II

(Nicht veröffentlichungsbedürftige Rechtsakte)

KOMMISSION

ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 5. Februar 1992

in einem Verfahren nach Artikel 85 EWG-Vertrag
(IV/31.572 und 32.571 — Niederländische Bauwirtschaft)

(Nur der niederländische Text ist verbindlich)

(92/204/EWG)

DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN —

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft,

gestützt auf die Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962 — Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des EWG-Vertrages (1), zuletzt geändert durch die Akte über den Beitritt Spaniens und Portugals, insbesondere auf Artikel 3 Absatz 1,

im Hinblick auf den Vertrag auf Erteilung eines Negativattests und die Anmeldung zwecks Freistellung, welche die Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid, Amersfoort, am 13. Januar 1988 gemäß Artikel 2 und 4 der Verordnung Nr. 17 für die „Uniforme Prijsregelende Reglementen" dieser Vereinigung vom 9. Oktober 1986 sowie für den mit Beschluß dieser Vereinigung vom 3. Juni 1980 für die ihren Mitgliedsorganisationen angeschlossenen Unternehmen zwingend vorgeschriebenen „Erecode voor ondernemers in het Bouwbedrijf" eingereicht hat,

im Hinblick auf die Beschwerde, die die Stadtverwaltung Rotterdam am 26. Juli 1989 gegen die vorgenannte Vereinigung und die vorgenannten Regelungen eingereicht hat,

im Hinblick auf den Beschluß der Kommission vom 7. November 1989, in dieser Sache das Verfahren einzuleiten,

nachdem den beteiligten Parteien gemäß Artikel 19 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 in Verbindung mit der Verordnung Nr. 99/63/EWG der Kommission vom 25. Juli 1963 über die Anhörung nach Artikel 19 Absätze 1 und 2 der Verordnung Nr. 17 des Rates (2) Gelegenheit gegeben wurde, sich zu den von der Kommission in Betracht gezogenen Beschwerdepunkten zu äußern und ihre sonstigen Bemerkungen vorzubringen,

nach Anhörung des Beratenden Ausschusses für Kartell- und Monopolfragen,

in Erwägung nachstehender Gründe:

I. SACHVERHALT

(1) Gegenstand dieses Verfahrens sind:

— verschiedene Bestimmungen der Satzung der Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (im folgenden: SPO);

— die am 1. April 1987 in Kraft gesetzten und am 23. Juni 1988 geänderten Beschlüsse der SPO vom 9. Oktober 1986 mit der Bezeichnung „Uniforme Prijsregelende Reglementen" nebst Anhängen (im folgenden: UPR);

— die zwischen 1967 und 1979 von 29 Mitgliedsorganisationen der SPO jeweils im eigenen Namen gefaßten, von der SPO genehmigten und später durch die UPR ersetzten Beschlüsse ähnlichen Inhalts;

— der Beschluß der SPO vom 3. Juni 1980, womit den ihren Mitgliedsorganisationen angeschlossenen Unternehmen der seitdem unverändert geltende „Erecode voor ondernemers in het Bouwbedrijf" nebst Anhängen (im folgenden: Ehrenkodex) zwingend vorgeschrieben wurde.

(1) ABl. Nr. 13 vom 21. 2. 1962, S. 204/62.

(2) ABl. Nr. 127 vom 20. 8. 1963, S. 2268/63.

(2) Die UPR und der Ehrenkodex wurden von der SPO angemeldet (Datum des Eingangs der Anmeldung: 13. Januar 1988). Diese Anmeldung wurde durch einen Bericht ergänzt (Datum des Eingangs des Berichts: 19. Juli 1989).

Am 26. Juli 1989 hat die Stadtverwaltung Rotterdam eine Beschwerde eingereicht, die unter anderem die vorerwähnten privaten Regelungen betrifft.

A. DIE BETEILIGTEN UNTERNEHMENSVEREINIGUNGEN

(3) Die 1963 gegründete SPO hat nach Artikel 3 ihrer Sitzung zum Ziel, „einen geordneten Wettbewerb zu fördern und zu lenken, ungebührliches Verhalten bei der Abgabe von Preisangeboten zu verhindern und zu bekämpfen und die Bildung wirtschaftlich gerechtfertigter Preise zu fördern" (vgl. SPO-Satzung in Anhang 1). Mittel zur Erreichung dieses Ziels sind insbesondere Beschlüsse der SPO, welche die den Mitgliedsorganisationen angeschlossenen Unternehmen unmittelbar binden, sowie die ordungsgemäße Durchführung und Durchsetzung dieser Beschlüsse (SPO-Satzung, Artikel 4).

(4) Mitglied der SPO können nur Unternehmensvereinigungen der Bauwirtschaft werden, die Rechtspersönlichkeit besitzen und deren einziger Zweck die Verwirklichung der Ziele der SPO ist (SPO-Satzung, Artikel 5). Gegenwärtig gehören der SPO 27 Unternehmensvereinigungen und eine Stiftung an.

Nach der Satzung jeder Mitgliedsorganisation können Mitglied dieser Organisationen mit wenigen Ausnahmen alle Bauunternehmen unabhängig vom Ort ihrer Niederlassung werden.

Den 28 Mitgliedsorganisationen der SPO gehören mehr als 4 000 in den Niederlanden ansässige Bauunternehmen an. Eine weitere Mitgliedsorganisation, an die diese Entscheidung gerichtet ist, ist am 1. Januar 1989 aus der SPO ausgetreten. Zum Zeitpunkt der Mitteilung der Beschwerdepunkte befand sie sich in Liquidation.

B. DIE PREIS- UND WETTBEWERBSREGELNDEN BESCHLÜSSE

1. Die von der SPO am 9. Oktober 1986 erlassenen „Einheitlichen Preisreglementierungen" (UPR)

(5) Die Hauptversammlung der SPO faßte am 9. Oktober 1986 einen „zwingenden Beschluß", mit dem unter anderem der Wortlaut der UPR und deren Anhänge, die am 1. April 1987 in Kraft treten sollten, beschlossen und die UPR allen Mitgliedsunternehmen ihrer Mitgliedsorganisationen zwingend vorgeschrieben wurden.

Mit einem weiteren, am 1. Juli 1988 in Kraft getretenen „zwingenden Beschluß" vom 23. Juni 1988 hat die SPO die UPR geändert.

(6) Die UPR umfassen zwei Einzelregelungen: eine Regelung für die Abgabe von Preisangeboten im Rahmen von Ausschreibungen nach dem nicht offenen Verfahren (im folgenden: „UPRR") und eine Regelung für die Abgabe von Preisangeboten im Rahmen von Ausschreibungen nach dem offenen Verfahren (im folgenden: „UPRO").

Die UPR gelten für alle in den Niederlanden auszuführenden Bauaufträge, soweit sie unter einen der folgenden Sektoren der Bauwirtschaft fallen:

1. Hochbau: umfaßt u. a. den Neubau, die Unterhaltung und die Restauration von Wohn- und anderen Gebäuden;

2. Aushub, Drainage, Kanalbau und Kabelverlegung: umfaßt Tätigkeiten wie vertikalen (Brunnen) und horizontalen (Straßen- und Eisenbahntunnels) Erdaushub, Verlegung von Leitungen für den Transport von Substanzen wie Gas und Wasser (außer Abwasserleitungen) und Kabelverlegung (einschließlich aller Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Kabelfernsehen);

3. Erdbewegungen, Straßenbau (im städtischen wie im Überlandbereich) und Bepflanzung: umfaßt Tätigkeiten wie Bau und Unterhaltung von Deichen, Abwasserkanälen, Wegen und Straßen (einschließlich Lieferung von Asphalt), Parkanlagen (für Sport- oder Freizeitzwecke), nicht jedoch Bepflanzungen im Auftrag von Privatpersonen;

4. Fahrbahnmarkierung: umfaßt nur die entsprechenden Tätigkeiten auf Wegen und Straßen;

5. Abbruch;

6. Wasserbau: umfaßt Tätigkeiten wie die Errichtung von wasserwirtschaftlichen Kunstbauten zu Land, zu Flüssen, in Seen und in Meeren (ohne Baggerarbeiten mit Schwimmbaggern).

(7) Die beiden UPR-Regelungen haben die gleiche Struktur und enthalten sehr genaue und detaillierte Bestimmungen, was die Verpflichtungen der angeschlossenen Unternehmen und die Arbeitsweise der Organisation betrifft.

So sehen die UPR ein System der gegenseitigen Unterrichtung und der Abstimmung zwischen den sich an Bauausschreibungen beteiligenden Unternehmen unter anderem mit dem Ziel vor, die Preisangebote um bestimmte Beträge als „Ausgleich für Studienbürokosten und Verbandsbeiträge" zu erhöhen und das „berechtigte" Unternehmen zu schützen.

Im wesentlichen unterscheiden sich die beiden Regelungen nur in den Modalitäten, nach denen der Ausgleichsbetrag für die Kalkulationskosten letztendlich auf die teilnehmenden Unternehmen umgelegt wird.

(8) Den beiden UPR sind als Anhang beigefügt:

— eine Regelung betreffend nicht gleichzeitige Preisangebote;

— eine Regelung betreffend Preisangebote im Rahmen der Auftragsuntervergabe;

— eine Regelung zur Errichtung eines „Garantiefonds" nebst Modalitäten für dessen Funktionieren;

— eine Regelung betreffend die Verantwortung der „Büros", denen die Durchführung der UPR übertragen ist;

— ein Anhang mit Bestimmungen zur Abgrenzung der sektoralen und gebietlichen Zuständigkeit dieser „Büros";

— ein Anhang mit den Tabellen für die Kalkulationskosten;

— ein Anhang mit Vorschriften zur Organisation der „Kalkulationskasse".

(9) Die SPO hat die Durchführung sämtlicher Regelungen zur „institutionalisierten Preis- und Wettbewerbsreglementierung" (siehe „Zulassungsvertrag") acht zugelassenen „Büros" übertragen. Dabei handelt es sich um Gesellschaften mit beschränkter Haftung, deren Anteile mittel- oder unmittelbar sämtlich im Besitz der Mitgliedsvereinigungen der SPO (ausgenommen zwei von ihnen) sind.

Die Arbeitsweise dieser Büros wird von der SPO kontrolliert.

Diese acht Büros sind:

— Bureau Burger- en Utiliteitsbouw Noord Nederland BV in Leeuwarden;

— Centraal Bureau Aannemersverenigingen Holland Zuid BV in Rotterdam;

— Centraal Bureau Prijsregeling Boringen, Kabels en Leidingen BV in Soest;

— Centraal Bureau Prijsregeling Waterbouw BV in Utrecht;

— Prijsregeling Midden Nederland BV in Utrecht;

— Sponwest BV in Amsterdam;

— WAC Centraal Bureau BV in Zeist;

— Zuid Nederlandse Aannemersvereniging Centraal Bureau BV in Heeze.

(10) Die Zuständigkeit jedes Büros ist gebietlich oder nach Sektoren des Baugewerbes entsprechend der Aufgliederung in Randnummer 6 begrenzt.

Die sektorale und gebietliche Verteilung findet sich auch bei den Mitgliedsorganisationen der SPO, von denen einige jedoch Bauunternehmer umfassen, die auf mehreren Sektoren tätig sind.

(11) Der Beitritt zu den UPR ist nicht ausschließlich den rund 4 200 Mitgliedsunternehmen der der SPO angeschlossenen Vereinigungen vorbehalten. Auch andere Unternehmen können den Regelungen von Fall zu Fall auf freiwilliger Basis beitreten. Die Zahl dieser Unternehmen beläuft sich nach den von den Büros übermittelten Teilnehmerlisten auf rund 3 000 (davon knapp 150 in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften niedergelassene Unternehmen).

Obgleich die UPR wie auch die früheren Regelungen einen solchen freiwilligen Beitritt von Fall zu Fall vorsehen, hat der Beitritt eines Unternehmens, das nicht Mitglied einer Mitgliedsorganisation der SPO ist, in Wirklichkeit ständigen Charakter. So muß ein Unternehmen, das sich bald innerhalb, bald außerhalb der SPO-Organisation um Aufträge auf dem niederländischen Baumarkt bewirbt, damit rechnen, daß es die Rechte und Vorteile aus der Organisation wegen „willkürlichen Verhaltens" verliert (Artikel 19 UPRR, Artikel 21 UPRO) oder wegen „inkonsequenten Verhaltens" (Erwiderung der SPO auf die formellen Auskunftsverlangen vom 10. August und 14. November 1988) aus der SPO-Organisation ausgeschlossen wird (Artikel 4 UPR).

2. Der Ehrenkodex

(12) Bei Verstößen gegen die Bestimmungen der UPR sind in den UPR selbst wie auch in den Satzungen der Mitgliedsorganisationen verschiedene Sanktionen vorgesehen. Darüber hinaus stellt ein Verstoß gegen die Bestimmungen der UPR zugleich einen Verstoß gegen den Ehrenkodex dar (Artikel 29 UPRR und Artikel 31 UPRO in Verbindung mit Artikel 9 Ehrenkodex), dessen Wortlaut von der Hauptversammlung der SPO am 3. Juni 1980 beschlossen wurde. Gleichzeitig hat die SPO-Hauptversammlung diesen Ehrenkodex mit Wirkung vom 1. Oktober 1980 für die der Organisation angeschlossenen Unternehmen zwingend vorgeschrieben. Der Ehrenkodex enthält sowohl materielle Bestimmungen wie die Verpflichtung, die beabsichtigte Abgabe eines Preisangebots anzuzeigen und im Falle nicht gleichzeitiger Preisangebote an der Sitzung im Rahmen der SPO teilzunehmen, oder die Festlegung eines Schutzes des „Berechtigten" als auch Straf- und Verfahrensregeln für den Fall eines Verstoßes gegen den Ehrenkodex.

(13) Der Ehrenkodex ist insofern Gegenstand dieses Verfahrens, als er bei der Kontrolle der Einhaltung der Verpflichtungen aus den UPR (siehe Randnummern 47 und 48) und bei der Konzertierung im Rahmen der SPO-Organisation im Falle der Anwendung der Regelung betreffend nicht gleichzeitige Preisangebote (siehe Randnummern 52—54) eine spezifische Rolle spielt.

Artikel 10 des Ehrenkodex betrifft weder die genannte Kontrolle noch die Konzertierung und ist daher nicht Gegenstand dieses Verfahrens.

3. Zusatzregelungen

(14) Vorbehaltlich der Zustimmung der SPO können die Mitgliedsvereinigungen Zusatzregelungen zu den UPR und — solange diese noch nicht erlassen waren — zu den früheren Regelungen ähnlichen Inhalts erlassen.

Einige Mitgliedsvereinigungen haben solche Zusatzregelungen erlassen, beispielsweise betreffend die Verwendung eines bestimmten Teils der Preiszuschläge, die Zusammenarbeit zwischen Mitgliedsunternehmen der Vereinigung und einem der SPO-Organisationen nicht beigetretenen Unternehmen oder die Anzeige der Absicht, ein Preisangebot für einen ausländischen Auftrag abzugeben (die beiden letztgenannten Regelungen wurden im Laufe des Jahres 1988 aufgehoben).

Diese Zusatzregelungen sind als solche nicht Gegenstand dieser Entscheidung, da sie verglichen mit dem Hauptgegenstand des Verfahrens untergeordnete Bedeutung haben.

4. Vor der Einführung der UPR bestehende Regelungen

(15) Vor dem 1. April 1987 (Zeitpunkt des Inkrafttretens der heutigen UPR) wendeten die Mitgliedsvereinigungen der SPO eigene Preisreglementierungen an, deren Durchführung von ihnen mittel- oder unmittelbar sichergestellt wurde.

Die erste Vereinigung, die 1952 eine derartige Regelung erließ, war die Zuid Nederlandse Aannemersvereniging (ZNAV). In der Folge führten die übrigen sektoralen/regionalen Vereinigungen ähnliche Regelungen ein. 1969 traten die meisten dieser Vereinigungen der SPO bei. In den Jahren 1973 bis 1979 wurden in den meisten Vereinigungen die ursprünglichen Regelungen durch von der SPO genehmigte einheitliche Regelungen abgelöst.

(16) Die bisherigen vereinheitlichten Regelungen wurden durch die am 9. Oktober 1986 von der SPO beschlossenen und mit Wirkung vom 1. April 1987 in Kraft gesetzten UPR ersetzt und daraufhin nicht mehr angewendet.

(17) Drei Vereinigungen von Bauunternehmen haben sich wegen der Verabschiedung der heute geltenden UPR aus der SPO zurückgezogen. Es sind dies zum einen zwei Vereinigungen von Schwimmbaggerunternehmen (die derzeitigen UPR gelten nicht für diesen Sektor), die am 1. Januar 1987 ausgetreten sind, und zum anderen die Vereinigung NAC (Nederlandse Aannemers Combinatie), die für die Bauunternehmen mit landesweiter Tätigkeit gewisse gegenwärtig unter die ausschließliche Zuständigkeit der „Büros" fallende Funktionen erfüllt hatte und am 1. Januar 1989 aus der SPO austrat. Die beiden Vereinigungen von Schwimmbaggerunternehmen haben ihre eigenen Preisreglementierungen. Die NAC befand sich zum Zeitpunkt der Mitteilung der Beschwerdepunkte in Liquidation.

C. DER MARKT UND DAS PRODUKT

(18) Die SPO gibt die Anzahl und den Gesamtwert der in den Niederlanden vergebenen Bauaufträge in den in Absatz 6 genannten Sektoren, soweit sie Gegenstand einer Konzertierung in der SPO-Organisation waren, wie folgt an:

(in Millionen hfl)

Jahr	Anzahl	Wert
1982	24 660	9 932,4
1983	28 283	10 191,7
1984	28 390	10 723,9
1985	29 189	10 785,5
1986	29 372	11 263,8
1987	27 757	12 784,9 (1)
1988	30 043	12 177,1

(1) Nach Aussage der anmeldenden Parteien in ihrer gemeinsamen Erwiderung auf die Beschwerdepunkte beläuft sich der Umsatz der im Rahmen von Generalunternehmen abgewickelten Aufträge (einschließlich freihändig vergebene Aufträge usw.) in den Niederlanden für das Geschäftsjahr 1987 auf annähernd 35,4 Milliarden hfl.

Nach den Auskünften der SPO gehen die Aufträge in den obengenannten Sektoren in mehr als 90 % der Fälle an Unternehmer, die Mitglied der SPO-Vereinigungen sind und die UPR anwenden.

(19) Zur Berechnung des Teils der in den Niederlanden ausgeschriebenen Bauaufträge, der auf die Gesamtheit der die UPR anwendenden Unternehmen entfällt, sind die obengenannten Zahlen mit den vom Economisch Instituut voor de Bouwnijverheid (im folgenden: EIB) veröffentlichten Zahlen zu vergleichen.

(20) Das EIB beziffert den Gesamtwert der in den Niederlanden ausgeschriebenen Bauaufträge für die Jahre 1982 bis 1987 wie folgt (1):

(in Millionen hfl)

Jahr	Betrag
1982	10 744,8
1983	10 345,6
1984	11 748,1
1985	12 281,9
1986	12 909,8
1987	11 724,2

In den vom EIB veröffentlichten Zahlen sind die Sektoren Erdbewegungen und Abbruch nicht enthalten. Ab 1984 enthalten sie hingegen auch die Sektoren Kabelverlegung und Kanalisation. Zu beachten ist, daß es sich bei den Finanzdaten der SPO um den Wert der jährlich vergebenen Aufträge, bei den Zahlen des EIB hingegen um den Wert der jedes Jahr tatsächlich ganz oder teilweise ausgeführten Aufträge (Umsätze) handelt.

(1) Siehe „De bedrijfseconomische situatie van bouwbedrijven in 1987", EIB-Veröffentlichung, Mai 1989.

(21) Ein Vergleich dieser beiden Kategorien von Finanzdaten läßt erkennen, daß alle oder fast alle im Wege der Ausschreibung vergebenen Aufträge, soweit sie unter den Anwendungsbereich der UPR fallen, über die SPO-Organisation gehen, d. h., daß die meisten von ihnen Gegenstand einer Abstimmung in dieser Organisation sind.

Diese Behauptung wird durch folgende Feststellung erhärtet:

a) Nach den von der SPO in ihrer Anmeldung erteilten Informationen beträgt der Anteil der in den Niederlanden im Wege der Ausschreibung vergebenen und unter den Anwendungsbereich der UPR fallenden Bauaufträge 41,5 % nach dem Wert und 22,3 % nach der Zahl aller Bauaufträge in den Niederlanden (Bezugszeitraum: 1975—1979). In der Erläuterung zum Königlichen Erlaß vom 29. Dezember 1986 (siehe Randnummer 66) werden diese Prozentsätze (für 1978) mit 41 bzw. 25 % angegeben (*Quelle:* SPO).

Nach den oben wiedergegebenen Zahlen des EIB beträgt dieser Prozentsatz rund 40 % (für die Jahre 1982—1986); 1987 beläuft er sich auf 35,45 %).

b) Die Auswertung der bei den Ermittlungen eingeholten Auskünfte ergibt, daß

— laut Aussage bestimmter großer Bauherren nahezu alle von ihnen ausgeschriebenen Aufträge von der SPO-Organisation „behandelt" werden;

— alle großen und mittelgroßen niederländischen Bauunternehmen als Mitglieder der SPO-Mitgliedsvereinigungen geführt werden. Die dem UPR-System im Rahmen der SPO nicht beigetretenen niederländischen Bauunternehmer sind (von wenigen Ausnahmen abgesehen) entweder zu klein, um sich für im Wege der Ausschreibung vergebene Bauaufträge zu interessieren, oder so spezialisiert, daß ihre Produktion weitgehend standardisiert ist.

c) In ihrer Erwiderung auf die Beschwerdepunkte bestätigt die SPO, daß der „Löwenanteil" der in den Niederlanden ausgeschriebenen Bauaufträge über ihre Organisation geht.

(22) Die Nachfrageseite besteht aus einer Vielzahl öffentlicher und privater Auftraggeber, die aus gesetzlicher Verpflichtung oder freiwillig das System der Ausschreibung wählen, um durch Wettbewerb zwischen den auf dem Markt vorhandenen Anbietern den niedrigstmöglichen Preis für die verlangten Leistungen zu erzielen, für die sie in der Baubeschreibung und im Lastenheft selbst die Vorschriften und Bedingungen festlegen.

Die Angebotsseite besteht, von wenigen Ausnahmen abgesehen, nur aus der SPO-Organisation angeschlossenen Bauunternehmern.

(23) Aus Gründen im Zusammenhang mit den besonderen Merkmalen der in Absatz 6 definierten Bauwirtschaft, die Tätigkeiten von unterschiedlichster Art und unterschiedlichstem Wert umfaßt und der Unternehmen unterschiedlichster Größe angehören, ist hinsichtlich des betreffenden räumlichen Marktes zwischen verhältnismäßig einfachen und gängigen Bauarbeiten von relativ geringem Wert (beispielsweise Einzelhäuser) und schwierigen, komplizierten oder hochspezialisierten Arbeiten von verhältnismäßig hohem Wert zu unterscheiden. Der räumliche Markt, auf dem sich Angebot und Nachfrage treffen, ist bei der erstgenannten Kategorie stärker begrenzt als bei der letztgenannten.

D. DAS FUNKTIONIEREN DES UPR-SYSTEMS

a) **Pflicht zur Mitteilung der Absicht, ein Preisangebot abzugeben** (Artikel 3 UPR)

(24) Mitgliedsunternehmen einer SPO-Mitgliedsvereinigung haben dem zuständigen Büro der SPO anzuzeigen, wenn sie auf Aufforderung eines Bauherrn hin Preisangebote einzureichen, einer Konsultations- und Verhandlungsaufforderung betreffend einen Bauauftrag nachzukommen oder ein Projekt für eigene Rechnung und auf eigene Gefahr zu realisieren beabsichtigen. Diese Anzeigepflicht gilt gleichermaßen für öffentliche und private Ausschreibungen und Aufforderungen zur Bewerbung wie für freihändig und im Wege der Auftragsuntervergabe vergebene Aufträge.

Die Anzeige muß alle vom Büro für zweckdienlich erachteten und/oder für die Durchführung der UPR notwendigen Angaben und Informationen enthalten. Die gleiche Anzeigepflicht gilt für einen Bauunternehmer, der nicht Mitglied der SPO-Organisation (und folglich nicht durch die UPR gebunden), aufgrund seiner Mitgliedschaft in einer AVBB-Mitgliedsvereinigung aber durch den Ehrenkodex gebunden ist.

Laut gemeinsamer Erwiderung auf die Beschwerdepunkte seitens der Parteien, an die diese Entscheidung gerichtet ist, beträgt die Zahl der unter diese Kategorie fallenden Unternehmen rund 2 000.

Das Büro teilt auf Wunsch die Anzahl der anderen Unternehmen mit, die ebenfalls ihre Absicht zur Abgabe eines Preisangebots für denselben Bauauftrag angezeigt haben und die zur Teilnahme an der Sitzung im Rahmen der SPO-Organisation aufgefordert werden sollen.

Dank diesem Pflichtanzeigesystem kann die SPO, d. h. das zuständige Büro, zum einen rechtzeitig das Konzertierungsverfahren in Gang setzen und zum anderen die Einhaltung der sich aus den Regelungen ergebenden Rechte und Pflichten kontrollieren. Das Büro hat eine Sitzung mit dem betreffenden Unter-

nehmen zu organisieren, sobald mindestens zwei Anzeigen betreffend ein und denselben Bauauftrag eingegangen sind.

Einer SPO-Mitgliedsvereinigung angeschlossene Unternehmen, die eine Anzeige im obigen Sinne vorgenommen haben, sind zur Teilnahme an der Sitzung verpflichtet. Ausgeschlossen sind einer Mitgliedsvereinigung der SPO nicht angeschlossene Unternehmen, gegen die ein Disziplinarverfahren wegen „inkonsequenten Verhaltens" läuft.

Ein Unternehmen, das seiner Verpflichtung zur Teilnahme an der Sitzung nicht nachgekommen ist, darf kein Preisangebot einreichen (Artikel 4 UPR). Ein Unternehmen, das an der Sitzung teilgenommen hat, ist zur Abgabe eines Preisangebots verpflichtet, es sei denn, es macht von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch (Artikel 15 UPRR, Artikel 17 UPRO).

b) **Sitzung der Unternehmer** (Artikel 5 ff. UPR)

(25) In der vom Büro einberufenen Sitzung führt ein Bediensteter dieses Büros den Vorsitz. Der Vorsitzende prüft nach, ob alle anwesenden Unternehmen den Vordruck ausgefüllt haben, der ihre Bereitschaft, sich den Regeln der Organisation zu unterwerfen, bestätigt. Ein Unternehmen, das diesen Vordruck nicht ausgefüllt hat, wird von der Sitzung ausgeschlossen (Artikel 5 UPR).

Der Vorsitzende hält in einem Sitzungsprotokoll die im Verlauf der Sitzung gefaßten Beschlüsse und getroffenen Vereinbarungen fest. In der Regel beschließen die an der Sitzung teilnehmenden Unternehmen mit einfacher Mehrheit.

(26) b) 1) *Einigung über die grundsätzliche Frage der Benennung eines Berechtigten* (Artikel 6.1 UPR)

Der Vorsitzende stellt die grundsätzliche Frage der Benennung eines Berechtigten, d. h. des Unternehmens, das nach Abgabe der Preisangebote als einziges berechtigt ist, über den Auftrag zu verhandeln. Der Beschluß ergeht mit einfacher Mehrheit, davon im Falle der UPRR mindestens zehn Unternehmen bei einer Beteiligung von mehr als zehn Unternehmen, und einstimmig in allen anderen Fällen. In der Praxis ist es so, daß für nahezu alle Aufträge, die als vergleichbar bezeichnete Angebote betreffen, ein solcher „Berechtigter" benannt wird.

(27) b) 2) *Gegenüberstellung der Kostenbestandteile der Aufträge* (Artikel 6.3 UPRR, Artikel 6.2 UPRO)

Nachdem der grundsätzliche Beschluß zur Benennung eines Berechtigten gefaßt ist, verständigen sich die Teilnehmer darüber, anhand welcher technischen und wirtschaftlichen Daten die Preise zu vergleichen sind, da ein „Berechtigter" nur auf der Grundlage vergleichbarer Preisangebote benannt werden kann. Zu diesen Daten gehören die verschiedenen zu berücksichtigenden Bestandteile des Auftrags, die spezifischen Auflagen des Lastenheftes und andere Daten.

Auf der Grundlage des Ergebnisses dieser Diskussion hat jeder Sitzungsteilnehmer in seinen Vordruck seine Blankozahl einzutragen; diese stellt das „von einem Unternehmer in Aussicht genommene Preisangebot" dar.

(28) b) 3) *Einreichung der Blankozahlen* (Artikel 6.4 und Artikel 7 UPR)

Die an der Sitzung teilnehmenden Unternehmen überreichen sodann dem Vorsitzenden den Vordruck mit ihrer Blankozahl.

Der Vorsitzende nimmt Kenntnis von diesen Zahlen und somit vom Namen des Unternehmens, das die niedrigste Blankozahl angegeben hat.

Die Sitzungsteilnehmer können dann mit der in Randnummer 26 beschriebenen Mehrheit beschließen,

— entweder allen Teilnehmern alle Blankozahlen mitzuteilen,

— oder diese Zahlen (oder nur deren Reihenfolge und gegebenenfalls die Namen der entsprechenden Unternehmen) nur dem Unternehmen mitzuteilen, das die niedrigste Blankozahl angegeben hat,

— oder die Kenntnis dieser Zahlen dem Vorsitzenden vorzubehalten (Artikel 7 UPR).

Wünscht ein Teilnehmer für einen Auftrag ein Preisangebot mit einem Alternativvorschlag für bestimmte Baustoffe oder Bauverfahren abzugeben, so hat er den entsprechenden Preis im gleichen Vordruck anzugeben. Er muß seine Absicht unmittelbar nach Einreichung der Blankozahlen bekanntgeben, da er andernfalls das Recht zur Abgabe des alternativen Preisangebots verliert. Die Sitzungsteilnehmer beschließen über die weiteren Schritte im Zusammenhang mit der beabsichtigten Abgabe eines Alternativangebots.

Es ist festzuhalten, daß die Einreichung der Blankozahlen nicht auf den Fall vergleichbarer Angebote beschränkt ist. In allen Fällen (einschließlich der Fälle nicht vergleichbarer Angebote) sind die Blankozahlen Bestandteil zur Bestimmung des Betrags der Entschädigung für die Berechnungskosten.

(29) b) 4) *Rücktrittsrecht* (Artikel 10 UPR)

Jedes an der Sitzung teilnehmende Unternehmen ist berechtigt, nach Kenntnisnahme von den Blankozahlen seiner Wettbewerber sein Angebot nicht mehr aufrechtzuerhalten. Nach den Bestimmungen des UPRR kann dieses Unternehmen dann entweder von dem betreffenden Auftrag zurücktreten, d. h. beschließen, kein Preisangebot abzugeben, oder ein höheres Preisangebot als das seiner Wettbewerber machen. Hat ein solches Unternehmen die niedrigste Blankozahl geboten, so darf es sich in keiner Form an

der Ausführung des betreffenden Bauvorhabens beteiligen. Das UPRO sieht in diesem Fall darüber hinaus eine Geldbuße bis zu 25 000 hfl vor.

(30) b) 5) *Präferenz* (Artikel 11 UPR)

Jeder Sitzungsteilnehmer ist berechtigt, vor Kenntnisnahme von den Blankozahlen seiner Wettbewerber für sich die Präferenz zu beantragen. Beschließen die Sitzungsteilnehmer einstimmig, die beantragte Präferenz zu gewähren, so wird das betreffende Unternehmen den niedrigsten Preis bieten; dabei handelt es sich um den Preis, der für das Unternehmen mit der niedrigsten Blankozahl festgesetzt worden wäre.

Bei der Festsetzung der von den übrigen Teilnehmern zu bietenden Preise wird die Reihenfolge der Blankozahlen beibehalten. Für das Unternehmen, das die niedrigste Blankozahl eingereicht hat, wird eine Zahl unter Berücksichtigung der einem anderen Teilnehmer gewährten Präferenz festgesetzt.

Die Sitzungsteilnehmer können die Gewährung der Präferenz an Bedingungen knüpfen, die jedoch niemals einen finanziellen Ausgleich zu Lasten des die Präferenz erhaltenden Teilnehmers und zugunsten der anderen Teilnehmer vorsehen können.

Nach den Ermittlungen der Kommission ist die Zahl der Fälle, in denen auf der Sitzung eine Präferenz vergeben wurde, gering.

(31) b) 6) *Preiszuschläge* (Artikel 12—14 UPRR; Artikel 12, 15 und 16 UPRO)

Die endgültigen Preisangebote der beteiligten Unternehmen ergeben sich aus einer abgestimmten Änderung der Blankozahlen durch Hinzurechnung bestimmter Preiszuschläge.

Diese Zuschläge umfassen eine Vergütung für die Kosten der Kalkulation der Kostenvoranschläge und einen Beitrag zu den Verwaltungskosten der berufsständischen Vereinigungen. Die Versammlung kann beschließen, die Blankozahlen unabhängig von der Entscheidung über die Benennung eines Berechtigten um diese Zuschläge zu erhöhen.

(32) b) 6) i) Vergütung für Kalkulationskosten (Artikel 12 UPR)

Die Höhe der Vergütung für Kalkulationskosten (ein für jeden Teilnehmer gleich hoher Betrag oder Prozentsatz) wird auf der Sitzung festgelegt. Der zulässige Höchstbetrag ist in einer Tabelle der Vergütungssätze im Anhang zu den UPR (absolut oder prozentual) angegeben und richtet sich nach dem jeweiligen Bausektor, dem Wert des Auftrags sowie der Art des Lastenheftes (Standardlastenheft oder frei erstelltes Lastenheft). Im Hochbau richtet sich der Höchstbetrag auch nach der Baukategorie (Wohnungsbau oder Nicht-Wohnungsbau) und der Art der auszuführenden Arbeiten (Unterhaltung, Wiederaufbau, Neubau usw.).

Der Auftragswert berechnet sich nach dem Mittel der von den Unternehmen abgegebenen Blankozahlen mit einer Gewichtung nach der Zahl der Teilnehmer und nach den Abweichungen zwischen den Blankozahlen. Diese Blankozahlen werden gegebenenfalls um den Betrag erhöht, der dem Wert der vom Bauherrn oder von Dritten zu liefernden Baustoffe und auszuführenden Arbeiten entspricht. Der Wert dieser Baustoffe und Arbeiten wird vom Sitzungsvorsitzenden nach Anhörung der teilnehmenden Unternehmen festgelegt; der Höchstbetrag, um den das Mittel der Blankozahlen zu erhöhen ist, entspricht dabei der diesbezüglichen niedrigsten Blankozahl, wenn es sich um vom bietenden Unternehmen zu verwendende Baustoffe handelt, und 25 % des geschätzten tatsächlichen Wertes in den übrigen Fällen, in denen die ergänzenden Bedingungen betreffend die Gleichzeitigkeit aller Arbeiten erfüllt sind.

Fehlen die zur Ermittlung des Mittels der Blankozahlen notwendigen Daten, so berechnet sich die Vergütung für Kalkulationskosten nach dem geschätzten Wert des betreffenden Bauauftrags oder in Form eines Prozentsatzes des niedrigsten Preisangebots.

Der so ermittelte Betrag der Vergütung für die Kalkulationskosten jedes an der Sitzung teilnehmenden Unternehmens wird mit der Zahl dieser Unternehmen multipliziert. Der Multiplikationsfaktor beträgt höchstens 20, wenn der Auftraggeber eine öffentliche Bewerbungsaufforderung oder eine öffentliche Ausschreibung ohne Beschränkung der Zahl der Teilnehmer veröffentlicht hat. Die gleiche Begrenzung gilt im Falle einer Ausschreibung für Rechnung der NATO, an der sich ausländische Unternehmen beteiligen, sofern diese Unternehmen ebenfalls an der Sitzung im Rahmen der SPO-Organisation teilnehmen.

Haben im Zuge der Ausführung des Bauvorhabens andere Unternehmen bereits ihr Preisangebot gemacht, so ist außerdem der für diese Bieter festgesetzte oder noch festzusetzende Gesamtbetrag der Kalkulationskostenvergütung hinzuzurechnen.

(33) Sofern auf der Sitzung kein gegenteiliger Beschluß gefaßt wird, entspricht im UPRR-System die Erhöhung der Blankozahlen im Rahmen der Kalkulationskostenvergütung stets dem festgesetzten Höchstbetrag.

Mit der in Randnummer 26 beschriebenen Mehrheit können die Sitzungsteilnehmer jedoch vor der Abgabe der Blankozahlen beschließen,

— von jeglicher Erhöhung abzusehen;

— die Blankozahlen um einen niedrigeren als den zulässigen Höchstbetrag zu erhöhen;

— die Entscheidung über diese Erhöhung dem Unternehmen, das die niedrigste Zahl abgegeben hat, oder dem nächstfolgenden Unternehmen zu überlassen.

Im UPRO-System entscheidet im Prinzip das Unternehmen, das die niedrigste Zahl abgegeben hat, über diese Erhöhung. Ein Verzicht auf jegliche Erhöhung zur Vergütung der Kalkulationskosten muß von den Sitzungsteilnehmern vor Abgabe der Blankozahlen beschlossen werden.

(34) b) 6) ii) Beitrag zu den Verwaltungskosten der berufsständischen Organisationen (Artikel 14 UPRR, Artikel 16 UPRO)

Die UPR bestimmen weiterhin, daß die Blankozahlen um einen Betrag von höchstens 1,5 % der niedrigsten Blankozahl

— zur Deckung der Kosten des betreffenden Büros (0,4 %),

— als Beitrag zur SPO-Vereinigung (0,1 %),

— als Beitrag zu einer von der AVBB-Vereinigung oder von der SPO-Vereinigung anerkannten berufsständischen Organisation (0,3 %),

— als Beitrag für im allgemeinen Interesse der Bauwirtschaft liegende Zwecke (0,7 %)

zu erhöhen sind.

(35) Der Beitrag für im allgemeinen Interesse der Bauwirtschaft liegende Zwecke wird vom Büro zu einem Viertel an eine nationale Stiftung und zu drei Vierteln an eine regionale sektorielle Stiftung (eine für jedes der acht Büros) abgeführt.

Diese insgesamt neun Stiftungen wurden gemeinsam von der AVBB und der SPO gegründet und werden von diesen beiden Vereinigungen gemeinsam geleitet. Die acht regionalen sektoriellen Stiftungen werden von einer ständigen Kommission („Commissie Aanbestedingswezen en Prijsvorming") kontrolliert, in der die beiden Vereinigungen zusammenarbeiten. „Im allgemeinen Interesse liegende Zwecke" sind beispielsweise Ausbildung, Sicherheit, Forschung und Entwicklung.

Der Beitrag zu einer berufsständischen Organisation kann für verschiedene Organisationen wie die Mitgliedsvereinigungen der SPO und AVBB bestimmt sein.

(36) Die Erhöhung der Blankozahlen zur Deckung der Kosten des betreffenden Büros und als Beitrag zur SPO ist in den UPR als Regel vorgesehen. Über die übrigen Beiträge hat das Unternehmen zu entscheiden, das die niedrigste Blankozahl eingereicht hat. Der Zuschlag „Beitrag für im allgemeinen Interesse liegende Zwecke" ist im Sektor Hochbau nur dann zulässig, wenn die Blankozahlen um den höchstzulässigen Betrag der Vergütung für Kalkulationskosten erhöht worden sind.

(37) Wie die Prüfung der Antworten auf die Auskunftsverlangen und der bei den Nachprüfungen eingesehenen Dokumente ergeben hat, kann der Gesamtbetrag der obigen Zuschläge in Extremfällen fast 20 % des niedrigsten gebotenen Preises erreichen. Nach den Ausführungen der von dieser Entscheidung betroffenen Parteien in ihrer gemeinsamen Erwiderung auf die Beschwerdepunkte macht der Gesamtbetrag dieser Zuschläge für die Zeit von 1987—1988 durchschnittlich 3,1 % des niedrigsten gebotenen Preises aus.

(38) b) 7) *Abgestimmte Festsetzung der endgültigen Preise für das Preisangebot* (Artikel 15 UPRR, Artikel 17 UPRO)

Nachdem die Preise verglichen und die in den Randnummern 31 bis 37 erwähnten Zuschläge festgesetzt sind, werden für jeden Teilnehmer die endgültigen Preise seines Preisangebots an den Bauherrn festgesetzt. Die Reihenfolge dieser endgültigen Preise muß derjenigen der Blankozahlen entsprechen.

Die Festlegung der Angebote geschieht in der Weise, daß jede Blankozahl um den Gesamtbetrag der Zuschläge erhöht wird, wobei jedoch die Blankozahlen aller Teilnehmer — unter Ausschluß der Unternehmen, die die niedrigste und die nächstniedrigste Blankozahl eingereicht haben — nur soweit erhöht werden dürfen, daß die Reihenfolge der Blankozahlen gewahrt bleibt.

Mit Zustimmung des Unternehmens mit der niedrigsten Blankozahl und des nächstfolgenden Unternehmens dürfen die endgültigen Preisangebote der Unternehmen mit Ausnahme des Unternehmens mit der niedrigsten Blankozahl unter der Bedingung, daß sich die Reihenfolge der Blankozahlen dadurch nicht ändert, verringert werden, so daß die Preisunterschiede zwischen den dem Bauherrn abgegebenen Preisangeboten nicht zu groß sind.

Ist auf der Sitzung einem Teilnehmer die Präferenz zuerkannt worden, so können die endgültigen Preisangebote vom Vorsitzenden nach Anhörung des Unternehmens, das die Präferenz erhalten hat, und des Unternehmens, das die niedrigste Blankozahl eingereicht hat, so heraufgesetzt werden, daß die Preisunterschiede zwischen den dem Bauherrn abgegebenen Preisangeboten dem einvernehmlich mit der Präferenz versehenen Unternehmen eine Vorzugsposition sichern.

Des weiteren haben die Ermittlungen ergeben, daß sich die Preisfestsetzung nicht nur auf den Gesamtpreis des betreffenden Bauauftrags erstreckt, sondern daß unter Berücksichtigung der Rangfolge der Blankozahlen gegebenenfalls auch die Preise für bestimmte Auftragsteile sowie die Stückpreise festgesetzt werden. Außerdem kann die Versammlung über andere Auftragskonditionen als den Preis und die Preisbestandteile beschließen.

Es ist untersagt, dem Bauherrn einen anderen als den nach obigem Verfahren festgelegten Preis zu bieten.

c) **Schutz des „Berechtigten"** (Artikel 28 UPRR, Artikel 30 UPRO in Verbindung mit Artikel 5 Ehrenkodex)

(39) Außer bei nicht gleichzeitigen Preisangeboten ist das sogenannte „berechtigte" Unternehmen das Unternehmen, das von der Versammlung oder gegebenenfalls vom Büro nach Abgabe des Preisangebots als solches benannt wird. Im Prinzip handelt es sich dabei um das Unternehmen mit der niedrigsten Blankozahl, es sei denn, dieses Unternehmen macht von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch oder die Präferenzregeln (siehe Randnummern 29 und 30) kommen zum Tragen.

Das berechtigte Unternehmen ist gegen jeden gegenwärtigen oder zukünftigen Wettbewerb seitens der anderen an der SPO-Organisation teilnehmenden Bauunternehmen insoweit geschützt, als es anläßlich des offiziellen Preisangebots allein zu Verhandlungen mit dem Bauherrn des betreffenden Auftrags befugt ist.

(40) Den anderen Bietern ist es untersagt, mit dem Bauherrn in Verhandlungen über den Preis der Bauleistungen oder die verschiedenen Auftragsteile zu treten (Artikel 28 UPRR und Artikel 30 UPRO in Verbindung mit Artikel 5 Absatz 2 Ehrenkodex). Sie können mithin den Auftrag nur erhalten, wenn sie den gebotenen Preis einhalten und wenn das Lastenheft nicht verändert wird.

(41) Bei nicht gleichzeitigen Preisangeboten erstreckt sich der Schutz des berechtigten Unternehmens auch auf die späteren Preisangebote (vgl. Artikel 28 UPRR, Artikel 30 UPRO und die Regelung betreffend nicht gleichzeitige Preisangebote in Verbindung mit Artikel 5 Absatz 3 Ehrenkodex). Von einem Bauherrn später zur Angebotsabgabe aufgeforderte Unternehmen dürfen ein Preisangebot nur mit Zustimmung des berechtigten Unternehmens oder, sofern dieses die Zustimmung verweigert, mit Zustimmung einer von dem betreffenden Büro eingesetzten Ad-hoc-Kommission abgeben. Grundsätzlich wird mit diesem Schutz ein Verbot späterer Preisangebote unter den vom berechtigten Unternehmen gebotenen Preisen bezweckt. Bei einem erheblichen Preisunterschied nach unten zwischen dem späteren Preisangebot und dem Preisangebot des berechtigten Unternehmens ist die Chance einer positiven Entscheidung der Ad-hoc-Kommission jedoch größer. Dieser Schutz des berechtigten Unternehmens gilt (je nach dem Wert des betreffenden Auftrags) für zwei oder fünf Jahre.

d) **Rückzahlung der Preiszuschläge** (Artikel 16—18 UPRR; Artikel 13 und 18—20 UPRO)

(42) In der Regel werden die Beträge für die Kalkulationskostenvergütung und für die Verbandsumlagen einheitlich allen Preisangeboten hinzugeschlagen.

Die Kosten werden in voller Höhe vom Bauherrn in dem Gesamtpreis für das Bauvorhaben, den er dem Zuschlagsempfänger zahlt, getragen.

Diese Beträge werden anschließend zu einem Teil von dem Unternehmen, das den Zuschlag erhalten hat, an das SPO-Büro, in der Regel durch Banküberweisung, zurückgezahlt.

Das SPO-Büro nimmt anschließend die weitere Verteilung der Beträge in der nachstehend beschriebenen Weise vor.

(43) d) 1) *UPRR-System* (nicht offene Aufträge)

Das SPO- Büro nimmt die Rückzahlungen für jedes Bauvorhaben vor. Mit Beginn der Bauarbeiten erhält der Zuschlagsempfänger eine Rechnung über den auf der Sitzung bewilligten und/oder beschlossenen Gesamtbetrag der Kalkulationskosten und Verbandsumlagen abzüglich

— der eigenen Kalkulationskostenvergütung;

— eines Skontos von 10 % bei Begleichung innerhalb der angegebenen Fristen (dieser Skonto beträgt 15 % bei Begleichung des Beitrags für Zwecke von allgemeinem Interesse in der Bauwirtschaft innerhalb der angebenen Fristen).

Der dem Büro überwiesene Betrag für die Kalkulationskosten wird sodann wie folgt verteilt:

— 3 % an einen „Garantiefonds", mit dem unter anderem die von einem etwaigen „Außenseiter" verdrängten Sitzungsteilnehmer entschädigt werden sollen. Die Höhe dieser Entschädigung ist auf 30 % der auf der Sitzung beschlossenen Kalkulationskostenvergütungen begrenzt und beträgt höchstens 5 000 hfl;

— der Rest auf die übrigen Bieter.

Der dem Büro überwiesene Betrag für Verbandsumlagen wird an die in den Randnummern 34 und 35 genannten Empfänger verteilt.

(44) d) 2) *UPRO-System* (offene Aufträge)

Im UPRO-System werden die Kalkulationskostenvergütungen pro Kalenderjahr wie folgt ausgezahlt:

Die Unternehmen, die einen Zuschlag nach dem offenen Verfahren erhalten haben, zahlen die geschuldeten Beträge auf das bei dem betreffenden Büro geführte Konto der „Kalkulationskasse" ein. Dafür werden ihnen nach den Modalitäten der Tabellen im Anhang III zu den UPR entsprechend dem Wert des betreffenden Auftrags Punkte gutgeschrieben.

Das Büro zahlt jedem Unternehmen, das an einer oder mehreren im Rahmen des UPRO veranstalteten Sitzung teilgenommen hat, aus der Kalkulationskasse pro Jahr maximal 2 500 hfl, sofern das Unternehmen einen oder mehrere unter beide UPR fallende Aufträge erhalten hat, deren Wert mindestens dem Gesamtwert des oder der Aufträge entspricht, die Gegenstand der betreffenden Sitzung(en) waren.

(45) Darüber hinaus erstattet das Büro aus der Kalkulationskasse den Gesamtbetrag der Kalkulationskostenvergütung des Unternehmens, das auf einer Sitzung betreffend einen unter das UPRO fallenden Auftrag die niedrigste Blankozahl eingereicht hat, wenn ein Außenseiter den betreffenden Auftrag erhalten hat und die Blankozahl des betreffenden Unternehmers unter dem Preisangebot des Außenseiters lag.

(46) Der nach dem Abzug der obigen Beträge verbleibende Saldo der Kalkulationskasse schließlich wird denjenigen Teilnehmern ausgezahlt, die in Übereinstimmung mit den UPRO-Bestimmungen im Laufe des Jahres die jeweiligen Aufträge erhalten haben.

Der jedem von ihnen geschuldete Betrag wird nach der im Laufe des Jahres zuerkannten Punktezahl ermittelt. Hinsichtlich der Zahlung und Weiterverteilung der als Verbandsumlagen gezahlten Beträge besteht kein Unterschied zwischen UPRR und UPRO.

e) Kontrolle der Einhaltung der sich aus den UPR ergebenden Verpflichtungen

(47) Ein Verstoß gegen die Bestimmungen der UPR gilt als Verstoß gegen den Ehrenkodex (vgl. Artikel 29 UPRR und Artikel 31 UPRO in Verbindung mit Artikel 9 Ehrenkodex), der am 3. Juni 1980 von der SPO-Hauptversammlung beschlossen wurde. Die im Ehrenkodex vorgesehenen Sanktionen reichen vom einfachen Tadel bis zu einer Geldbuße bis zu 100 000 hfl, wobei dieser Betrag auf 15 % des geschätzten Betrags des Bauauftrags erhöht werden kann.

(48) Bei einem Verstoß gegen den Ehrenkodex wird die „Stichting Berechtingsinstituut Erecode Bouwbedrijf" eingeschaltet. Gegen die Entscheidung des Disziplinarausschusses dieser Stiftung kann Berufung vor einem Berufungskollegium eingelegt werden. Die Verfahrensvorschriften sind im „Berechtingsreglement Erecode Bouwbedrijf" niedergelegt.

Der Disziplinarausschuß kann insbesondere von den an den Ehrenkodex gebundenen Unternehmen, von der SPO und von deren Mitgliedsvereinigungen angerufen werden. Die in Absatz 9 genannten Büros werden von diesen Mitgliedsvereinigungen von Fall zu Fall beauftragt, in ihrem Namen tätig zu werden.

f) Verhalten der SPO-Organisation gegenüber nicht angeschlossenen Bauunternehmern

(49) Die UPR sehen für die an sie gebundenen Unternehmen ein System des Informationsaustauschs vor, das es den Teilnehmern erlaubt, auf einen etwaigen Druck fremder Konkurrenz zu reagieren oder eine solche Konkurrenz auszuschalten.

(50) a) Auf der Sitzung erhalten die teilnehmenden Unternehmen Informationen, die entweder vom Büro oder von einem oder mehreren teilnehmenden Unternehmen zur Verfügung gestellt werden.

Zum einen handelt es sich dabei um die im Rahmen der Anwendung des Ehrenkodex zu übermittelnden Informationen. Dieser Ehrenkodex sieht — wie im übrigen auch die UPR — die Pflicht vor, dem SPO-Büro die beabsichtigte Abgabe eines Preisangebots anzuzeigen.

Dagegen sieht der Ehrenkodex keine Pflicht zur Teilnahme an einer Sitzung im Rahmen der SPO-Organisation vor der Zuschlagserteilung (außer im Falle nicht gleichzeitiger Preisangebote) vor.

An den Ehrenkodex sind nicht nur die Mitgliedsunternehmen der SPO-Organisation, sondern auch jene Unternehmen gebunden, die einer Mitgliedsvereinigung der AVBB, nicht aber einer Mitgliedsvereinigung der SPO angeschlossen sind.

So ist in bezug auf den betreffenden Auftrag eine etwaige Beteiligung eines nur an den Ehrenkodex gebundenen Unternehmens, das an der Sitzung nicht teilzunehmen wünscht, dank der obigen Absichtsanzeige bekannt. Bei nicht gleichzeitigen Preisangeboten ist ein solches Unternehmen indessen zur Teilnahme an der SPO-Sitzung verpflichtet.

Zum anderen handelt es sich dabei um die Informationen, die die durch die UPR gebundenen Unternehmen selbst erhalten haben und anschließend dem Büro (anläßlich der Absichtsanzeige) oder den teilnehmenden Wettbewerbern (auf der Sitzung) mitteilen.

Die bei den Ermittlungen eingeholten Auskünfte lassen erkennen, daß in einer Reihe konkreter Fälle ein Mitgliedsunternehmen oder das SPO-Büro versucht hat, einen fremden Wettbewerber zum Beitritt zu den UPR zu veranlassen. Außerdem geht aus den Sitzungsprotokollen hervor, daß die Unternehmen, die an einer Ausschreibung nach dem offenen Verfahren nicht teilzunehmen beabsichtigen, häufig ihre „Nichtteilnahme" der SPO anzeigen.

(51) b) Auf der Grundlage dieses Informationsaustauschs können die UPR einen flexiblen und wirksamen Schutz vor den Risiken eines SPO-fremden Wettbewerbs organisieren. Dieser Schutz kann darin bestehen, daß von der Benennung eines Berechtigten in der SPO-Organisation abgesehen und/oder nur eine begrenzte oder überhaupt keine Erhöhung der Blankozahlen vorgenommen wird. Außerdem werden die Teilnehmer veranlaßt, bei ihrer Blankozahl diese Gefahr einer Drittkonkurrenz einzukalkulieren. Bei den in dieser Sache geführten Ermittlungen und insbesondere bei der Analyse der Antworten auf die Fragen C.1(d) und (e) der an die Büros gerichteten Auskunftsverlangen vom 14. November 1988 konnte festgestellt werden, daß ein solches Verhalten in zumindest 80 % der Fälle (wobei dieser Prozentsatz je nach Sektor unterschiedlich ist) tatsächlich zur Ausschaltung von Outsider-Angeboten geführt hatte.

g) **Die Regelung betreffend nicht gleichzeitige Preisangebote**

(52) Wie in Randnummer 41 ausgeführt, erstreckt sich der Schutz des berechtigten Unternehmens je nach dem Wert des Auftrags für die Dauer von zwei oder fünf Jahren auch auf spätere Preisangebote. In diesem Fall resultiert die Berechtigteneigenschaft nicht zwangsläufig aus einem Beschluß der Versammlung oder einem Beschluß des Büros (vgl. Randnummer 39). Diese Eigenschaft kann sich vielmehr daraus ergeben, daß das — durch die UPR oder lediglich durch den Ehrenkodex gebundene — Unternehmen nach Anzeige seiner Absicht zur Abgabe eines Preisangebots und zum Zeitpunkt der Abgabe dieses Preisangebots keine Kenntnis von konkurrierenden Angeboten hatte.

(53) In diesem Fall dient die vom zuständigen Büro veranstaltete Sitzung lediglich dazu, das Zustimmungsverfahren in die Wege zu leiten und gegebenenfalls die Preiszuschläge sowie die Preise selbst festzusetzen. Machen die Unterschiede in den Auftragsspezifikationen des Auftraggebers einen Vergleich oder eine Vergleichbarkeit des ursprünglichen Preisangebots (des „Berechtigten") mit den späteren Preisangeboten unmöglich, so dürfen diese späteren Preisangebote nicht abgegeben werden. Können diese Preisangebote verglichen oder vergleichbar gemacht werden, so dürfen die späteren Preisangebote nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Berechtigten, der in seiner Entscheidung frei ist, abgegeben werden. Nimmt der Berechtigte an der Sitzung nicht teil oder verzichtet er ausdrücklich auf seine Rechte und Pflichten aus den UPR, so gilt dies als stillschweigende Zustimmung zur Abgabe eines späteren Preisangebots eines anderen Bauunternehmers. Nach Aussage der von dieser Entscheidung betroffenen Parteien in ihrer gemeinsamen Erwiderung auf die Beschwerdepunkte hat die Anwendung dieser Verordnung nur in 10,5 % der Fälle dazu geführt, den Erstbieter gegen spätere niedrigere Preisangebote zu schützen.

(54) Die Teilnahme an der im vorstehenden Absatz genannten Sitzung ist nicht nur für die durch die UPR, sondern auch für die nur durch den Ehrenkodex gebundenen Unternehmen Pflicht. Letztere Unternehmen haben allerdings nicht unbedingt Kenntnis von den UPR-Verfahrensregeln, auf die der Ehrenkodex nur allgemein verweist.

h) **Die Regelung für Preisangebote im Kontext der Auftragsuntervergabe**

(55) Diese Regelung findet dann Anwendung, wenn Generalunternehmen, die sich an einer Ausschreibung beteiligen, ihrerseits bestimmte Teile des Auftrags ausschreiben, sofern die aufgeforderten Subunternehmer durch die UPR gebunden sind und ihre Preisangebote machen, bevor das Generalunternehmen sein Preisangebot macht.

Fordert das Generalunternehmen Preisangebote an, nachdem es selbst sein Preisangebot abgegeben hat, so finden die UPR und die Regelung für nicht gleichzeitige Preisangebote Anwendung.

(56) Die Subunternehmer sind verpflichtet, dem zuständigen Büro ihre Absicht, ein Preisangebot abzugeben, und den gebotenen Preis bekanntzugeben.

Das Büro beruft erst dann eine Sitzung dieser Unternehmen ein, wenn es Kenntnis von dem Ergebnis der Ausschreibung, an der sich die Generalunternehmen beteiligen, erhalten hat. Zur Teilnahme an dieser Sitzung werden nur die Subunternehmer aufgefordert, die dem Generalunternehmen, das den Auftrag erhalten hat, ein Preisangebot gemacht haben.

In dieser Sitzung wird der Berechtigte nach Maßgabe der dem Büro mitgeteilten Preisangebote — sofern sie vergleichbar sind — benannt.

(57) Das Preisangebot eines Subunternehmers muß einen Betrag in Höhe von 3 % zur Deckung der in den Absätzen 31—37 genannten Preiserhöhungen umfassen.

Erhält dieses Unternehmen den Unterauftrag und zeigt sich, daß es als einziges von dem betreffenden Generalunternehmen zur Preisabgabe aufgefordert worden ist, so hat es an das Büro einen Betrag in Höhe von 0,5 % seines Preisangebots zur Deckung der Kosten des Büros (0,4 %) und als SPO-Beitrag (0,1 %) abzuführen.

Erhält dieses Unternehmen den Auftrag hingegen im Wettbewerb mit anderen von dem betreffenden Generalunternehmen zur Angebotsabgabe aufgeforderten Subunternehmern, so hat es darüber hinaus einen Betrag von maximal 2,5 % seines Preisangebots als Entschädigung für die Kalkulationskosten der teilnehmenden Unternehmen abzuführen.

(58) Aus dieser Regelung ergibt sich, daß der im freihändigen Verfahren zur Abgabe eines Preisangebots aufgeforderte Subunternehmer sein Angebot systematisch um 3 % erhöhen muß, um zu gegebener Zeit, wenn das Generalunternehmen weitere Unternehmen zur Angebotsabgabe aufzufordern beschließt, die vorgesehene Erstattung leisten zu können.

Außerdem ergibt sich aus dieser Regelung, daß die Kalkulationskostenvergütung nur auf Subunternehmer Anwendung findet, die dem Generalunternehmen, dem der Zuschlag erteilt wurde, ein Preisangebot gemacht haben.

(59) Die Ermittlungen der Kommission haben ergeben, daß die SPO im Sektor Fahrbahnmarkierung (ein typischer Sektor der Auftragsuntervergabe) für die Zeit vom 1. August 1988 bis 1. August 1989 die Regelung betreffend Preisangebote im Rahmen der Auftragsuntervergabe ausgesetzt und die Anwendung der UPRR beschlossen hat.

i) **Behandlung der freihändig vergebenen Aufträge** (Artikel 16.1.d UPRR)

(60) Freihändig vergebene Aufträge sind grundsätzlich nicht Gegenstand einer Abstimmung in der SPO-Organisation, doch hat jeder durch die UPR gebundene Bauunternehmer, der von einem Bauherrn auf freihändiger Basis zur Abgabe eines Angebots aufgefordert wird, dem Büro der SPO seine Absicht, der Aufforderung zu folgen und ein Preisangebot abzugeben, anzuzeigen. Konsultiert der Bauherr später keinen weiteren Bauunternehmer, so wird der betreffende Auftrag von der SPO als effektiv freihändiger Auftrag betrachtet, und es gelten keine weiteren besonderen Modalitäten. Konsultiert der Bauherr hingegen später einen oder mehrere weitere Bauunternehmer, so wendet die SPO die Regelung im Anhang zu den UPR betreffend nicht gleichzeitige Preisangebote an.

Für den Fall, daß diese Regelung nicht mehr angewendet werden kann, weil der Auftrag bereits vergeben ist, sehen die UPR vor, daß der Bauunternehmer einen Betrag in Höhe von maximal 3 % des Wertes des vergebenen Auftrags für die in der Regelung vorgesehenen Preiszuschläge abzuführen hat (Artikel 16.1.d UPRR).

(61) Daraus ergibt sich, daß der im freihändigen Verfahren zur Abgabe eines Preisangebots aufgeforderte Bauunternehmer in jedem Fall sein Angebot systematisch um 3 % erhöhen muß, um zu gegebener Zeit, wenn der Bauherr weitere Unternehmen zur Angebotsabgabe aufzufordern beschließt, die in der Regelung vorgesehene Erstattung leisten zu können.

E. DIE LAGE VOR DEM 1. APRIL 1987

(62) Vor dem 1. April 1987 — Zeitpunkt des Inkrafttretens der heutigen UPR — hatten die Mitgliedsvereinigungen der SPO ihre eigenen Preisreglementierungen. Die Durchführung dieser Vorschriften lag mittelbar oder unmittelbar in den Händen der Mitgliedsvereinigung.

Die von der SPO am 9. Oktober 1986 beschlossenen und mit Wirkung vom 1. April 1987 in Kraft gesetzten UPR sind die Fortführung gleichartiger Absprachen, die in 29 sektoralen und landesweiten oder regionalen Bauunternehmervereinigungen bestanden, von denen jede ihre eigenen Preisreglementierungen hatte. Struktur und Inhalt dieser verschiedenen Vorschriften wurden von der SPO ab 1973 vereinheitlicht und genehmigt.

Diese vor den heutigen UPR geltenden Regelungen unterscheiden sich von den UPR indessen in verschiedenen wesentlichen Punkten, deren wichtigste nachstehend beschrieben sind.

(63) a) Die früheren Regelungen sahen ein sogenanntes „Gegenanzeigeverfahren" vor.

Das Büro teilte dem anzeigenden Unternehmen die Namen der anderen Unternehmen mit, die ebenfalls die Absicht zur Abgabe eines Preisangebots angezeigt hatten. In den heute geltenden UPR ist eine solche Mitteilung ausdrücklich untersagt. Das Büro teilt jedoch auf Wunsch die Zahl der anderen interessierten Unternehmen mit, die zur Teilnahme an der Sitzung aufgefordert werden sollen.

(64) b) Die früheren Regelungen sahen die Möglichkeit einer „Nachbesserung" und „Berichtigung" der Preise vor. Die „Berichtigung" betraf die Heraufsetzung der niedrigsten Blankozahl auf der Grundlage einer sehr detaillierten und komplizierten Berechnung. Die „Nachbesserung" betraf die Erhöhung sämtlicher Blankozahlen mit dem Ziel, ein „angemessenes Preisniveau" zu halten. Der entsprechende Betrag war für im allgemeinen Interesse der Bauwirtschaft liegende Zwecke bestimmt.

Die heute geltenden UPR sehen nicht mehr die Möglichkeit einer Berichtigung der Preise vor. An die Stelle der Nachbesserung der Preise ist das System der Branchenumlagen getreten.

(65) c) Der in den früheren Regelungen vorgesehene Präferenzmechanismus führte zu einer Erhöhung der Preise sämtlicher Teilnehmer. Anhand der Blankozahl des Unternehmens, dem die Präferenz zuerkannt worden war, wurde in einer detaillierten und komplizierten Berechnung eine geänderte Blankozahl ermittelt. Diese geänderte Blankozahl galt dann als niedrigste Blankozahl, und die ursprünglichen Blankozahlen der anderen Unternehmen mußten in gleicher Weise erhöht werden.

F. STAATLICHE MASSNAHMEN UND VERWALTUNGSPRAKTIKEN

(66) Der am 1. April 1987 für eine Dauer von fünf Jahren in Kraft gesetzte und im Niederländischen Staatsblatt Nr. 676 vom 30. Dezember 1986 veröffentlichte Königliche Erlaß vom 29. Dezember 1986 in Durchführung von Artikel 10 des Wettbewerbsgesetzes sieht insbesondere eine Einschränkung oder ein Verbot bestimmter wettbewerbseinschränkender Bestimmungen der früheren Regelungen vor. Die wesentlichen Bestimmungen dieser Regelungen, wie sie sich in den heute geltenden UPR finden, blieben von diesem Königlichen Erlaß jedoch unberührt.

(67) Mit einem Ministerialerlaß vom 2. Juni 1986 (Niederländisches Staatsblatt Nr. 118 vom 24. Juni 1986) wurde ein „Uniform Aanbestedingsreglement" (im folgenden: UAR) eingeführt, das am 1. November 1986 in Kraft trat und eine frühere Regelung vom 21. Dezember 1971 ablöste. Darin werden die Verfahren für die Vergabe von Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber geregelt.

Artikel 3 des UAR bestimmt unter anderem:

„Der Auftraggeber darf von einem Bieter oder einem interessierten Bewerber nicht verlangen, daß er

— davon absieht, das Bemühen des Auftraggebers um einen Vertragsabschluß mit Dritten zu vereiteln,

— die Preisangebote Dritter nicht zu beeinflussen versucht,

— die Durchführung der Arbeiten nicht zu vereiteln versucht."

Nach den Erläuterungen zu diesem Ministerialerlaß bezwecken diese Bestimmungen, daß die öffentlichen Auftraggeber von den Bietern nicht verlangen, auf die Wahrnehmung der Rechte und Pflichten aus den im Rahmen einer Preisreglementierungsorganisation eingegangenen Verpflichtungen zu verzichten.

(68) Da das UAR für den Staat nur in seiner Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber bindend ist (vgl. Königlichen Erlaß vom 6. April 1973 in der Fassung des Königlichen Erlasses vom 7. April 1987), werden andere öffentliche und private Auftraggeber und insbesondere die Gebietskörperschaften sowie die Träger des sozialen Wohnungsbaus zur Einhaltung der diesbezüglichen Bestimmungen bewogen oder sogar veranlaßt. So hat die Vereinigung der niederländischen Gemeinden in Erwiderung auf diese Aufforderung gemäß einer im April 1988 mit der SPO geschlossenen Vereinbarung ihren Mitgliedern, d. h. allen Gemeinden in den Niederlanden, die uneingeschränkte Anwendung des UAR empfohlen.

Nach Aussage der SPO wird das UAR in der Regel von den niederländischen Gebietskörperschaften und dezentralisierten Behörden auf freiwilliger Basis angewendet.

(69) Die in diesem Teil beschriebenen Maßnahmen und Praktiken werden in dieser Entscheidung nur informationshalber erwähnt und sind Gegenstand eines gesonderten Verstoßverfahrens nach Artikel 169 EWG-Vertrag.

II. RECHTLICHE WÜRDIGUNG

Abschnitt I

Artikel 85 Absatz 1

(70) Nach Artikel 85 EWG-Vertrag sind mit dem Gemeinamen Markt unvereinbar und verboten alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken.

Die in den Absätzen 3—17 und 24—65 beschriebenen Vereinbarungen und Beschlüsse fallen unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1, da sie den Markt auf der Angebotsseite zu regeln und die Bedingungen für die Geschäftsabschlüsse auf Grundlagen, die sich nicht aus dem freien Spiel des Wettbewerbs ergeben, zu verändern trachten.

I. DER BAUMARKT

(71) Nach Darstellung der SPO unterscheidet sich der Baumarkt von den übrigen Güter- und Dienstleistungsmärkten insbesondere durch die Starrheit des Produkts:

— für jedes Bauprodukt gibt es nur einen Käufer (Bauherr), der die Bedingungen, denen das Produkt genügen muß, und dessen Form, Inhalt, Qualität und Lieferfrist bestimmt und damit eine Art Teilmarkt mit einem einzigen Nachfrager darstellt;

— im Bausektor können keine Vorräte angelegt werden, da jedes Produkt einmalig ist und standortgebunden ist.

Weiterhin behauptet die SPO, die Angebotsseite befinde sich strukturell in einer schwachen Position gegenüber der Nachfrageseite, was einen ruinösen Preiswettbewerb zwischen den Bauunternehmern zur Folge habe. Die privaten Regelungen, die Gegenstand diese Verfahrens sind, hätten in erster Linie die Funktion, eine ausgewogene und wirtschaftlich gesunde Preisbildung zu gewährleisten und ernste Störungen des Angebots auf dem Markt zu vermeiden.

Die Kommission vermag indessen nicht zu akzeptieren, daß die Merkmale der Bauwirtschaft zur Folge haben können, daß dieser Sektor von der Anwendung der Wettbewerbsvorschriften des Vertrages ausgenommen wird.

(72) Nach Darstellung der SPO betrifft das erste Merkmal dieses Sektors den komplexen und stark spezialisierten Charakter des Produkts, der für den Bauunternehmer insofern eine besondere Belastung mit sich bringt, als jede Bauleistung aufgrund ihrer Art (Wohnbauten oder gewerbliche Bauten, Straßen, Brücken usw.), der natürlichen und geographischen Verhältnisse (Standort, Bodenbeschaffenheit usw.) und der vom Käufer vorgeschriebenen Bedingungen (Baubeschreibung und Lastenheft) in gewisser Hinsicht anders und sogar einmalig ist. So kann der Bauunternehmer ein nicht angenommenes Angebot später nicht einem anderen Käufer unterbreiten.

Nach den Erkenntnissen der Kommission weisen indessen die meisten gewerblichen Dienstleistungen grundsätzlich einen sehr hohen Grad individueller Gestaltung auf. Außerdem ist in der Bauwirtschaft eine Spezialisierung in bestimmten Gebieten zu beobachten. In den einzelnen Spezialgebieten sind die zu erbringenden Leistungen häufig ähnlich, wenn nicht

gar identisch; außerdem ist in der Entwicklung der Bautechniken eine zunehmende Standardisierung zu beobachten. Handelt es sich darüber hinaus um einen regelmäßigen Abnehmer von Bauleistungen, so wissen die Bauunternehmer häufig schon im vorhinein, welche Art von Bedingungen und besonderen Merkmalen sie erwarten können. Aus diesen Gründen kann ein Bauunternehmer, dessen Angebot nicht angenommen wurde, das investierte Know-how in der Regel bei der Erstellung eines späteren Angebots verwerten.

(73) Nach Darstellung der SPO betrifft das zweite Merkmal der Bauwirtschaft die Auftragsausschreibung als Methode zur Erlangung des besten Angebots: einem einzigen Nachfolger (Bauherrn) steht für jedes Produkt eine Vielzahl von Bietern (im Falle eines offenen Verfahrens eine unbestimmte und im Falle eines nicht offenen Verfahrens eine vom Bauherrn festgelegte Zahl von Bietern) gegenüber. Um den niedrigsten Preis oder das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot zu erhalten, kann der Bauherr die Angebote der Bieter gegeneinander ausspielen. Der Bieter hingegen ist durch den gebotenen Preis gebunden.

Nach Ansicht der Kommission kann die These der SPO, jeder Bauauftrag stelle einen Teilmarkt dar, nicht zur Folge haben, daß die Existenz eines Baumarkts in Zweifel gezogen wird. Die Ausschreibung von Bauaufträgen ist ein nahezu kontinuierlicher Prozeß. Viele Bauunternehmer werden, wenn sie auf kurze oder mittlere Sicht genügend Arbeit zu haben glauben, auf eine Beteiligung an einer Ausschreibung verzichten (in einem offenen Verfahren) oder sich weniger anstrengen, um den niedrigsten Preis zu bieten (in einem nicht offenen Verfahren). Anders gesagt: die Märkte stellen für die Bauunternehmer global gleichwertige Alternativen dar, worin eine Bestätigung für die Existenz eines Baumarktes zu sehen ist. Andere Bauunternehmer, insbesondere die größten Unternehmen, verfügen für alle oder die meisten großen Baukategorien über nahezu identische Kenntnisse und Fertigkeiten, über geeignete Baustoffe und Maschinen, über qualifiziertes Personal usw. Darüber hinaus nehmen die meisten dieser Anbieter — und speziell die spezialisierten oder großen Bauunternehmer — keine passive Haltung gegenüber dem Markt ein: vielmehr betreiben sie ein aktives Marketing, um sich nach Möglichkeit ein ausreichendes und regelmäßiges Auftragsvolumen zu sichern.

Die Kommission vermag auch das Argument der SPO nicht zu akzeptieren, durch die Ausschreibung werde die Dominanz der Nachfrageseite gegenüber der Angebotsseite „institutionalisiert" und folglich ein strukturelles Ungleichgewicht auf dem Markt geschaffen. Sowohl die Nachfrageseite als auch die Angebotsseite umfaßt äußerst heterogene Kategorien von Personen und Unternehmen. In vielen Fällen, vor allem wenn der Auftraggeber eine Privatperson oder ein kleines Unternehmen ist, werden die Kenntnisse und die Erfahrung der aufgeforderten Bieter das größere Gewicht haben. In anderen Fällen, vor allem wenn der Auftraggeber ein Unternehmen oder eine Behörde ist, die viele Aufträge ausschreibt, werden es in der Regel auch große Unternehmen (oder Arbeitsgemeinschaften von Unternehmen) sein, die ein Preisangebot abgeben.

Auch ist die Behauptung der SPO, die Technik der Ausschreibung führe zu künstlich niedrigen Preisen, für die Kommission nicht haltbar. Das Verfahren der Ausschreibung ist kein exklusives Merkmal der Bauwirtschaft und soll einen Vergleich von Preisangeboten erlauben. Die Ausschreibung ist das Verfahren par excellence, bei dem der Wettbewerb zum Tragen kommen können muß [1]. Um so mehr gilt dies für öffentliche Aufträge: die Richtlinie 71/305/EWG des Rates [2] sieht für den öffentlichen Auftraggeber obligatorische Verfahren vor, um eine größere Transparenz bei den ausgeschriebenen Aufträgen zu schaffen, indem alle interessierten Unternehmen in die Lage versetzt werden, sich unter vergleichbaren Bedingungen zu bewerben.

Die so für die Bieter geschaffene Chancengleichheit darf nicht durch ein System der Konzertierung zwischen den Bietern verfälscht werden, das systematisch Zusammenkünfte vor der Abgabe der Preisangebote vorsieht. Ein solches System unterhöhlt das Instrument der Ausschreibung als solches.

Schließlich vermag die Kommission nicht die Behauptung zu akzeptieren, das System der Ausschreibung führe zu ruinösem Wettbewerb. Zunächst gibt es keinen bestimmten Preis, der allein „der" wirtschaftlich gesunde Preis in einem konkreten Fall ist: ein Preis, bei dem ein Unternehmen A seine Kosten decken und eine Gewinnspanne erzielen kann, ist für dieses Unternehmen ein angemessener Preis, während der gleiche Preis für ein Unternehmen B mit höheren Kosten einen Verlust zur Folge haben könnte. Zum anderen kann, selbst wenn nicht auszuschließen ist, daß manche Bauunternehmer vor allem in Zeiten schwacher Konjunktur die Bauleistung nicht zu dem gebotenen Preis zu erbringen in der Lage sind, diese Gefahr, die auch im Sektor gewerbliche Produkte im Falle des Verkaufs mit Verlust besteht, doch nicht die Anwendung eines Konzertierungsmechanismus zwischen den Bauunternehmern rechtfertigen. Es ist Sache des Auftraggebers, ob er auf dem Verhandlungsweg versucht, den niedrigsten Preis zu erzielen, oder einen höheren Preis akzeptiert und sich gleichzeitig vergewissert, daß das Angebot hinsichtlich der anderen Angebotsbestandteile (beispielsweise Qualität, Lieferfrist usw.) das vorteilhafteste ist, soweit die öffentlichen Verdingungsvorschriften, falls anwendbar, ihm eine solche Abwägung der Vorteile erlauben.

(74) Nach Darstellung der SPO betrifft das dritte Merkmal der Bauwirtschaft die Tatsache, daß die Ausarbeitung eines Angebots in der Regel häufig hohe

(1) Siehe Urteil vom 16. Dezember 1975, Suikerunie und andere, Slg. 1975, S. 1663, Ziffer 559 ff.

(2) ABl. Nr. L 185 vom 25. 8. 1971, S. 5 (zuletzt geändert durch die Richtlinie 90/531/EWG, ABl. Nr. L 297 vom 29. 10. 1990, S. 1).

Kalkulationskosten mit sich bringt. Diese können nur dann auf den Käufer abgewälzt werden, wenn der Bieter den Auftrag erhält.

Nach Ansicht der Kommission bestehen theoretisch jedoch zwei Möglichkeiten, um die Kalkulationskosten wieder hereinzubringen: entweder vergütet der Auftraggeber gesondert die Kosten des Preisangebots, oder der Bauunternehmer bezieht diese Kosten in die Gemeinkosten seines Unternehmens ein. Die erste Möglichkeit scheidet im Prinzip insofern aus, als zivilrechtlich die Aufforderung zur Angebotsabgabe und die Abgabe eines Angebots keine vertraglichen Zahlungsverpflichtungen begründen. Die zweite Möglichkeit ist mithin die geeignete und in der gesamten Gemeinschaft generell angewendete Methode, um die Kalkulationskosten — genau wie die Werbe- und Vertriebskosten, die Bestandteil der Gemeinkosten eines Unternehmens sind — abzuwälzen.

Die SPO hat in ihrer gemeinsamen Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte die „Theorie der Transaktionskosten" geltend gemacht, der zufolge sich die Nachfrager wie die Bieter bei der Ausschreibung eines Bauwerks häufig hohen Transaktionskosten aussetzen. Auch wenn es richtig ist, daß diese Kosten hoch sein können, ist nicht erkennbar, welche rechtlichen Folgen dies haben sollte; hohe Kosten für den Nachfrager sind dessen eigenes Risiko, und hohe Kosten für den Bieter können nicht die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften des Vertrages in der Bauwirtschaft einschränken.

Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang, daß die zuständigen nationalen Behörden mehrerer Mitgliedstaaten, so die niederländischen (1) und die französischen (2) Behörden, ihr einzelstaatliches Wettbewerbsrecht auch für auf Ausschreibungsabsprachen anwendbar erklärt haben.

Die SPO führt weiter aus, der Bieter auf dem Baumarkt habe wegen der unzureichenden Transparenz der Transaktionen auf der Angebotsseite keine Möglichkeit zu einem Preisvergleich. Dies habe im Verein mit den hohen Kosten zur Folge, daß die Abgabe eines Preisangebots auf dem Baumarkt eine „wesentlich riskantere" Sache als der vergleichbare Vorgang in einem anderen Wirtschaftszweig ist.

Hierzu ist festzustellen, daß eine geringe Transparenz ein gemeinsames Merkmal aller Dienstleistungsbereiche zu sein scheint, wo insbesondere Preislisten fehlen. Im übrigen kann die Transparenz auf der Anbieterseite (anders als die Transparenz auf der Verbraucherseite) nicht als Vorbedingung für einen tatsächlichen Wettbewerb angesehen werden; eine hohe Transparenz wäre hingegen eher ein Faktor, der im Falle einer begrenzten Zahl von Bietern Anlaß zu einer unzulässigen Abstimmung geben könnte.

(1) Siehe weiter oben Randnummern 66 ff.

(2) Beschluß Nr. 89-D-34 des Conseil de la concurrence betreffend im Straßenbausektor festgestellte Absprachepraktiken, BOCCRF vom 8. 11. 1989, S. 257.

II. DER NIEDERLÄNDISCHE BAUMARKT

(75) Ohne zu behaupten, der niederländische Baumarkt sei von dem anderer Mitgliedstaaten sehr verschieden, hat die SPO dennoch eine Reihe von Faktoren angeführt, die sie als spezifisch für die Niederlande ansieht, so die Organisation der Branche und das Fehlen einer öffentlichen Regelung, die den öffentlichen Auftraggebern Verhandlungen über die gebotenen Preise untersagt. Die Kommission vermag sich der Argumentation der SPO jedoch nicht anzuschließen.

Was die Organisation der Bauwirtschaft betrifft, so ist es richtig, daß in den Niederlanden der „Hauptunternehmer" in der Regel für die Ausführung der gesamten Bauarbeiten verantwortlich ist, während die Subunternehmer unter seiner Verantwortung gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber arbeiten. Diese Situation trifft indessen nicht allein auf die Niederlande zu, da, wie die SPO selbst bestätigt hat, eine derartige Organisation auch in anderen Mitgliedstaaten, insbesondere Belgien und Frankreich, besteht.

Zu dem anderen Argument ist zu sagen, daß zwar die nationalen Regelungen einiger Mitgliedstaaten ausdrücklich oder implizit Verhandlungen nach der Zuschlagserteilung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Bewerbern oder Bietern über wichtige Elemente der Aufträge wie den gebotenen Preis beschränken oder sogar untersagen, diese Einschränkungen aber stets in eine objektive Regelung betreffend das gesamte Verhalten des öffentlichen Auftraggebers auf allen Stufen des Vergabeverfahrens eingebettet sind. Außerdem gelten diese Regelungen normalerweise nur für öffentliche Aufträge, während die von der SPO angewendeten Regelungen für alle im Wege der Ausschreibung zu vergebenden — privaten wie öffentlichen — Aufträge gelten. Im übrigen scheint die SPO in ihrem Dokument „Nähere Angaben zum Antrag auf Erteilung eines Negativattests oder auf Freistellung" (S. 35) vom 13. Juli 1989 die Notwendigkeit einer „privaten" Regelung (UPR und Ehrenkodex) auf private Bauaufträge zu begrenzen.

(76) Die SPO hat darüber hinaus eine Reihe makroökonomischer Argumente ins Feld geführt. So hat sie insbesondere behauptet, das durchschnittliche Preisniveau in der niederländischen Bauwirtschaft sei nicht höher als in den Nachbarländern, während die Rentabilität der niederländischen Bauwirtschaft selbst in Zeiten der Hochkonjunktur gering sei. Damit wollte die SPO insbesondere das in den UPR vorgesehene System der Zurückerlangung der Kalkulationskosten rechtfertigen.

Für die Kommission sind die Argumente der SPO für den Nachweis, daß die SPO-Regelungen aus den von ihr angeführten Gründen nicht unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 fallen, nicht stichhaltig, da Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen auch ohne spürbare Auswirkung auf das

Preisniveau eine Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken können. Eine etwaige positive Wirkung einer solchen Vereinbarung — insbesondere in Form eines niedrigeren Preisniveaus — kann nur unter dem Gesichtspunkt des Artikels 85 Absatz 3 berücksichtigt werden.

(77) Aus den Randnummern 71 ff. folgt, daß ungeachtet der Tatsache, daß die Bauwirtschaft gewisse spezifische Merkmale aufweist, diese es nicht rechtfertigen, die Anwendung von Artikel 85 des Vertrages auf diesen Wirtschaftssektor auszuschließen oder einzuschränken.

III. WETTBEWERBSEINSCHRÄNKENDER CHARAKTER DER VEREINBARUNG UND DER BESCHLÜSSE IM SINNE VON ARTIKEL 85 ABSATZ 1

1. Die Satzung der SPO
(vgl. Randnummern 3 und 4)

(78) Die von diesem Verfahren betroffenen Bauunternehmervereinigungen haben die Vereinigung SPO gegründet, deren Satzung eine regulierende Funktion bei der Abstimmung der Preise und Angebote auf dem Markt vorsieht. Diese Satzung stellt mithin eine Vereinbarung zwischen Unternehmensvereinigungen im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 dar, da die Gründung einer Vereinigung berufsständischer Vereinigungen (SPO) seitens miteinander im Wettbewerb stehender Unternehmen dem Abschluß einer horizontalen Kooperationsvereinbarung gleichkommt. Im vorliegenden Fall reicht der Umstand, daß Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen ein eigenständiges Rechtssubjekt gegründet haben, dem sie gewisse Reglementierungsfunktionen übertragen haben, nicht aus, damit sei nicht unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 fallen.

Die Satzung der SPO bezweckt insofern eine Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes, als sie für die in der SPO zusammengeschlossenen Vereinigungen und deren (ständige oder nicht ständige) Mitglieder die in den Randnummern 5—13 und 24—61 beschriebenen Regelungen zwingend vorschreibt. Diese Regelungen, die selbst Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 darstellen, bezwecken oder bewirken insofern eine Einschränkung und Verfälschung des Wettbewerbs, als die darauf abzielen,

— einen Informationsaustausch vor der Abgabe von Preisangeboten zu organisieren,

— die Preisangebote abzustimmen und mittel- oder unmittelbar alle Verkaufspreise und sonstigen Konditionen der Bauaufträge oder einen Teil dieser Preise und Konditionen festzusetzen;

— den Nachfragemarkt durch Vorabbenennung der Unternehmen, die den Zuschlag erhalten sollen, durch Schutz des berechtigten Unternehmens sowie durch die Rücktritts- oder Präferenzmöglichkeiten unter den nachstehenden Bedingungen auf ihre Mitglieder aufzuteilen.

2. Die im Rahmen der SPO gefaßten Beschlüsse

A. *Einschränkung des Wettbewerbs zwischen den der SPO angeschlossenen Bauunternehmern*

(79) 1. Anzeige der Absicht zur Abgabe eines Preisangebots
(vgl. Randnummer 24)

Der Anzeigemechanismus bezweckt insofern eine Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs, als das anmeldende Unternehmen sich verpflichten muß, seine Handlungsfreiheit gegenüber seiner Wettbewerbern und gegenüber dem Bauherrn einzuschränken.

So verzichten die Mitglieder des Kartells ab der Bekanntgabe ihrer Absicht, ein Angebot abzugeben, auf ein unabhängiges Verhalten. Diese Beschränkung wird durch das den Mitgliedern in den UPR auferlegte Verbot verstärkt, sich von den Verpflichtungen aus dieser berufsständischen Regelung zurückzuziehen, es sei denn, das anzeigende Unternehmen bleibt (vorbehaltlich der Billigung und Kontrolle durch das Büro) der einzige Bieter.

Die Bekanntgabe der Zahl der zur Teilnahme an der ersten Sitzung einzuladenden Wettbewerber verstärkt diese Einschränkung weiter, weil die Teilnehmer dadurch insbesondere die zu erwartenden Preiszuschläge vorhersehen und ihr Verhalten dementsprechend planen können.

(80) 2. Einigung über die grundsätzliche Frage der Benennung eines Berechtigten (vgl. Randnummer 26)

Mit der Bestimmung, wonach die Versammlung der Unternehmer aus ihren Reihen das Unternehmen benennen kann, das als „berechtigtes Unternehmen" das ausschließliche Recht erhält, mit dem Bauherrn die Konditionen des Auftrags auszuhandeln, wird bezweckt, diesen Unternehmer vor dem Wettbewerb der anderen Teilnehmer zu schützen.

In Wirklichkeit beruht die Benennung des Berechtigten auf dem gemeinsamen Beschluß der Bieter, die Angebote als vergleichbar anzusehen oder vergleichbar zu machen.

Nur in wenigen Fällen beschließt die Versammlung der Unternehmer, auf die Benennung eines Berechtigten zu verzichten, womit ein unverfälschter Wettbewerb einsetzen kann. Die Konzertierung zwischen den Unternehmen, die zur Benennung oder Nichtbenennung eines Berechtigten führt, stellt indessen zweifelsfrei eine Einschränkung der individuellen Chancen der an der SPO-Organisation teilnehmenden Unternehmen, was die Erlangung des Auftrags betrifft, dar.

(81) 3. Vergleich der Kostenbestandteile des Auftrags (vgl. Randnummer 27)

Die Kostenelemente zur Berechnung der Blankozahlen werden auf der Versammlung der Unternehmer verglichen. Obgleich nach der (weiter oben in Randnummer 16 erwähnten) SPO-Broschüre „die Blankozahl das von einem Unternehmer in Aussicht genommene Preisangebot auf der Basis seiner eigenen Einschätzung" ist, wird diese Blankozahl de facto von jedem Teilnehmer auf der Sitzung unter anderem auf der Grundlage von zwischen Wettbewerbern ausgetauschten Informationen festgelegt. Die Abschätzung erfolgt somit anhand von Informationen, die nicht alle unabhängig und autonom auf dem Markt beschafft worden sind. Wie die Ermittlungen der Kommission zeigen, bietet die Sitzung jedem teilnehmenden Unternehmer Gelegenheit, nicht nur die für die Kosten seiner Wettbewerber und für die vom Bauherrn zu treffende Wahl maßgeblichen Elemente zu berücksichtigen, sondern auch Informationen über verschiedene den Auftrag umgebende Bedingungen wie eine etwaige Beteiligung von „Außenseitern" und Besonderheiten des betreffenden Auftrags, die ohne diesen Informationsaustausch möglicherweise nicht zugänglich gewesen wären.

Durch diese Abstimmung wird der Wettbewerb zwischen den Teilnehmern verhindert oder zumindest verfälscht und eingeschränkt. Die Abstimmung bezweckt, die einem eigenständigen Wettbewerbsverhalten innewohnenden Unwägbarkeiten soweit wie möglich auszuschalten.

(82) 4. Einreichung der Blankozahlen (vgl. Randnummer 28)

Die von jedem Teilnehmer erstellten Blankozahlen werden dem Vorsitzenden der Sitzung überreicht.

Die Rangfolge dieser Blankozahlen bestimmt auch die Rangfolge der endgültigen Preisangebote der Teilnehmer (außer im Falle eines Rücktritts und einer Präferenzzuerkennung). Außerdem können abgegebene Blankozahlen nicht mehr geändert werden.

Indem die Teilnehmer mithin auf einer gemeinsamen Basis Blankozahlen festlegen, die ihrerseits für die Rangfolge der endgültigen Preise maßgebend sind, ersetzen sie die Risiken des Wettbewerbs durch eine praktische Zusammenarbeit untereinander. Da die ursprüngliche Rangfolge garantiert ist, gehen die Teilnehmer im Verhältnis zueinander keinerlei Risiko, was etwaige Preiserhöhungen betrifft, ein. Die wettbewerbseinschränkende Wirkung dieser Zusammenarbeit wird noch durch das Verbot verstärkt, ein alternatives Preisangebot zu unterbreiten, wenn die Versammlung nicht zuvor von dieser Absicht unterrichtet wurde und darüber befinden konnte.

(83) 5. Rücktrittsrecht (vgl. Randnummer 29)

Ein etwaiger Beschluß zum Rücktritt wird in voller Kenntnis der Blankozahlen aller anderen Teilnehmer gefaßt.

Mithin kann jeder Teilnehmer nur dank dem Informationsaustausch im Rahmen des Kartells (anläßlich der Sitzung) Kenntnis von den Preisabsichten seiner Wettbewerber erhalten und anhand eines Vergleichs dieser Preise gegebenenfalls beschließen, seinen eigenen ursprünglichen Preis nicht aufrechtzuerhalten.

Damit werden die normalen Wettbewerbsbedingungen künstlich so verändert, daß die Teilnehmer einen Beschluß zur Aufrechterhaltung oder zur Rücknahme ihres Angebots fassen können, den sie ohne diese Konzertierung nicht hätten fassen können, da ein solcher Vergleich nur dem Bauherrn möglich gewesen wäre.

(84) Obgleich die von dieser Entscheidung betroffenen Parteien in der Anmeldung und in ihrer gemeinsamen Erwiderung auf die Beschwerdepunkte erklärt haben, daß das Rücktrittsrecht nur im Falle eines offenkundigen und gravierenden Rechenfehlers ausgeübt wird, sehen die UPR keinerlei besondere Bedingung für die Ausübung dieses Rechts vor. Das in dieser Erwiderung vorgebrachte Argument, der Rücktrittsmechanismus finde nur in solchen Fällen Anwendung, ist nicht überzeugend und wird im übrigen von den im Laufe des Verfahrens eingezogenen Auskünften widerlegt. So zeigen diese Auskünfte Beispiele, in denen ein Preis aus anderen Gründen, beispielsweise mangelndes Interesse, zurückgenommen wurde.

Die Möglichkeit einer Preisrücknahme nach Maßgabe eines Vergleichs der Blankozahlen bestätigt im übrigen die Schlußfolgerung, daß diese Zahlen auch auf der Grundlage preisbestimmender wirtschaftlicher oder finanzieller Informationen, die zwischen den Sitzungsteilnehmern ausgetauscht werden, festgelegt werden.

Die Ausübung des Rücknahmerechts hat zur Folge, daß durch den Rücktritt von Unternehmern, die dieses Recht in Anspruch nehmen, den Bauherren andere Preisangebote zugehen, als dies ohne die Konzertierung der Fall gewesen wäre, wodurch es letztlich zu einer anderen Zuschlagserteilung als bei einem System, wo die Bauunternehmer ihr Angebot eigenständig einreichen, kommt.

(85) 6. Präferenz (vgl. Randnummer 30)

Mit dem Präferenzsystem soll die anfängliche Rangfolge der Preisangebote so geändert wer-

den, daß an die Stelle des Bieters mit dem in der „ersten Runde" niedrigsten Preisangebot der Bieter tritt, dem die Präferenz zugestanden wurde.

Diese Bestimmung bezweckt also eine Verstärkung der Zusammenarbeit zwischen Bauunternehmern auf Kosten eines echten Wettbewerbs. Das System erlaubt es den Teilnehmern, die Aufträge aufzuteilen. Der Auftraggeber erhält somit Angebote, deren Struktur zwar der Preis-Rangfolge, wie sie anläßlich der „Blankopreisrunde" ermittelt wurde, entspricht, wo aber die hinter diesen Angeboten stehenden Unternehmen aufgrund einer Abstimmung zwischen den Mitgliedern des Kartells ausgetauscht werden können. Ein solcher Austausch der Bieter wäre in einem Wettbewerbssystem, bei dem jedes bietende Unternehmen allein für sein Angebot verantwortlich ist, nicht möglich.

(86) 7. Preiszuschläge
(vgl. Randnummern 31—37)

Die gemeinsame Festsetzung von Preiszuschlägen stellt eine unmittelbare Festsetzung der Verkaufspreise oder zumindest eines Teils dieser Verkaufspreise im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 Buchstabe a) dar. Außerdem führen diese Preiserhöhungen zu Zuschlagsergebnissen, die nicht mit den Ergebnissen identisch sind, zu denen es hätte kommen können, wenn jeder Teilnehmer seinen Angebotspreis unabhängig festgesetzt hätte.

Da die Wahrung der Rangfolge der Blankozahlen grundsätzlich garantiert ist, gehen die Teilnehmer gegenseitig kein Risiko ein, wenn jeder von ihnen seine Blankozahl um die vorgesehenen Zuschläge erhöht.

Durch dieses System wird es den leistungsstärksten Unternehmern mit den niedrigsten Planungs- und Kalkulationskosten verwehrt, aus diesem Vorteil Nutzen zu ziehen, da die — pauschalen — Preiszuschläge die individuelle Situation jedes Teilnehmers nicht berücksichtigen. Dagegen werden die am wenigsten leistungsfähigen Unternehmen vor Wettbewerb geschützt und verlieren mithin jeden Anreiz, ihre Produktivität zu erhöhen.

Die wettbewerbseinschränkende Wirkung dieses Systems wird noch dadurch verstärkt, daß der Wert der vom Bauherrn oder von Dritten zu stellenden Baustoffe und/oder auszuführenden Bauleistungen bei der Berechnung des Grundbetrags berücksichtigt wird, anhand dessen die Kalkulationskostenvergütung ermittelt wird.

(87) Zusätzlich bewirken die abgestimmten Preiszuschläge, daß die Unternehmen veranlaßt werden, Pro-forma-Preisangebote abzugeben, die lediglich bezwecken, den umgelegten Betrag der an die SPO abgeführten Summen wieder hereinzuholen, daß aber auch die Bauherren veranlaßt werden, nur eine sehr kleine Zahl von Bauunternehmern zur Preisabgabe aufzufordern, da sie für jeden Auftrag die Kalkulationskosten aller Bieter zu tragen haben.

Ein solches System bewirkt eine Begrenzung der Zahl der Bieter für jeden Auftrag und damit eine Einschränkung des Wettbewerbs im Bausektor.

Der Gesamtbetrag der auf diese Weise innerhalb der SPO-Organisation in den in Randnummer 6 definierten Sektoren des Baumarktes beschlossenen Preiserhöhungen ist beachtlich, lag er doch für die Zeit 1987—1988 bei jährlich schätzungsweise 300 Millionen hfl (ohne MwSt.) für Kalkulationskosten und bei 100 Millionen hfl (ohne MwSt.) für Branchenumlagen (wovon mehr als 50 % zur Deckung der Verwaltungskosten des Kartells — Büros und SPO — dienen).

(88) 8. Abgestimmte Festsetzung der Preise für die endgültigen Angebote
(vgl. Randnummer 38)

Die abgestimmte Festlegung der von den Bauunternehmern abzugebenden Preisangebote stellt ebenfalls eine Einschränkung des Wettbewerbs zwischen den an der Sitzung teilnehmenden Bietern im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 dar.

Zwar werden die Preise in den endgültigen Preisangeboten so festgelegt, daß die Rangfolge der Blankozahlen (außer bei Änderungen durch Rücktritt oder Präferenzzuerkennung) gewahrt bleibt. Diese endgültigen Preise ergeben sich aber nicht aus einer einfachen Addition der oben genannten Preiszuschläge mit den Blankozahlen. So können die höchsten Preise, die sich aus einer solchen Addition ergeben würden, durch eine globale Herabsetzung (selbst bis zu einem Niveau, das unter den entsprechenden Blankozahlen liegt) geändert werden, damit dem Bauherrn keine zu großen Preisunterschiede präsentiert werden.

Mit dieser Maßnahme soll die Gefahr ausgeschaltet werden, daß bestimmte als „zu teuer" geltende Bieter bei späteren Aufträgen (im nicht offenen oder im freihändigen Verfahren) von vornherein nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert werden.

Dagegen können bei der Zuerkennung einer Präferenz an einen Unternehmer die endgültigen Preise der übrigen Teilnehmer so erhöht werden, daß die Unterschiede innerhalb des gesamten Preisangebotspakets die Position des Unternehmers, dem die Präferenz zuerkannt worden ist, stärken.

In beiden Fällen schränkt das System der UPR die Wahlfreiheit der Auftraggeber ein und verfälscht deren Wahl. Durch die Abgabe dergestalt abgestimmter und im voraus festgesetz-

ter endgültiger Preisangebote erhält der Auftraggeber eine verzerrte Information über das Preisniveau, die ihn über die tatsächliche Markt- und Angebotslage (auch hinsichtlich des Vergleichs der von Außenseitern gebotenen Preise) täuscht und außerdem zu gravierenden Fehleinschätzungen im Hinblick auf spätere Ausschreibungen oder freihändig zu vergebende Aufträge führen kann.

(89) Die gleiche Wertung gilt für die abgestimmte Festsetzung der Preise für bestimmte Auftragsteile und der Stückpreise, da diese Preise, wenn die Versammlung der Bauunternehmer dies für notwendig erachtet, für jeden teilnehmenden Bauunternehmer so festgesetzt werden, daß die Position des Unternehmens, das das niedrigste Preisangebot machen wird, gesichert bleibt. Dies hält den Auftraggeber davon ab, einen Bauauftrag in mehrere Einzellose aufzuteilen oder den gesamten Auftrag einem anderen Unternehmer, der das niedrigste Preisangebot gemacht hat, zuzuschlagen.

(90) Die Ermittlungen der Kommission haben gezeigt, daß sich die Konzertierung zwischen den Bauunternehmern auch auf andere Auftragskonditionen als den Preis und die Preisbestandteile, beispielsweise auf die im Preisangebot anzugebende Ausführungsfrist, erstrecken kann.

(91) Schließlich stellt auch die Konzertierung über den Inhalt der von den Bauunternehmern mit ihrem Preisangebot zu erteilenden Informationen über die Preisbestandteile und über die Preiszuschläge eine Einschränkung des Wettbewerbs dar, da sie bezweckt, den Vergleich der Angebote zu verfälschen. Die Ermittlungen der Kommission haben gezeigt, daß dem Bauherrn nicht selten absichtlich irreführende Informationen gegeben werden.

(92) Schließlich stellt die im System der UPR festgeschriebene konzertierte Festlegung der Preisangebote als solche eine Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 Buchstabe a) dar.

Nach Auffassung der Kommission ist die abgestimmte Festsetzung der Preise für bestimmte Auftragsteile, der Stückpreise, der Preisbestandteile sowie der anderen Auftragskonditionen und des Inhalts der dem Bauherrn in den Preisangeboten zu gebenden ergänzenden Informationen nicht in einem ursächlichen Zusammenhang mit der abgestimmten Festsetzung der endgültigen Preise zu sehen, wie sie in den UPR vorgesehen ist. Vielmehr handelt es sich um davon unabhängige Wettbewerbseinschränkungen, die sich, selbst wenn sie nicht ausdrücklich in den UPR vorgesehen sind, zwangsläufig aus der Festsetzung der endgültigen Preise ergeben und gewissermaßen eine Ergänzung darstellen.

(93) 9. Schutz des Berechtigten
(vgl. Randnummern 39—41 und 52—59)

Die Benennung eines Berechtigten stellt als solche eine Verhinderung oder zumindest Verfälschung und Einschränkung des Wettbewerbs dar. Letztendlich ist es die Versammlung der Bieter, die entscheidet, ob die Angebote vergleichbar sind oder nicht, d. h. ob der Nachfrager seine Nachfrage jedem zur Angebotsabgabe aufgeforderten Bieter gegenüber gleich formuliert hat. Durch die Benennung eines Berechtigten wird die Wahlfreiheit des Auftraggebers und dessen Möglichkeit, mit mehreren Bietern zu verhandeln, durch eine von den Bietern gemeinsam getroffene Entscheidung ersetzt, die für den Auftraggeber insofern zwingend ist, als sie verhindert, daß der Wettbewerb auf die verschiedenen Unternehmer, die ein Angebot eingereicht haben, ausgedehnt wird.

Desgleichen wird den Wettbewerbern des Berechtigten das Recht verwehrt, nach Abgabe der Preisangebote mit dem Bauherrn zu verhandeln.

Im Falle nicht gleichzeitiger Preisangebote soll mit diesem System verhindert werden, daß die Wettbewerber ein Preisangebot machen, das unter dem vom Berechtigten gebotenen Preis liegt.

Dieses System begründet für den Berechtigten auf zwei bzw. fünf Jahre hinaus ein befristetes Monopol für einen bestimmten Auftrag und verhindert damit, daß der Wettbewerb zum Tragen kommt.

Beschließt der Bauherr, den Auftrag aus irgendeinem Grund nicht zu vergeben und eine neue Ausschreibung zu veranstalten oder einen Auftrag freihändig zu vergeben, so macht das System des Schutzes des Berechtigten seine Wahlfreiheit völlig illusorisch und verhindert in Wirklichkeit einen Wettbewerb zwischen den Bauunternehmern.

(94) Bezüglich des in den UPR und im Ehrenkodex vorgesehenen Systems des Schutzes des Berechtigten wird in der gemeinsamen Erwiderung auf die Beschwerdepunkte behauptet, mit den fraglichen privatrechtlichen Regelungen (die die Beziehungen zwischen den Bauunternehmern regeln) werde das gleiche Ziel wie mit den in anderen Mitgliedstaaten als den Niederlanden geltenden öffentlichen Regelungen und der Gemeinschaftsregelung der Richtlinie 71/305/EWG (die das Verhalten der öffentlichen Auftraggeber regelt) verfolgt. Folglich könne dieses privatrechtliche System nicht als im Widerspruch zu Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages stehend bezeichnet werden.

Außerdem wird von den von dieser Entscheidung betroffenen Parteien behauptet, das

System bezwecke lediglich, die für einen tatsächlichen und wirksamen Wettbewerb auf dem Baumarkt günstigsten Bedingungen zu schaffen und einen ruinösen Wettbewerb zu verhindern.

(95) Die Kommission vermag dieser Argumentation nicht zu folgen. Die gemeinschaftlichen und nationalen Regelungen, auf die sich die SPO bezieht, sind aus den bereits in Randnummer 75 genannten Gründen mit dem System des Schutzes des Berechtigten, das alle für das Verhalten der öffentlichen Auftraggeber maßgeblichen Elemente außer acht läßt, nicht vereinbar.

Im übrigen vermochte die SPO nicht nachzuweisen, daß der öffentliche Auftraggeber in dem Fall, daß es keinen Schutz des Berechtigten geben würde, die Preisangebote „herunterzuhandeln" versuchen würde. Auch konnte sie keine Beweise für den angeblich ruinösen Charakter des ohne den Schutz eines Berechtigten entstehenden Wettbewerbs beibringen.

(96) 10. Rückzahlung der vereinnahmten Preiszuschläge
(vgl. Randnummern 42—46)

Das System der Rückzahlung der als Kalkulationskostenvergütung und Branchenumlagen vereinnahmten Beträge und die Modalitäten dieses Systems bezwecken oder bewirken insofern eine Einschränkung oder zumindest eine Verfälschung des Wettbewerbs, als die Unternehmer, die die Aufträge erhalten, von der Rückzahlung dieser Zuschläge weit mehr profitieren als ihre Wettbewerber, die den Zuschlag nicht erhalten. Ihre Wettbewerbsstellung wird damit künstlich verbessert.

(97) 11. Kontrolle der Einhaltung der Verpflichtungen aus den UPR
(vgl. Randnummern 47 und 48)

Die Bestimmungen der UPR und des Ehrenkodex (einschließlich der Disziplinarvorschriften) betreffend die Verhängung von Sanktionen bei Nichtbeachtung der sich aus diesen Regelungen ergebenden Verpflichtungen bezwecken unter anderem, die von den Teilnehmern der SPO-Organisation (einschließlich Mitgliedervereinigungen) übernommenen wettbewerbseinschränkenden Verpflichtungen zu stärken.

B. *Maßnahmen zum Schutz der SPO-Organisation gegen nicht angeschlossene Bauunternehmer*
(vgl. Randnummern 49—51)

(98) Der systematische Informationsaustausch innerhalb der SPO-Organisation über die nicht angeschlossenen Bauunternehmer wie auch die abgestimmte Reaktion der SPO auf Außenseiter-Angebote stellen Praktiken dar, die eine Verhinderung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 bezwecken.

So kann dank dem Informationsaustausch innerhalb der SPO-Organisation ein häufig wirksamer Druck auf nicht angeschlossene Unternehmen ausgeübt werden, um sie dazu zu bringen, sich mehr oder weniger permanent den UPR zu unterwerfen.

Dieser Druck wird sowohl auf Unternehmen ausgeübt, die durch den Ehrenkodex gebunden, aber nicht der SPO-Organisation angeschlossen und somit grundsätzlich nur zur Anzeige ihrer Preisangebotsabsicht und zur Anerkennung der Position des Berechtigten verpflichtet sind, als auch auf von der SPO-Organisation völlig unabhängige Unternehmen, die somit weder den Regeln des Ehrenkodex noch denen der SPO unterliegen.

Dank dem Informationsaustausch auf der vom Büro veranstalteten Sitzung der Bauunternehmer können diese außerdem bei der Umwandlung der Blankozahlen in endgültige Zahlen das Risiko einer etwaigen Außenkonkurrenz einkalkulieren, was sie veranlassen kann, von der Benennung eines Berechtigten und/oder von den in den Randnummern 31—37 beschriebenen Preiserhöhungen abzusehen. Umgekehrt kann die Versammlung, wenn keine Gefahr eines Wettbewerbs bekannter Außenseiter zu bestehen scheint, sich veranlaßt sehen, die Blankozahlen um den maximalen Zuschlagsbetrag zu erhöhen.

(99) Ein der SPO-Organisation nicht angeschlossener Bauunternehmer, der ein Preisangebot abgeben möchte, kann seine wirtschaftliche Wettbewerbsfähigkeit nicht im normalen Rahmen eines zersplitterten Angebots abschätzen, sondern steht einem abgestimmten und flexiblen Angebot gegenüber, das geeignet ist, seine Markteintrittsmöglichkeit zu begrenzen oder zu vereiteln.

Die Position eines der SPO-Organisation nicht angeschlossenen ausländischen Bauunternehmers wird noch dadurch erschwert, daß er am niederländischen Baumarkt in der Regel nur im Rahmen einer Zusammenarbeit mit einem in diesem Mitgliedstaat ansässigen Bauunternehmer teilnimmt, der in der Regel durch die UPR gebunden ist und mithin den Mechanismus des Kartells zu beachten hat.

Diese Einschränkung ist um so spürbarer, als die SPO-Organisation der Bauunternehmer einen strikten Schutz der von ihr benannten Berechtigten organisiert und wegen der an das Kartell zurückfließenden abgestimmten Preiszuschläge über beträchtliche wirtschaftliche Mittel verfügt.

Wie bei den Ermittlungen der Kommission festgestellt wurde, konnten nur sehr wenige Aufträge, die Gegenstand einer Abstimmung in der SPO-Organisation gewesen waren, von Unternehmen, die dem Kartell nicht angeschlossen waren, hereingeholt werden. Die Zahl dieser Aufträge ist in den einzelnen Bausektoren und geographischen Gebieten unter-

schiedlich (0,7 % bis 10,5 % der Zahl der Aufträge mit SPO-Abstimmung und 0,8 % bis 6,6 % des Wertes dieser Aufträge).

C. *Behandlung der freihändig vergebenen Aufträge* (vgl. Randnummern 60 und 61)

(100) Ein Bauherr, der einen mit einem einzigen Bauunternehmer freihändig ausgehandelten Vertrag vergibt, hat gleichwohl die Folgen der von der SPO-Organisation aufgezwungenen Wettbewerbseinschränkungen zu tragen, da die Bauunternehmer sich gegen die Gefahr, daß sie 3 % des Baupreises zurückzuzahlen haben, wenn ihnen das Büro der SPO nachträglich mitteilt, daß der Bauherr auch andere Unternehmer konsultiert hatte, durch eine entsprechende Erhöhung des Preises in ihrem Angebot schützen müssen.

Dieser Mechanismus (der auch im Bereich der Auftragsuntervergabe anzutreffen ist; vgl. Randnummern 55—59) bewirkt somit eine generelle und einheitliche Erhöhung aller Preise bei freihändig zu vergebenden Aufträgen, gleich, ob diese mit einem oder mehreren Bauunternehmern ausgehandelt werden.

Bei den Ermittlungen der Kommission konnte in sehr vielen Fällen der Anwendung der obigen Regelung festgestellt werden, daß die Bauunternehmer den verschiedenen Büros nachträglich 3 % des Auftragspreises zu erstatten hatten.

D. *Schlußfolgerung*

(101) Die vorstehend aufgezeigten Wettbewerbsbeschränkungen ergeben sich sowohl aus den einzelnen Bestandteilen des Systems als auch aus dem System als Ganzes. Die SPO hat selbst betont, daß ihre Regelungen eine Gesamtheit darstellen und daß der Schutz des Berechtigten und die Umlage der Kalkulationskosten davon die wichtigsten Teile bilden. Diese Einschränkungen sind insofern spürbar, als nahezu alle im Wege der Ausschreibung vergebenen Bauaufträge in den Niederlanden den SPO-Regelungen unterliegen. Wie in Randnummer 87 ausgeführt, ist der Gesamtbetrag der im Rahmen der SPO vereinbarten Preiszuschläge alles andere als unbedeutend. Entscheidend ist die kumulative Wirkung sämtlicher unter die SPO-Regelungen fallender Bauaufträge.

IV. BEEINTRÄCHTIGUNG DES INNERGEMEINSCHAFTLICHEN HANDELS

(102) Nach den obigen Ausführungen vertritt die Kommission die Auffassung, daß die Durchführung der UPR wie auch der früher bestehenden ähnlichen Regelungen und die Anwendung des Ehrenkodex geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten in folgender Weise zu beeinträchtigen:

1. Auswirkung auf das Angebot aus anderen Mitgliedstaaten

A. *Verflechtung der Baumärkte*

(103) Die Kommission möchte zunächst darauf hinweisen, daß der Markt für in einem Mitgliedstaat der Gemeinschaft ausgeschriebene öffentliche und private Bauaufträge nicht den in diesem Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmen vorbehalten ist und vorbehalten werden darf. Im übrigen sind, soweit es sich um öffentliche Bauaufträge handelt, die Mitgliedstaaten aufgrund von Richtlinien (beispielsweise Richtlinie 71/305/EWG des Rates) verpflichtet, diese Märkte den Unternehmen aller Mitgliedstaaten zu öffnen.

(104) Im Bausektor ist die Verflechtung der Märkte der einzelnen Mitgliedstaaten noch relativ schwach ausgeprägt, aber dennoch real [1]. Was diese Verflechtung begrenzt, sind unter anderem die derzeitigen spezifischen Bedingungen des Baumarktes wie die je nach Mitgliedstaat unterschiedlichen Bauvorschriften und Baunormen und die besonderen Merkmale der Bauunternehmen. Diese Faktoren sind an sich aber nicht geeignet, eine solche Verflechtung zu verhindern.

(105) Die SPO hat in der gemeinsamen Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte geltend gemacht, die Festsetzung des in der Richtlinie 71/305/EWG vorgesehenen Schwellenwertes lasse erkennen, daß ein etwaiges Interesse der Bauunternehmen an in einem anderen Mitgliedstaat vergebenen Aufträgen, deren Wert unter dieser Schwelle — gegenwärtig 5 Millionen ECU — liegt, für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes irrelevant wäre. Ferner machte sie geltend, die Zahl der unter ihre Regelungen fallenden ausgeschriebenen Bauaufträge, deren Wert den Schwellenwert von 5 Millionen ECU überschreitet, sei zu gering, als daß das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes davon beeinflußt würde. Für die Jahre 1987 und 1988 zusammen betrage die Zahl dieser Aufträge nur 199, was 0,35 % der Gesamtzahl der von der SPO in diesem Zeitraum „behandelten" Aufträge entsprechen würde.

Die Kommission vermag dieser Auffassung nicht zu folgen. Zum einen hat die Nichtanwendbarkeit der Richtlinie 71/305/EWG nicht die Nichtanwendbarkeit der Wettbewerbsvorschriften des Vertrages zur Folge, da es sich um zwei verschiedene Kategorien von Rechtsnormen handelt, die zwar parallele, aber getrennte Ziele verfolgen. Zum anderen ist die Frage,

[1] „Estimates in the EEC construction business indicate that at the most 5 % of all construction activities within the countries of Europe are exported, respectively imported, and that it will remain like this"; Dutch export opportunities on EC-market up to the year 2000 — prospect for the Dutch construction sector in the EC single market, von Prognos Basel (S. 4) — Bericht im Auftrag des Niederländischen Wirtschaftsministeriums, Januar 1989.

ob der innergemeinschaftliche Handel durch diese Wettbewerbseinschränkungen fühlbar oder nicht fühlbar beeinträchtigt wird, nicht allein anhand der Zahl der betreffenden Einzelaufträge, sondern nach dem Gesamtwert, den diese Aufträge darstellen, zu beurteilen. Nach Aussage der SPO anläßlich der Anhörung vom 12. Juni 1990 machen die besagten 199 Aufträge mehr als 23 % des Gesamtwerts aus, was alles andere als ein „unbedeutender" Prozentsatz ist. Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß der Schwellenwert von 5 Millionen ECU erst mit der Richtlinie 89/440/EWG des Rates [1], also nach dem von der SPO berücksichtigten Zeitraum, eingeführt worden ist. In diesem Zeitraum betrug der Schwellenwert noch 1 Million ECU.

B. *Beteiligung ausländischer Unternehmen an der SPO-Organisation*

(106) Nachdem die SPO in ihrer Anmeldung vom 13. Januar 1988 erklärt hatte, für die Teilnahme von Bauunternehmen anderer Mitgliedstaaten am niederländischen Markt lägen keine statistischen Daten vor, hat sie dennoch Zahlen über die Teilnahme ausländischer Unternehmen an den 1987 von zwei als repräsentativ geltenden Büros veranstalteten Sitzungen mitgeteilt. Bei diesen beiden Büros handelt es sich um das Büro ZNAV (Sektoren Hochbau und Wasserbau, Südregion) und das Büro WAC (Straßenbau und Fahrbahnmarkierung, gesamtes Landesgebiet).

Die Daten lauten:

— ZNAV: 5 200 Aufträge waren Gegenstand einer Sitzung, davon 32 mit ausländischer Teilnahme. Diese Zahl entspricht 5,9 % (117 Millionen hfl) des Gesamtwerts der Aufträge;

— WAC: 6 900 Aufträge waren Gegenstand einer Sitzung, davon 19 mit ausländischer Teilnahme (77 Millionen hfl = 3,5 % des Gesamtwerts der Aufträge).

Nach Aussage der von dieser Entscheidung betroffenen Parteien in ihrer gemeinsamen Erwiderung auf die Beschwerdepunkte waren für die Jahre 1986—1988 (bis 1. Oktober) 241 Aufträge mit ausländischer Beteiligung Gegenstand einer Sitzung im Rahmen der SPO-Organisation (1 172 Millionen hfl oder 3,6 % des Gesamtwerts dieser Aufträge).

Darüber hinaus hatte die Teilnahme ausländischer Unternehmen an den Sitzungen nur in einer noch wesentlich geringeren Zahl von Fällen für diese Unternehmen ein positives Ergebnis.

(107) Obschon diese Angaben nicht die gesamte Bautätigkeit von Unternehmen anderer Mitgliedstaaten in den Niederlanden (wie die freihändig oder im Wege der Auftragsuntervergabe vergebenen Aufträge sowie die im Wege der Ausschreibung an ein ausländisches Außenseiter-Unternehmen vergebenen Aufträge) umfassen, bestätigen sie doch die Realität der Verflechtung der Märkte.

Die verglichen mit der Bautätigkeit aller in den Niederlanden (oder generell in einem Mitgliedstaat) niedergelassenen Bauunternehmer geringe Verflechtung erklärt sich durch die besonderen Merkmale des betreffenden Marktes und des betreffenden Produkts.

Unter dem Gesichtspunkt der Anwendung des Artikels 85 EWG-Vertrag kann dies nicht als Beweis dafür angesehen werden, daß es nur einen unbedeutenden innergemeinschaftlichen Handel gibt. Im Gegenteil: die oben beschriebenen einschränkenden Praktiken sind um so wettbewerbsschädlicher, als sie in einem Raum relativ begrenzter Verflechtung der nationalen Märkte zum Tragen kommen und damit den innergemeinschaftlichen Handel desto empfindlicher beeinträchtigen.

(108) Die Prüfung der bei den Ermittlungen eingeholten Auskünfte zeigt, daß etwa 150 Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten mehr oder weniger permanent den UPR beitreten. Zu diesen Unternehmen, die überwiegend in Deutschland und Belgien niedergelassen sind, gehören sämtliche führenden deutschen und belgischen Bauunternehmen; die übrigen Unternehmen sind französische, luxemburgische oder italienische Unternehmen. Gelegentlich teilt die Bauwirtschaftskammer in Antwerpen (bzw. eine bei dieser Gewerbekammer eingesetzte Organisation) einem SPO-Büro mit, wenn ein den UPR beigetretenes belgisches Unternehmen in den Niederlanden ein Preisangebot abzugeben beabsichtigt.

C. *Stellung der ausländischen Außenseiter-Unternehmen*

(109) Ganz allgemein müssen Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten, die an einem Bauauftrag in den Niederlanden zwar interessiert sind, eine Mitgliedschaft in der SPO-Organisation aber ablehnen, neben den durch die geographische Entfernung bedingten natürlichen Markteintrittshemmnissen noch mit dem beträchtlichen zusätzlichen Hemmnis kämpfen, das sich aus der Existenz dieser niederländischen Organisation ergibt, in der nahezu alle niederländischen Bauunternehmen, soweit sie sich für ausgeschriebene Bauaufträge interessieren, zusammengeschlossen sind und der selbst Bauunternehmer anderer Mitgliedstaaten beitreten. Sie haben es mithin nicht mehr mit einem fragmentierten und multiplen, sondern mit einem abgestimmten und kollektiven und dementsprechend schwieriger aus dem Feld zu schlagenden Konkurrenzangebot zu tun.

Indem die von der SPO geschaffenen Mechanismen die öffentlichen und die privaten Auftraggeber de facto davon abhalten, das offene Ausschreibungsverfahren zu wählen, bewirken sie eine zumindest

[1] ABl. Nr. L 210 vom 21. 7. 1989, S. 1.

indirekte Einschränkung der Möglichkeiten einer Teilnahme am niederländischen Markt für die Bauunternehmer anderer Mitgliedstaaten.

D. *Spürbare Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten*

(110) Nach Auffassung der Kommission wird der Handel zwischen Mitgliedstaaten durch die oben beschriebenen Vereinbarungen und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen spürbar beeinträchtigt. Im vorliegenden Fall wird der Handel zwischen Mitgliedstaaten allein schon durch die Art dieser Regelungen beeinflußt, da die UPR nur dann wirksam funktionieren können, wenn alle (oder nahezu alle) für eine Mitgliedschaft in Betracht kommenden Unternehmen dem Kartell tatsächlich beitreten. Deshalb stehen die UPR auch den Unternehmen der anderen Mitgliedstaaten offen.

Die SPO und ihre Mitgliedsvereinigungen werben bei diesen Unternehmen für einen Beitritt zum Kartell.

(111) Die Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels ist in diesem Kontext um so spürbarer, als im vorliegenden Fall die SPO-Organisation nahezu alle niederländischen Bauunternehmer, die an Bauausschreibungen interessiert sind, als Mitglied zählt und nahezu das gesamte Spektrum dieser Märkte abdeckt.

Hinzu kommt, daß ein Bauunternehmen eines anderen Mitgliedstaats, das in den Niederlanden tätig werden möchte, aus verschiedenen praktischen Gründen von Fall zu Fall oder auf einer mehr ständigen Basis mit einem niederländischen Partner zusammenzuarbeiten versuchen wird. Da dieser niederländische Partner in der Regel den UPR beigetreten ist, kann sich das Unternehmen aus dem anderen Mitgliedstaat der Anwendung der UPR nicht entziehen.

2. **Auswirkungen auf die aus anderen Mitgliedstaaten kommende Nachfrage**

(112) Da die UPR auf jede Bauausschreibung in den Niederlanden Anwendung finden, kann ein ausländischer Auftraggeber (genau wie jeder für Rechnung eines ausländischen Bauherrn tätige inländische Auftraggeber), der einen Bauauftrag in den Niederlanden ausschreiben möchte, der Anwendung der im Rahmen der SPO vorgeschriebenen UPR nicht entgehen. Nur wenn er den Auftrag freihändig nach Verhandlung mit einem einzigen niederländischen Bauunternehmer vergibt, ist gewährleistet, daß die Konzertierungsmaßnahmen im Rahmen der SPO-Organisation nicht zum Tragen kommen. Aber auch die freihändige Vergabe kann ihn nicht gegen die in den Randnummern 60, 61 und 100 beschriebene allgemeine und einheitliche Preiserhöhung schützen.

Gleiches gilt für die in den Niederlanden von (oder für Rechnung von) internationalen Organisationen wie NATO und Eurocontrol ausgeschriebenen Bauaufträge, wenn diese ihre eigenen Regelungen betreffend internationale Ausschreibungen anwenden.

3. **Auswirkungen auf das Angebot der teilnehmenden Unternehmen in den anderen Mitgliedstaaten**

(113) Nach Ansicht der Kommission kann durch die Anwendung der in dieser Entscheidung beschriebenen Vereinbarungen und Beschlüsse auch der Handel zwischen Mitgliedstaaten auf den Baumärkten der übrigen Mitgliedstaaten spürbar beeinträchtigt werden.

So können die der SPO-Organisation angeschlossenen (niederländischen) Unternehmen durch die Anwendung der UPR die Kalkulationskosten für die von ihnen nicht erbrachten Bauleistungen für in den Niederlanden ausgeschriebene Bauaufträge zumindest teilweise erstattet bekommen. Durch die SPO-Organisation erhalten sie somit einen wirtschaftlichen Vorteil in Form einer Finanzierung ihrer Studienbüros und mithin einer entsprechenden Verminderung ihrer Gemeinkosten, was ihnen einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den konkurrierenden Bauunternehmern der anderen Mitgliedstaaten bei in anderen Ländern der Gemeinschaft ausgeschriebenen Bauaufträgen verschafft.

V. DIE VOR INKRAFTTRETEN DER UPR GELTENDEN REGELUNGEN

(114) Da die heute geltenden UPR im wesentlichen nur eine Weiterführung der in den Randnummern 62 bis 65 beschriebenen früheren Regelungen darstellen, gilt die in den Randnummern 70 bis 76 und 79 bis 113 vorgenommene rechtliche Würdigung sinngemäß auch für diese Regelungen.

Abschnitt II

Artikel 85 Absatz 3

(115) Die oben beschriebenen UPR-Regelungen einschließlich des Ehrenkodex können wie die früher geltenden Preisregelungen nicht nach Artikel 85 Absatz 3 freigestellt werden, und zwar aus folgenden Gründen.

1. **Die angemeldeten Regelungen**

(116) Zunächst ist zu prüfen, ob die am 13. Januar 1988 angemeldeten, heute geltenden Regelungen die Bedingungen des Artikels 85 Absatz 3 erfüllen.

A. *Beitrag zur Verbesserung der Warenverteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts*

(117) Sowohl im Zusammenhang mit Artikel 85 Absatz 1 als auch im Zusammenhang mit Artikel 85 Absatz 3 haben die von dieser Entscheidung betroffenen Parteien argumentiert, die Vorschriften für öffentliche Ausschreibungen seien geeignet, hinsichtlich der Transparenz des Baumarktes ein Ungleichgewicht zwischen Nachfragern und Anbietern zu schaffen.

Dieses Ungleichgewicht erlaube es den Auftraggebern, die Festsetzung zu niedriger oder für die Unternehmer ruinöser Preise durchzusetzen. Eine solche Situation könne langfristig auch zu ernsten Störungen des Angebots auf dem Markt führen und mache somit die von den Bauunternehmern als Ausgleich beschlossenen Maßnahmen notwendig.

(118) Speziell das in den UPR und im Ehrenkodex vorgesehene System des Schutzes des Berechtigten bezwecke — so die von dieser Entscheidung betroffenen Parteien in ihrer gemeinsamen Erwiderung auf die Beschwerdepunkte — ausschließlich, die Verhandlungsstruktur der Ausschreibung so zu ergänzen, daß der Wettbewerb zwischen Unternehmern voll zum Tragen kommen kann, ohne daß der Auftraggeber die besondere Position, die er im Rahmen dieser Struktur einnimmt, mißbräuchlich ausnützen kann.

Die Kommission vertritt demgegenüber die Auffassung, daß in dem in den UPR und im Ehrenkodex vorgesehenen System des Schutzes des Berechtigten alles andere als nur die Ergänzung einer Verhandlungsstruktur zu sehen ist; vielmehr wird mit diesem System an die Stelle der Gegenüberstellung der individuellen Angebote der einzelnen Bieter das Prinzip einseitiger, von den Bietern gemeinsam gefaßter Beschlüsse gesetzt. Dazu ist zu bemerken, daß die Versammlung der Bieter sich das Recht vorbehält, einen Berechtigten zu benennen oder nicht zu benennen. Nach dem System des Schutzes des Berechtigten erfolgt die Benennung des Unternehmens, das den Zuschlag erhalten soll, indessen bei allen unter die Regelungen fallenden ausgeschriebenen Aufträgen, ob öffentliche oder private, gering- oder hochwertige Aufträge und unabhängig von der tatsächlichen Gefahr eines „Herunterhandelns", vor der Abgabe der Preisangebote. Dieses System schützt folglich die Unternehmer nicht nur gegen ein etwaiges „Herunterhandeln" seitens des öffentlichen Auftraggebers, sondern auch vor dem normalen Wettbewerb. Der Schutz des Berechtigten vermag demnach nicht zur Aufrechterhaltung oder gar Verbesserung des Angebots auf dem niederländischen Baumarkt beizutragen.

(119) Was speziell das in den UPR vorgesehene System der Vergütung der Kalkulationskosten betrifft, so haben die anmeldenden Parteien geltend gemacht, daß die UPR die Teilnahme der Bauunternehmer an den Ausschreibungen und damit den Wettbewerb fördern.

Die Argumentation der anmeldenden Parteien enthält indessen keinerlei Hinweis, der die Annahme zuläßt, daß die UPR geeignet sind, durch Förderung der Teilnahme der Unternehmer an den Ausschreibungen einen tatsächlichen Wettbewerb zu fördern. Vielmehr veranlassen die abgestimmten Preiszuschläge die Bauherren, nur eine sehr kleine Zahl von Unternehmen zur Abgabe eines Preisangebots aufzufordern, weil sie wissen, daß sie für jeden Auftrag neben den Verbandsumlagen noch die Kalkulationskosten sämtlicher teilnehmenden Bieter zu tragen haben werden. Die behauptete Wirkung des Zuschlagssystems — Senkung der Kalkulationskosten auf makro- und auf mikroökonomischer Ebene — kann nämlich nur erreicht werden, wenn die Zahl der vom öffentlichen Auftraggeber zur Abgabe eines Preisangebots aufgeforderten Bauunternehmer klein gehalten wird. Außerdem veranlaßt dieses System die Unternehmer dazu, reine Pro-forma-Angebote abzugeben, die nur dazu dienen, die Kalkulationskosten wieder hereinzuholen. Die den Gegenstand dieses Verfahrens bildenden Beschlüsse sind somit in Wirklichkeit geeignet, eine Bewerbung zahlreicher Bieter um einen bestimmten Bauauftrag spürbar zu begrenzen.

B. *Angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn*

(120) Nach Darstellung der SPO und ihrer Mitglieder ergibt sich eine Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn insbesondere aus der Wirkung der auf eine ausgewogenere Preisbildung abgestellten Beschlüsse, durch die es langfristig zu einer angemessenen qualitätsbezogenen Auswahl an Bauleistungen einer größeren Zahl von beteiligungswilligen Bietern kommt. Auch wenn die Anwendung der fraglichen Regelungen Vorteile für die Verbraucher haben kann, sind nach Auffassung der Kommission die Nachteile größer als die Vorteile.

(121) Bezüglich des Schutzes des Berechtigten sind diese Nachteile im wesentlichen dadurch gegeben, daß der Auftraggeber, wenn keine anderen Bieter als die an der SPO-Organisation teilnehmenden Unternehmen vorhanden sind, nur zwischen drei Möglichkeiten wählen kann: entweder über das Preisangebot des Berechtigten zu verhandeln und dieses Angebot anzunehmen, oder das Angebot eines anderen Teilnehmers, so wie es ist, anzunehmen, ohne über irgendwelche Angebotsbestandteile verhandeln zu können, oder keines der eingereichten Preisangebote zu akzeptieren.

(122) Auch bei der Wiedererlangung der Kalkulationskosten haben nicht die Verbraucher den Nutzen aus dem entstehenden Gewinn. Der pauschale und globale Charakter der Kalkulationskostenvergütung hat insbesondere zur Folge, daß alle Unternehmer mit geringeren Kosten eine über ihren tatsächlichen Kosten liegende Vergütung erhalten, die in ihrer Gesamtheit vom Auftraggeber getragen werden muß. Jedenfalls ist es wenig wahrscheinlich, daß die

Gesamtsumme der abgewälzten Kalkulationskosten niedriger ist als der Betrag, um den der Unternehmer, der den Auftrag erhält, sein Preisangebot in Vorwegnahme der Vergütungen verringert hätte. Die Vergütungen sind um so höher, als sie sich nach den Blankozahlen zuzüglich des Betrags für den Wert der vom Bauherrn selbst oder von Dritten bereitzustellenden Baustoffe und auszuführenden Bauleistungen berechnen (vgl. Randnummer 32).

(123) Dies gilt erst recht für die meisten übrigen Bestandteile der den Gegenstand dieses Verfahrens bildenden Regelungen. So wird der angeblich autonome Vorgang der Festsetzung der Blankozahlen durch die Gegenüberstellung der Kostenbestandteile der Aufträge (vgl. Randnummer 23) in Frage gestellt. Durch die Präferenz — auch wenn sie an relativ strikte Bedingungen geknüpft ist (vgl. Randnummer 30) — kann der Auftraggeber nicht in Erfahrung bringen, welcher Bauunternehmer die niedrigste Blankozahl abgegeben hat. Die abgestimmte Festsetzung der zu bietenden Preise kann die Abgabe der Angebote durch den Mechanismus der „globalen Verminderung" zur Verschleierung der tatsächlichen Unterschiede zwischen den abgegebenen Blankozahlen in unvertretbarer Weise verfälschen. Auch die generelle und einheitliche Erhöhung aller Preise bei freihändig vergebenen Aufträgen (vgl. Randnummern 60 und 61) kann nicht als ein „Gewinn" für den Verbraucher angesehen werden.

C. *Unerläßlichkeit der Beschränkungen*

(124) Selbst wenn die Regelungen den ersten beiden Bedingungen des Artikels 85 Absatz 3 genügen würden, deutet nichts darauf hin, daß dies Maßnahmen zu rechtfertigen vermöchte, die darauf abgestellt sind, das Angebot abzustimmen, das Preisniveau der Angebote künstlich zu ändern und den Unternehmer, der den Zuschlag erhalten soll, im voraus zu bestimmen. Die SPO hat wiederholt darauf hingewiesen, daß es bei einer partiellen oder vollständigen Aufhebung ihrer Regelungen erneut zu sogenannten wilden Kartellen zwischen Bauunternehmern kommen würde. Die Kommission jedenfalls kann nicht hinnehmen, daß ein Verstoß gegen die Wettbewerbsvorschriften allein durch das Risiko eines anderen Verstoßes — sei er ebenso schwer oder sogar noch schwerer — gerechtfertigt wird.

(125) Ein Schutz des Berechtigten ist schon deshalb nicht unerläßlich, weil ein Berechtigter unabhängig von der tatsächlichen Gefahr eines „Herunterhandelns" seitens des Auftraggebers benannt werden kann. Außerdem wird ein Berechtigter nicht benannt, wenn die Angebote nicht vergleichbar sind, also vor allem dann, wenn der Auftraggeber die Präzisierung der Bauleistungen zu einem großen Teil den Bauunternehmern überlassen hat. In einem solchen Fall werden die Kalkulationskosten nach eigener Aussage der SPO häufig proportional festgesetzt. Die Tatsache, daß der Schutz des Berechtigten gerade in solchen Fällen — in denen die finanziellen Risiken der Bauunternehmer im Prinzip höher zu sein scheinen — nicht garantiert ist, liefert einen weiteren Hinweis darauf, daß dieser Schutz keineswegs unerläßlich ist.

(126) Die Kalkulationskostenvergütung wiederum wird pauschal und global festgesetzt, was durch die individuelle Situation der betreffenden Unternehmen nicht gerechtfertigt ist. Sie ist somit geeignet, den Wettbewerb in einem Maße einzuschränken, der über das für die Erreichung des angestrebten Ziels notwendige Maß hinausgeht. Diese Wertung gilt erst recht für die (zumindest partielle) Rückerstattung der Kalkulationskosten in Fällen, in denen ein der SPO-Organisation nicht angeschlossener Wettbewerber den Auftrag erhält, da die Teilnehmer in einem solchen Fall einen kollektiven Schutz in Form einer vom Garantiefonds oder von der Kalkulationskasse der SPO gezahlten Vergütung genießen.

Außerdem sieht die Regelung für Preisangebote im Rahmen der Auftragsvergabe (vgl. Randnummern 55—59) eine Vergütung der Kalkulationskosten nur für die Subunternehmer des Generalunternehmens, das den Zuschlag erhalten hat, vor, während die Subunternehmer, die den anderen bietenden Generalunternehmen ein Preisangebot gemacht haben, keine Vergütung erhalten, was zu beweisen scheint, daß die anmeldenden Parteien selbst ein solches System nicht für wirklich unentbehrlich halten.

(127) Die in Randnummer 123 erwähnten Sachverhalte gehen weit über das für die Erreichung der Ziele der Regelungen notwendige Maß hinaus. Gleiches gilt insofern auch für die Gegenüberstellung der Blankozahlen in der Sitzung, als die Teilnehmer dank dieser Gegenüberstellung beurteilen können, ob ihr Angebot „anomal niedrig" ist.

D. *Fehlende Möglichkeiten, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten*

(128) Selbst wenn man den gesamten Markt der Bauleistungen (also einschließlich der freihändig vergebenen Aufträge) berücksichtigt, eröffnen die Regelungen den Teilnehmern die Möglichkeit, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren und Dienstleistungen den Wettbewerb auszuschalten. Dies ergibt sich aus dem Umstand, daß der Berechtigte vor dem Wettbewerb der anderen Teilnehmer geschützt ist. Selbst wenn man die Behauptung der SPO gelten läßt, das Funktionieren des Wettbewerbs sei im Gegenteil bis zu der der Zuschlagserteilung vorausgehenden Sitzung gesichert, wird der Wettbewerb zwischen den Teilnehmern doch auf der Stufe der Zuschlagserteilung selbst ausgeschlossen. Außerdem ist die abgestimmte Festsetzung der Preiszuschläge geeignet, den Wettbewerb auf Ebene der Kalkulationskosten auszuschalten. Auch wenn diese Kosten nur einen kleinen Prozentsatz des Preisangebots ausmachen, sind es doch häufig Unterschiede von einem oder zwei Prozentpunkten, die darüber entscheiden, welcher Unternehmer einen Auftrag

erhält. Schließlich ist auch der absichtliche Verzicht auf Preiszuschläge in den Fällen, in denen die Teilnehmer an der der Zuschlagserteilung vorausgehenden Sitzung erfahren, daß ein oder mehrere „Außenseiter" zur Angebotsabgabe aufgefordert worden sind, geeignet, den Wettbewerb auszuschalten. Außerdem ist wegen dieser letzteren Möglichkeit die angebliche Unerläßlichkeit des Mechanismus zum Ausgleich der Kalkulationskosten noch mehr in Zweifel zu ziehen.

2. Die vor dem Inkrafttreten der UPR bestehenden Regelungen

(129) Die vor den heutigen UPR geltenden Regelungen sind nicht nach Artikel 4 der Verordnung Nr. 17 angemeldet worden. Entgegen den Behauptungen der SPO trifft es nicht zu, daß diese Regelungen — wie im übrigen die UPR — gemäß Artikel 4 Absatz 1 Ziffer 1 der Verordnung Nr. 17 nicht anmeldepflichtig waren, da erwiesen ist, daß an ihnen auch Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten als den Niederlanden beteiligt und sie auch auf in den Niederlanden auszuführende Bauaufträge anwendbar waren, die von Auftraggebern anderer Mitgliedstaaten oder für deren Rechnung ausgeschrieben wurden. Selbst wenn diese früheren Regelungen angemeldet worden wären, hätten sie aus den gleichen Gründen wie im Falle der UPR nicht nach Artikel 85 Absatz 3 freigestellt werden können.

3. Die Satzung der SPO

(130) Die Satzung der SPO ist nicht nach Artikel 4 der Verordnung Nr. 17 angemeldet worden. Selbst wenn sie angemeldet worden wäre, hätte sie aus den gleichen Gründen, wie sie in den Randnummern 116 bis 129 bezüglich der UPR und des Ehrenkodex sowie der früher geltenden Regelungen genannt wurden, nicht nach Artikel 85 Absatz 3 freigestellt werden können.

4. Schlußfolgerung

(131) Aus allen diesen Gründen kann die Kommission eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages nicht gewähren. Auch kann sie im gleichen Zusammenhang nicht die Behauptung der SPO akzeptieren, sie habe es versäumt, „der SPO ihre aktive Mitarbeit für die Erlangung einer hilfsweise beantragten Freistellung anzubieten". Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs [1] obliegt es in erster Linie den beteiligten Unternehmen, der Kommission die Überzeugungsargumente für die wirtschaftliche Rechtfertigung einer Freistellung vorzulegen.

[1] Siehe Urteil vom 17. Januar 1984, VBVB und VBBB, Rechtssachen 43/82 und 63/82, Slg. 1984, S. 19, und Urteil vom 11. Juli 1985, Remia, Rechtssache 42/84, Slg. 1985, S. 2545, Ziffer 45 der Entscheidungsgründe.

Abschnitt III

Artikel 3 der Verordnung Nr. 17

(132) Nach Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 kann die Kommission, wenn sie eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 feststellt, die beteiligten Unternehmen durch Entscheidung verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen.

Die Entscheidung, mit der die beteiligten Unternehmen zur Abstellung der Zuwiderhandlungen verpflichtet werden, gilt nicht für die in den Randnummern 55—59 beschriebenen früheren Regelungen ähnlichen Inhalts wie die UPR, da diese am 1. April 1987 durch die UPR ersetzt wurden und daher nicht mehr gültig waren.

(133) Nach Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 kann die Kommission eine Entscheidung auch dann erlassen, wenn das rechtswidrige Verhalten bereits abgestellt worden ist. Von dieser Möglichkeit kann nicht nur Gebrauch gemacht werden, um gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 eine Geldbuße zu verhängen, sondern auch in den Fällen, in denen dies zum öffentlichen Interesse für notwendig erachtet wird, um gleiche oder ähnliche Verstöße — selbst auf anderen Märkten — zu verhindern [2].

(134) Folglich ist in der Entscheidung für die Unternehmensvereinigungen, die auf den in Randnummer 6 genannten Sektoren der niederländischen Bauwirtschaft tätig sind, die formelle Verpflichtung vorzusehen, die Zuwiderhandlungen abzustellen und künftig von allen Absprachen ähnlichen Zwecks oder ähnlicher Wirkung abzusehen.

Abschnitt IV

Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17

(135) Nach Artikel 15 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung Nr. 17 kann die Kommission gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen durch Entscheidung Geldbußen in Höhe von 1 000 bis 1 000 000 ECU oder über diesen Betrag hinaus bis zu 10 % des im letzten Geschäftsjahr erzielten Umsatzes festsetzen, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig gegen Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages verstoßen.

Bei der Festsetzung der Geldbuße ist neben der Schwere des Verstoßes auch die Dauer der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen.

(136) Nach Auffassung der Kommission stellt die Errichtung eines Systems des Informationsaustausches, der Preisabstimmung und der Marktaufteilung innerhalb der SPO-Organisation, wie es mit den UPR und dem

[2] Urteil vom 2. März 1983, Rechtssache 7/82, GVL, Slg. 1983, S. 483.

Ehrenkodex sowie den früheren Regelungen ähnlichen Inhalts wie die UPR geschaffen wurde, einen vorsätzlichen Versuch dar, eines der Hauptziele des Vertrages, nämlich die Schaffung eines auf den freien Wettbewerb gegründeten Binnenmarktes, zu unterbinden, zumal an diesem System Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten teilnehmen und darüber hinaus das System auf Bauausschreibungen von in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Auftraggebern oder für deren Rechnung anwendbar ist.

Unter diesen Umständen vertritt die Kommission die Auffassung, daß die betreffenden Unternehmen und Unternehmensvereinigungen vorsätzlich oder zumindest grob fahrlässig die obengenannten Verstöße begangen haben.

(137) Bezüglich der Satzung der SPO vertritt die Kommission die Auffassung, daß die Errichtung und das Funktionieren einer Vereinigung von Bauunternehmensvereinigungen mit der Aufgabe, die Abstimmung der Preise und Angebote auf dem Markt zu regeln, einen Verstoß im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 darstellt.

(138) Diese Verstöße sind während eines Zeitraums begangen worden, der im Falle der SPO-Vereinigung und der 29 Unternehmensvereinigungen, die im Rahmen der SPO-Organisation zwischen 1973 und 1979 sogenannte preisregelnde Beschlüsse gefaßt haben, die dann mit den am 9. Oktober 1986 von der SPO beschlossenen UPR geändert und vereinheitlicht wurden, zumindest bis zum 1. Oktober 1980 zurückreicht. In diesem Zusammenhang berücksichtigt die Kommission zum einen, daß die vereinheitlichten Verfahren zur Sanktionierung von Verstößen gegen die privaten Regelungen auf der Basis des Beschlusses der SPO, den Ehrenkodex für die Mitgliedsunternehmen zwingend vorzuschreiben, am 1. Oktober 1980 in Kraft getreten sind, und zum anderen, daß die Verstöße, die die angemeldeten Beschlüsse bilden, im wesentlichen nur die Fortführung von Verstößen sind, die die früheren Regelungen ähnlichen Inhalts darstellen.

(139) Diese Verstöße sind bis zum heutigen Tage nicht abgestellt worden und wurden somit über einen besonders langen Zeitraum hinweg begangen. Für den mit dem Tag der Anmeldung der fraglichen Regelungen (13. Januar 1988) beginnenden Zeitraum genießen die betreffenden Unternehmen und Unternehmensvereinigungen indessen die in Artikel 15 Absatz 5 Buchstabe a) der Verordnung Nr. 17 vorgesehene Straffreiheit.

(140) Die Kommission vertritt die Auffassung, daß die SPO diese Verstöße vorsätzlich oder zumindest fahrlässig begangen hat. So gehören Maßnahmen zur Abstimmung der Preise und zur Aufteilung der Märkte zu den schwersten Verstößen, die von der Kommission nach einer ständigen und den Unternehmen sehr wohl bekannten und vom Gerichtshof ständig bestätigten Praxis verfolgt, untersagt und geahndet werden.

Der Umstand, daß diese Verstöße im Rahmen berufsständischer Organisationen und Vereinigungen begangen wurden, denen die meisten im Ausschreibungs-Bausektor der Niederlande tätigen niederländischen Unternehmen und insbesondere die größten dieser Unternehmen angehören, kann die Kommission nur in ihrer Überzeugung bestärken, daß den Urhebern nicht unbekannt sein konnte, daß die ihnen zur Last gelegten Verhaltensweisen eine Einschränkung des Wettbewerbs bezweckten und noch immer bezwecken.

Des weiteren kann nach einer ständigen Entscheidungspraxis der Kommission und einer ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs [1] ein das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaats abdeckendes Kartell seinem Wesen nach die Wirkung haben, eine nationale Marktabschirmung zu konsolidieren und dadurch die vom Vertrag angestrebte wirtschaftliche Verflechtung zu behindern und die nationale Erzeugung zu schützen.

Die Frage, ob den Urhebern der oben beschriebenen Verstöße bewußt war oder nicht, daß diese Verstöße den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigten oder zu beeinträchtigen geeignet waren, ist daher nicht relevant.

(141) Bei der Festsetzung der allgemeinen Reihenfolge der zu verhängenden Geldbußen hat die Kommission auch folgenden Überlegungen Rechnung getragen:

— Die institutionell betriebene Abstimmung erstreckte und erstreckt sich auf nahezu alle in den Niederlanden ausgeschriebenen Bauaufträge der in Randnummer 6 definierten Bauwirtschaftssektoren;

— die SPO hat die UPR und den Ehrenkodex erst angemeldet, nachdem die Kommission das Verfahren eingeleitet hatte.

Die Kommission ist jedoch bereit, bei der Festsetzung der Höhe der Geldbußen die folgenden Gesichtspunkte zu berücksichtigen:

— aufgrund der den Branchenregeln gegebenen Öffentlichkeit hat die Abstimmung keinen geheimen Charakter gehabt;

— die SPO hat sich — als solche und als Vertreterin ihrer Mitgliedsorganisationen — von Anbeginn der Ermittlungen an bemüht, aktiv und freiwillig alle notwendigen und zweckdienlichen Informationen bereitzustellen, die es ermöglichten, die Beschwerdepunkte gegen sie und gegen ihre Mitgliedsorganisationen zu formulieren;

— das Tätigwerden der niederländischen Behörden durch den Königlichen Erlaß vom 29. Dezember 1986 kann als Ursache dafür angesehen werden, daß bei den Unternehmen und deren Verbänden

[1] Entscheidung VCH 72/22/EWG (ABl. Nr. L 13 vom 17. 1. 1972, S. 34) und Urteil vom 17. Oktober 1972, Rechtssache 8/72, VCH, Slg. 1972, S. 977.
Urteil vom 26. November 1975, Rechtssache 73/74, Groupement des papiers peints de Belgique, Slg. 1975, S. 1491.

eine gewisse Unsicherheit über die Vereinbarkeit ihrer Abstimmung mit den Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft bestand;

— schließlich handelt es sich bei dem vorliegenden Verfahren um das erste, in dem Artikel 85 Absatz 1 des EWG-Vertrages im Bereich der Bauwirtschaft angewandt wird.

Bei der Festsetzung der Höhe der gegen jede Vereinigung zu verhängenden Geldbuße hat die Kommission den Gesamtwert der ausgeschriebenen Bauaufträge berücksichtigt, die während des betreffenden Zeitraums Gegenstand der Abstimmung innerhalb jeder Vereinigung waren. Im Falle der Vereinigung NAC hält die Kommission die Verhängung einer Geldbuße nicht für möglich, da diese Vereinigung zugunsten ihrer Mitgliedsunternehmen nur eine rein administrative Funktion erfüllt hat, während die oben erwähnte Abstimmung zwischen diesen Unternehmen in anderen Mitgliedsorganisationen der SPO zum Tragen kam und weiterhin zum Tragen kommt —

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

Artikel 1

(1) Die Satzung der Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid vom 10. Dezember 1963 in der heute geltenden Fassung stellt einen Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag dar.

(2) Verstöße gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag stellen weiterhin dar die am 9. Oktober 1986 von der Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid beschlosssenen, am 1. April 1987 in Kraft getretenen und am 23. Juni 1988 geänderten Uniforme Prijsregelende Reglementen für Bauausschreibungen nach dem nicht offenen Verfahren bzw. nach dem offenen Verfahren sowie der Erecode voor ondernemers in het bouwbedrijf, mit Ausnahme von Artikel 10, wie er durch Beschluß der gleichen Vereinigung vom 3. Juni 1980 für die in den Mitgliedsorganisationen dieser Vereinigung zusammengeschlossenen Unternehmen zwingend vorgeschrieben wurde.

(3) Verstöße gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag stellten weiterhin dar die früheren Regelungen ähnlichen Inhalts wie die in Absatz 2 genannten Uniforme Prijsregelende Reglementen, wie sie unter der Kontrolle der Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid zwischen 1973 und 1979 von deren Mitgliedsorganisationen individuell beschlossen und zumindest seit dem 1. Oktober 1980 bis zum Zeitpunkt ihrer tatsächlichen Ersetzung durch die genannten Uniforme Prijsregelende Reglementen angewendet wurden.

Artikel 2

Der Antrag auf Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag zugunsten der in Artikel 1 Absatz 2 genannten Beschlüsse wird abgelehnt.

Artikel 3

(1) Die Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid und ihre Mitgliedsorganisationen sind verpflichtet, die in Artikel 1 Absätze 1 und 2 festgestellten Zuwiderhandlungen unverzüglich abzustellen. Es ist ihnen untersagt, Maßnahmen gleichen Zwecks oder gleicher Wirkung wie die in Artikel 1 genannten Maßnahmen zu ergreifen.

(2) Die Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid und ihre Mitgliedsorganisationen sind verpflichtet, die Mitgliedsunternehmen ihrer Mitgliedsorganisationen sowie die anderen Unternehmen, die an der Anwendung und Ausführung der in Artikel 1 Absätze 1 und 2 genannten Regelungen teilnehmen, von dieser Entscheidung und von der Abstellung der in Artikel 1 Absätze 1 und 2 genannten Verstöße in Kenntnis zu setzen und dabei auf die damit verbundenen praktischen Folgen wie die Freiheit jedes Unternehmens, sich zu jedem Zeitpunkt den genannten Regelungen zu entziehen, hinzuweisen.

(3) Die Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid und ihre Mitgliedsorganisationen sind verpflichtet, der Kommission binnen zwei Monaten nach Bekanntgabe dieser Entscheidung die den Unternehmen nach Absatz 2 übermittelten Informationen mitzuteilen.

Artikel 4

Gegen die nachstehend aufgeführten Unternehmen werden wegen der in Artikel 1 festgestellten Zuwiderhandlungen folgende Geldbußen festgesetzt:

1. Amsterdamse Aannemers Vereniging:
   eine Geldbuße von 1 451 250 ECU;
2. Algemene Aannemersvereniging voor Waterbouwkundige Werken:
   eine Geldbuße von 436 500 ECU;
3. Aannemersvereniging van Boorondernemers en Buizenleggers:
   eine Geldbuße von 436 500 ECU;
4. Aannemersvereniging Velsen, Beverwijk en Omstreken:
   eine Geldbuße von 202 500 ECU;
5. Aannemers Vereniging Haarlem-Bollenstreek:
   eine Geldbuße von 337 500 ECU;
6. Aannemersvereniging Veluwe en Zuidelijke IJsselmeerpolders:
   eine Geldbuße von 445 500 ECU;
7. Combinatie van Aannemers in het Noorden:
   eine Geldbuße von 198 000 ECU;
8. Vereniging Centrale Prijsregeling Kabelwerken:
   eine Geldbuße von 180 000 ECU;
9. Delftse Aannemers Vereniging:
   eine Geldbuße von 162 000 ECU;
10. Economisch Nationaal Verbond van Aannemers van Sloopwerken:
    eine Geldbuße von 184 500 ECU;

11. Aannemersvereniging „Gouda en Omstreken":
eine Geldbuße von 249 750 ECU;

12. Gelderse Aannemers Vereniging inzake Aanbestedingen:
eine Geldbuße von 996 750 ECU;

13. Gooise Aannemers Vereniging:
eine Geldbuße von 270 000 ECU;

14. 's-Gravenhaagse Aannemersvereniging:
eine Geldbuße von 1 188 000 ECU;

15. Leidse Aannemersvereniging:
eine Geldbuße von 317 250 ECU;

16. Vereniging Markeer Aannemers Combinatie:
eine Geldbuße von 38 250 ECU;

17. Nederlandse Aannemers- en Patroonsbond voor de Bouwbedrijven (N.A.P.B. Dordrecht):
eine Geldbuße von 324 000 ECU;

18. Noordhollandse Aannemers Vereniging voor Waterbouwkundige Werken:
eine Geldbuße von 238 500 ECU;

19. Oostnederlandse-Vereniging-Aanbestedings-Regeling:
eine Geldbuße von 1 116 000 ECU;

20. Provinciale Vereniging van Bouwbedrijven in Groningen en Drenthe:
eine Geldbuße von 474 750 ECU;

21. Rotterdamse Aannemersvereniging:
eine Geldbuße von 2 103 750 ECU;

22. Aannemersvereniging „de Rijnstreek":
eine Geldbuße von 96 750 ECU;

23. Stichting Aanbestedingsregeling van de Samenwerkende Bouwbedrijven in Friesland:
eine Geldbuße von 384 750 ECU;

24. Samenwerkende Prijsregelende Vereniging Nijmegen en Omstreken:
eine Geldbuße von 200 250 ECU;

25. Samenwerkende Patroons Verenigingen in de Bouwbedrijven Noord-Holland-Noord:
eine Geldbuße von 670 500 ECU;

26. Utrechtse Aannemers Vereniging:
eine Geldbuße von 1 055 250 ECU;

27. Vereniging Wegenbouw Aannemers Combinatie Nederland:
eine Geldbuße von 4 792 500 ECU;

28. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging:
eine Geldbuße von 3 948 750 ECU.

Artikel 5

Die in Artikel 4 festgesetzten Geldbußen sind innerhalb von drei Monaten nach Bekanntgabe dieser Entscheidung auf folgendes Bankkonto einzuzahlen:

Nr. 310-0933000-43,
Banque Bruxelles-Lambert,
Agence Européenne,
Rond-Point Schuman 5,
B-1040 Bruxelles.

Nach Ablauf dieser Frist sind automatisch Zinsen zu dem Satz, der am ersten Arbeitstag des Monats, in dem diese Entscheidung erlassen wurde, vom Europäischen Fonds für währungspolitische Zusammenarbeit für seine Ecu-Transaktionen berechnet wird, plus 3,5 Prozentpunkte, d. h. 13,75 %, fällig.

Artikel 6

Diese Entscheidung ist gerichtet an:

Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid,
Koningin Wilhelminalaan 15,
NL-3818 HN Amersfoort;

Amsterdamse Aannemers Vereniging,
Muzenplein 9,
NL-1077 WC Amsterdam-Zuid;

Algemene Aannemersvereniging voor Waterbouwkundige Werken,
Europalaan 101,
NL-3526 KR Utrecht;

Aannemersvereniging van Boorondernemers en Buizenleggers,
Middelwijkstraat 23 – 25,
NL-3764 CD Soest;

Aannemersvereniging Velsen, Beverwijk en Omstreken,
Velserdijk 32,
NL-1981 AA Velsen Zuid;

Aannemers Vereniging Haarlem-Bollenstreek,
Van Merlenlaan 1,
NL-2103 GA Heemstede;

Aannemersvereniging Veluwe en Zuidelijke IJsselmeerpolders,
Zwolseweg 290,
NL-7315 GZ Apeldoorn;

Combinatie van Aannemers in het Noorden,
Prins Hendrikstraat 6,
NL-8911 BK Leeuwarden;

Vereniging Centrale Prijsregeling Kabelwerken,
Prins Hendrikstraat 6,
NL-8911 BK Leeuwarden;

Delftse Aannemers Vereniging,
Thomas Mannplaats 307,
NL-3069 NJ Rotterdam;

Economisch Nationaal Verbond van Aannemers van Sloopwerken,
Europalaan 101,
NL-3526 KR Utrecht;

Aannemersvereniging „Gouda en Omstreken",
Thomas Mannplaats 307,
NL-3069 NJ Rotterdam;

Gelderse Aannemers Vereniging inzake Aanbestedingen,
Roëllstraat 1,
NL-6814 JC Arnhem;

Gooise Aannemers Vereniging,
De Ruyterstraat 31,
NL-1271 SR Huizen;

's-Gravenhaagse Aannemersvereniging,
Van Stolkweg 11,
NL-2585 JL 's-Gravenhage;

Leidse Aannemersvereniging,
Rijnsburgerweg 159,
NL-2334 BP Leiden;

Vereniging Markeer Aannemers Combinatie,
Utrechtseweg 44,
NL-3704 HD Zeist;

Nederlandse Aannemers- en Patroonsbond voor de Bouwbedrijven (NAPB Dordrecht),
Singel 91,
NL-3311 PB Dordrecht;

Noordhollandse Aannemers Vereniging voor Waterbouwkundige Werken,
Von Liebigweg 39,
NL-1097 RL Amsterdam;

Oostnederlandse-Vereniging-Aanbestedings-Regeling,
Almelosestraat 22,
NL-7495 TH Ambt-Delden;

Provinciale Vereniging van Bouwbedrijven in Groningen en Drenthe,
Heresingel 19,
NL-9711 ER Groningen;

Rotterdamse Aannemersvereniging,
Thomas Mannplaats 307,
NL-3069 NJ Rotterdam;

Aannemersvereniging „de Rijnstreek",
Thomas Mannplaats 307,
NL-3069 NJ Rotterdam;

Stichting Aanbestedingsregeling van de Samenwerkende Bouwbedrijven in Friesland,
Prins Hendrikstraat 6,
NL-8911 BK Leeuwarden;

Samenwerkende Prijsregelende Vereniging Nijmegen en Omstreken,
Groesbeekseweg 14,
NL-6524 DB Nijmegen;

Samenwerkende Patroons Verenigingen in de Bouwbedrijven Noord-Holland-Noord,
Justus van Effenstraat 7—9,
NL-1813 KW Alkmaar;

Utrechtse Aannemers Vereniging,
Ramstraat 20,
NL-3581 HJ Utrecht;

Vereniging Wegenbouw Aannemers Combinatie Nederland,
Utrechtseweg 44,
NL-3704 HD Zeist;

Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging,
Jan Deckersstraat 45,
NL-5591 HP Heeze;

Vereniging Nederlandse Aannemers Combinatie,
P/a TRN-groep,
Zoeterwoudsesingel 62,
NL-2313 EL Leiden.

Gemäß Artikel 192 EWG-Vertrag ist diese Entscheidung ein vollstreckbarer Titel.

Brüssel, den 5. Februar 1992

Für die Kommission
Leon BRITTAN
Vizepräsident