderungen an eine genügend bestimmte Preisabrede. In diesem Zusammenhang verweist die Wettbewerbskommission auf den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen i. S. *Clima-Suisse* (REKO-WEF 98/FB-003; RPW 1999/3, S. 516, Ziff. 4.1.). In ihrer Vernehmlassung präzisiert die Wettbewerbskommission, der Verweis auf den genannten Entscheid der REKO/WEF sei vorliegend nicht zutreffend. Daher erübrigt es sich auf diesen Einwand der Wettbewerbskommission näher einzugehen.



- 9.4. Die Wettbewerbskommission erblickt im Umstand, dass die Beschwerdeführerinnen die submissionsrechtliche Abbruch- und Ausschlussverfügung nicht angefochten haben, ein weiteres Indiz für das Vorliegen einer Submissionsabsprache.

Mit Eingabe vom 30. März 2000 an das Bundesamt hat die W. festgehalten, sie verzichte auf eine Anfechtung der Verfügung, weise jedoch den Vorwurf der unzulässigen Preisabrede als unrichtig zurück. Inwieweit die Nichtanfechtung der Abbruchverfügung als Anzeichen für das Vorliegen einer Submissionsabsprache erachtet werden kann, ist fraglich. Der Begründung der Beschwerdeführerinnen, dass aus wirtschaftlichen Überlegungen und der Befürchtung vor verdeckten Repressalien bei späteren Submissionen auf einen Weiterzug der Abbruchverfügung verzichtet worden sei, kann eine gewisse Plausibilität zugestanden werden. Denn gerade im Submissionsmarkt ist die Stellung des öffentlichen Auftraggebers recht stark, was auch aus den von den Anbietern eingereichten Referenzlisten (Sanierungsobjekte) ersichtlich ist.

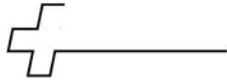
- 9.5. Die Wettbewerbskommission leitet aus der Teilnahme der Beschwerdeführerinnen an der gemeinsamen Begehung der Baustelle vom 16. Juli 1999 ein weiteres Indiz für eine Submissionsabsprache ab. Sie vertritt die Ansicht, eine solche Begehung habe den Parteien den Austausch von Informationen während des Vergabeverfahrens erleichtert und zur wechselseitigen Verhaltensbeeinflussung beitragen können.

Nach den Ausschreibungsunterlagen (vgl. S. 13) war die Begehung vom 16. Juli 1999, 8.00 Uhr, sowie die Erstellung der Referenzflächen (Bemusterung) nach dem Terminprogramm des Auftraggebers (vgl. S. 14) für die Teilnahme an der Submission obligatorisch. Zu Recht wenden die Beschwerdeführerinnen ein, dass allein aus diesem Umstand nicht auf einen Anhaltspunkt für eine Preisabsprache geschlossen werden kann.

- 9.6. Die Wettbewerbskommission betrachtet die ursprüngliche Zustimmung der H. (vormals I.) zum Vorschlag des Sekretariats der Wettbewerbskommission für eine einvernehmliche Regelung als weiteres Indiz für das Vorliegen einer Submissionsabrede. Der Rückzug der Einverständniserklärung vom 21. Oktober 2001 sei einzig zum Zweck erfolgt, ein einheitliches Auftreten der Parteien gegenüber dem Sekretariat der Wettbewerbskommission zu gewährleisten.

Zwar könnte das Einverständnis einer Partei, dem Vorschlag einer einvernehmlichen Regelung zuzustimmen, ein Indiz für eine getätigte Preisabsprache darstellen. Dieses könnte nur dann ins Gewicht fallen, wenn noch andere Indizien, wie das Vorliegen einer zuverlässigen Kostenschätzung und die Feststellung, dass keine Gründe für wesentliche Abweichungen vom Kostenvoranschlag ge-





geben sind. Da der relevante Sachverhalt von der Vorinstanz nicht genügend geklärt wurde, erübrigt es sich auf die Ausführungen der Parteien zu dieser Frage einzugehen.

10. Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die Wettbewerbsbehörden keine Untersuchung eröffnen und keine Massnahmen für die in der Vergangenheit erfolgten und nicht mehr andauernden unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen verfügen konnten. Deshalb ist die Beschwerde gutzuheissen und die angefochtene Verfügung der Wettbewerbskommission aufzuheben.

Aufzuheben ist auch Ziffer 4 des Dispositivs des angefochtenen Entscheides. Den Beschwerdeführerinnen können - aus nachfolgenden Überlegungen - keine Kosten für das erstinstanzliche Verfahren auferlegt werden.

In Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung kann der Verfahrensaufwand der Wettbewerbskommission und ihres Sekretariates auf den "Verursacher" (vgl. Art. 2 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung, SR 251.2) einer Untersuchung überwält werden, die Kostenpflicht wird jedoch eingeschränkt durch das Unterliegerprinzip. Nur wer hinreichend begründeten Anlass zu einer Untersuchung gibt, d. h. mit seinem Verhalten grundsätzlich Massnahmen nach Artikel 30 KG auslöst, kann als "unterliegend" betrachtet und mit Untersuchungskosten belastet werden. Erweist sich ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus besonderen Gründen als zulässig, beispielsweise weil es die in Artikel 3 KG vorbehaltenen Vorschriften gestattet, kann die Person deren Verhalten untersucht wurde, nicht als unterliegend betrachtet und mit Kosten belegt werden (BGE 128 II 247 E. 6).

So verhält es sich auch im konkreten Fall. Nach bisher geltendem Recht (Art. 27 aKG) waren die Eingriffsmöglichkeiten der Wettbewerbskommission auf die Beseitigung einer bestehenden Wettbewerbsbeschränkung ausgerichtet, so dass nicht mehr andauernde unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen einer Untersuchung nicht zugänglich waren und keine Massnahmen nach Artikel 30 KG verfügt werden konnten (vgl. E. 7.4). Daher sind die Beschwerdeführerinnen nicht als "unterliegend" zu betrachten und können nicht mit Untersuchungskosten belastet werden.

11. Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens sind den Beschwerdeführerinnen als obsiegende Partei keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Der von den Beschwerdeführerinnen geleistete Kostenvorschuss von je Fr. 1 200.- ist ihnen zu Lasten der Bundeskasse zurückzuerstatten (Art. 5 Abs. 3 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Kostenverordnung, SR 172.041.0).

Den Beschwerdeführerinnen, welche sich anwaltlich vertreten liessen, sind notwendige und verhältnismässig hohe Kosten im Sinne des VwVG erwachsen. Ihnen ist zu Lasten der Wettbewerbskommission eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG). Der Vertreter hat keine Kostennote eingereicht. Die



Parteientschädigung wird somit von Amtes wegen und nach Ermessen festgesetzt (Artikel 8 Absatz 1, 3 und 4 Kostenverordnung).

**Demnach entscheidet die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die angefochtene Verfügung der Wettbewerbskommission vom 17. Dezember 2001 aufgehoben.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der von den Beschwerdeführerinnen geleistete Kostenvorschuss von je Fr. 1 200.- wird den Beschwerdeführerinnen zu Lasten der Bundeskasse zurückerstattet.
3. Den Beschwerdeführerinnen wird zu Lasten der Wettbewerbskommission eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 4 000.- (inkl. Mehrwertsteuer) zugesprochen.
4. Gegen den vorliegenden Beschwerdeentscheid kann innert dreissig Tagen nach Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht werden. Die Eingabe hat dreifach zu erfolgen und die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift der Beschwerdeführerinnen oder deren Vertreters zu enthalten. Der angefochtene Beschwerdeentscheid und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Beschwerdeführer sie in Händen haben.
5. Dieser Entscheid wird den Beschwerdeführerinnen, der Vorinstanz und dem Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement mit Lettre Signature (LSI) und Rückschein eröffnet.

REKURSKOMMISSION  
FÜR WETTBEWERBSFRAGEN

Der Präsident  
H. Urech

Der juristische Sekretär  
C. Bergomi