

BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010

Bundesverwaltungsgericht, 2010-06-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-420_2008

FR: TAF B-420/2008 du 1 juin 2010

IT: TAF B-420/2008 del 1 giugno 2010

Regeste

Kartelle

Erwägungen

E. 1

Ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und auf eine Beschwerde einzutreten ist, hat das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen (BVGE 2007/6 E. 1 m. w. H.).

E. 1.1

Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die Verfügung der Weko vom 19. November 2007. Diese stellt zumindest in formeller Hinsicht eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist als Beschwerdeinstanz für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig (Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht [VGG, SR 173.32], Art. 33 Bst. f VGG i. V. m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG), zumal keine Ausnahme nach Art. 32 VGG greift.

E. 1.2

Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Wettbewerbskommission teilgenommen und ist formelle Verfügungsadressatin. Ihre Vertreter haben sich rechtsgenügend durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG). Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Ob und inwiefern die Beschwerdeführerin durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung hat, mithin im Sinne von Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde legitimiert ist, hängt unter anderem davon ab, wie die angefochtene Verfügung zu qualifizieren ist. Je nachdem, wie die Beantwortung dieser Frage ausfällt, kann auf die Beschwerde eingetreten werden (vgl. hinten E. 2-2.4.6).

E. 2.1

Das Kartellgesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG). Das KG wurde im Jahr 2003 teilweise geändert (Änderung vom 20. Juni 2003, AS 2004 1385). Die neuen Bestimmungen sind seit 1. April 2004 in Kraft.

E. 2.2

Hauptziel der Änderung des Kartellgesetzes ist die Einführung direkter Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen. Mit der genannten Änderung soll vor allem auch die Präventivwirkung des Gesetzes bzw. die Entdeckungswahrscheinlichkeit erhöht werden (Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002 2022 ff., 2023 f. und 2034). Vor der Revision konnten Verwaltungs- und Strafsanktionen nach Art. 50 und 54 KG nur dann verhängt werden, wenn gegen eine rechtskräftige Verfügung der Wettbewerbsbehörden verstossen wurde. Eine direkte Sanktionierung kartellrechtswidriger Verhaltensweisen war nicht möglich, weshalb die Präventivwirkung des Gesetzes auf ein Minimum reduziert war (vgl. BBl 2002 2028 sowie für weiterführende Hinweise: PATRICK KRAUSKOPF/DOROTHEA SENN, Die Teilrevision des Kartellrechts - Wettbewerbspolitische Quantensprünge, in: Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht [sic!] 2003, S. 3 ff., insbesondere S. 8).

E. 2.3

Das Sekretariat eröffnete am 4. April 2005 im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums der Weko eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG wegen einer allenfalls unzulässigen Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG und wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen gemäss Art. 7 KG. Während der Untersuchung hat die Weko die Konvention vom 15. Dezember 1998 geprüft, welche gemäss ihrer Ermittlungen von 17 im Kanton Tessin tätigen Strassenbauunternehmen abgeschlossen wurde. In der angefochtenen Verfügung stellte die Weko fest, dass die Anwendung der Konvention im Kanton Tessin in der Zeit ab Januar 1999 bis mindestens Ende 2004 durch 17 Strassenbauunternehmen (worunter sich auch die Beschwerdeführerin befindet) eine Abrede über die Aufteilung der Aufträge sowie eine horizontale Preisabrede und damit eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG darstellte. Des Weiteren verbot die Weko den Strassenbauunternehmen im Kanton Tessin, die Konvention anzuwenden, unter der Androhung, dass Zuwiderhandlungen gegen die angefochtene Verfügung mit Sanktionen gemäss Art. 50 und 54 KG geahndet würden. Die Weko schloss das Verfahren ab, unter anderem mit dem Hinweis, dass aufgrund der Aufhebung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung vor Ende März 2005 keine direkte Sanktion gemäss Art. 49a KG ausgesprochen werden könne. Schliesslich behielt sich die Weko vor, die Wettbewerbsverhältnisse auf den Märkten für Belagsproduktion sowie für Strassen- und Belagsbau im Kanton Tessin für die Zeit ab April 2005 zu einem späteren Zeitpunkt erneut zu untersuchen.

E. 2.4

Die Weko hat das aus ihrer Sicht wettbewerbswidrige Verhalten der Tessiner Strassenbauunternehmen im Zeitraum vom Januar 1999 bis Ende 2004 untersucht. Da die neuen KG-Bestimmungen auf den 1. April 2004 in Kraft gesetzt wurden, wäre auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt grundsätzlich das neue Recht anwendbar (vgl. hierzu aber E. 2.4.2).

E. 2.4.1

In Bezug auf Art. 5 Abs. 3 KG hat die Revision 2003 materiellrechtlich keine Änderung gebracht.

E. 2.4.2

Bezüglich der Möglichkeit der direkten Sanktionierung (Art. 49a KG) aufgrund einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung (Art. 5 Abs. 3 KG) ist die Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003 zu berücksichtigen (nachfolgend: Schlussbestimmung). Nach dieser Bestimmung entfällt eine Belastung nach Art. 49a KG, wenn eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung innert eines Jahres nach Inkrafttreten von Art. 49a KG (d. h. bis 30. März 2005) gemeldet oder aufgelöst wird. Ist diese Bedingung erfüllt, so gilt das alte Recht bis spätestens ein Jahr nach Inkrafttreten der neuen Sanktionsordnung weiter. Vorliegend ist unbestritten, dass die von der Weko untersuchte Wettbewerbsbeschränkung innert der von der Schlussbestimmung vorgesehenen Frist aufgehoben wurde und dass die Weko gestützt auf diese Bestimmung keine direkten Sanktionen verhängte. In diesem Zusammenhang stellt sich dennoch die Frage, ob die Feststellung in der Vergangenheit liegender und abgeschlossener Wettbewerbsbeschränkungen sowie das Verbot, diese in Zukunft anzuwenden - unter Androhung der Sanktionen nach Art. 50 und 54 KG im Fall einer Zuwiderhandlung - noch einen Sinn ergibt, zumal die Weko künftig (d. h. nach Ablauf der Frist gemäss Schlussbestimmung) solche Wettbewerbsbeschränkungen direkt sanktionieren kann. Diese Frage ist insofern gerechtfertigt, als die angefochtene Verfügung aufgrund der Möglichkeit, auch abgeschlossene Wettbewerbsbeschränkungen künftig direkt zu sanktionieren, gegenüber den involvierten Unternehmen kaum bemerkenswerte Rechtswirkungen zu entfalten scheint und daher Zweifel am Verfügungscharakter sowie auch am Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin (vgl. vorne E. 1.2) aufkommen könnten.

E. 2.4.3

Die Schlussbestimmung regelt die übergangsrechtliche Anwendbarkeit der direkten Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG. Die in dieser Norm vorgesehene Belastung entfällt, wenn eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung innert eines Jahres nach Inkrafttreten von Art. 49a KG gemeldet oder aufgelöst wird. Mit anderen Worten macht die Schlussbestimmung die Nichtanwendung des neuen Rechts von zwei alternativen Tatbestandsbedingungen abhängig: das "Melden" oder das "Auflösen" (Christoph Tagmann, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Zürich/Basel/Genf, 2007, S. 188; Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes BBl 2002 2048; Peter Reinert, in: Baker & McKenzie, Stämpfli Handkommentar zum KG, Bern 2007, Rz. 3 ad Übergangsbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003). Der Sanktionsausschluss bezieht sich auf diejenigen Wettbewerbsbeschränkungen, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Gesetzesänderung am 1. April 2004 bereits existierten (Urteil des Bundesgerichts 2A.287/2005 vom 19. August 2005 E. 3.1). Dem Instrument der Meldung bzw. Auflösung kommt eine übergangsrechtliche Funktion zu. Dadurch wird den Unternehmen einerseits bewusst gemacht, dass für sie mit dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung das Risiko direkter Sanktionen neu entsteht. Andererseits bewirken die fristgerechte Meldung oder Auflösung den Ausschluss der neuen Sanktionen. Nicht meldefähig im Sinne der Schlussbestimmung sind nur diejenigen Sachverhalte, über die bereits ein Verfahren nach Art. 26 ff. KG eingeleitet und dessen Eröffnung dem Unternehmen mitgeteilt wurde. Um direkten Sanktionen zu entgehen, bleibt im Fall nicht meldefähiger Sachverhalte nur noch die Möglichkeit übrig, innert der Frist von einem Jahr ab Inkrafttreten des neuen Rechts die Wettbewerbsbeschränkung aufzulösen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.287/2005 vom 19. August 2005 E. 3.4 f.). Den Materialien zur Änderung vom 20. Juni 2003 ist indessen nicht zu entnehmen, dass die Übergangsbestimmung weitergehende Ziele anstrebt als die bereits erwähnten. Insbesondere geht aus dieser Vorschrift keine Absicht hervor, die

Unternehmen vor der Eröffnung einer Untersuchung bzw. vor direkten oder indirekten Sanktionen aufgrund der bereits praktizierten Verhaltensweisen auch für den Fall zu bewahren, dass diese in Zukunft das kartellrechtswidrige Verhalten wieder aufnehmen. Insofern gewährt die Schlussbestimmung einzig Schutz vor den direkten Sanktionen während der entsprechenden Jahresfrist. Sie hält die Wettbewerbsbehörden nicht davon ab, in einer Verfügung die Unzulässigkeit von vergangenen Wettbewerbsbeschränkungen festzustellen und deren Anwendbarkeit für die Zukunft zu verbieten unter Androhung der Sanktionen im Wiederhandlungsfall.

E. 2.4.4

Mit der Schlussbestimmung beabsichtigte der Gesetzgeber, die unter dem alten Recht noch bestehenden Verhaltensweisen aufzulösen und diese von den direkten Sanktionen auszuschliessen. Somit konnten die Unternehmen ihre am 1. April 2004 noch unzulässigen Verhaltensweisen anpassen und in Übereinstimmung mit dem Gesetz bringen (vgl. PATRICK KRAUSKOPF/CORINNE PIRLOT PITTET, *La nouvelle Loi sur les Cartels: Un Vade-mecum pour les Entreprises*, in: *sic!* 2004, S. 242 ff., insbesondere S. 248). Was auf den ersten Blick wie eine Privilegierung derjenigen Wettbewerbsbeschränkungen und Verhaltensweisen erscheint, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der KG-Revision 2003 noch bestanden, beschränkt sich in Wahrheit nur auf die Konsequenz, dass für bestehende aber fristgerecht gemeldete oder aufgelöste Wettbewerbsbeschränkungen die Sanktionsordnung des KG 1995 noch bis zum Abschluss allfälliger Verfahren anhält. In diesem Sinn ermöglicht die Schlussbestimmung eine Nachwirkung des alten Rechts. Die von der Schlussbestimmung angeordnete Rechtsfolge (die Sanktionsbefreiung) bezieht sich aber nur auf die Verhängung direkter Sanktionen. Gemäss Schlussbestimmung wird indessen nicht ausgeschlossen, dass Sanktionen gestützt auf Art. 50 KG ausgesprochen werden können. Die Befreiung von direkten Sanktionen als Rechtsfolge der Schlussbestimmung kann nicht dazu führen, dass Unternehmen das fragliche wettbewerbsbeschränkende Verhalten noch beliebig lange ausüben können (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.287/2005 vom 19. August 2005 E. 3.4 i.f.). Die Weko muss daher jederzeit die Möglichkeit haben, ein Verfahren einzuleiten und dabei über die Zulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen zu befinden. Bei gegebenen Voraussetzungen kann die Weko die Untersuchung abschliessen, indem sie die Unzulässigkeit der Wettbewerbsbeschränkungen feststellt und deren Anwendung verbietet, unter Androhung von Sanktionen nach Art. 50 (und 54) KG für den Fall der Zuwiderhandlung (vgl. PETER REINERT, a.a.O. Rz. 1 ad Art. 50 KG und Rz. 6-8 ad Übergangsbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003; JÜRIG BORER, *Kartellgesetz, Kommentar zum Kartellgesetz*, Zürich 2005, Rz. 33 ff. ad Art. 49a KG; IRENE KLAUER, *Die Übergangsbestimmung im neuen Kartellgesetz: Sanktionen trotz Meldung*, in: *sic!* 2004 S. 714 ff, S. 717; RETO JACOBS, *Sanktionen vermeiden - Meldung gemäss revidiertem Kartellrecht*, in: *Jusletter* vom 27. September 2004, Rz. 10, 16; PHILIPPE SPITZ, *Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes*, in: *sic!* 2004, S. 553, 562 f.). Falls die in der angefochtenen Verfügung genannten Unternehmen gegen das Verbot der Anwendung der Konvention verstossen und ein Wiederholungsfall vorliegen würde, könnte die Weko gegen diese Unternehmen eine Sanktion gemäss Art. 50 KG in Bezug auf die bereits untersuchte Periode anordnen, ohne die Untersuchung gemäss Art. 27 KG für die bereits beurteilte Periode neu eröffnen zu müssen. In diesem Zusammenhang gilt es anzumerken, dass nach Art. 50 KG Sanktionen in derselben Höhe wie nach Art. 49a KG verhängt werden können, da diese Bestimmung anlässlich der Revision 2003 in Bezug auf die Grundsätze und

Obergrenze für die Sanktionsbemessung an Art. 49a Abs. 1 KG angepasst wurde. Für die Kriterien der Sanktionsbemessung ist im Übrigen die Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12. März 2004 (KG-Sanktionsverordnung, SVKG, SR 251.5) analog anwendbar (TAGMANN, a.a.O., S. 309 ff.; REINERT, a.a.O., Rz. 11 ad Art. 50 KG). Die Wiederaufnahme von Wettbewerbsbeschränkungen, deren Unzulässigkeit rechtskräftig festgestellt wurde, könnte als wiederholter Verstoss gegen das Kartellgesetz und mithin als erschwerender Umstand zu einer Sanktionserhöhung beurteilt werden (vgl. Art. 5 Abs. 1 SVKG). Dazu kommt, dass das Verschulden bei einem Verstoss gegen eine rechtskräftige Verfügung, die das Vorliegen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen feststellt, tendenziell schwerer als im Fall einer direkten Sanktion zu beurteilen sein dürfte (vgl. auch Philipp Zurkinder/Hans Rudolf Trüeb, Das neue Kartellgesetz, Handkommentar, Zürich 2004, Art. 50 Rz. 2; Peter Reinert, a.a.O., Rz. 11 ad Art. 50). Nach dem Gesagten macht es Sinn, auch diejenigen Verhaltensweisen zu untersuchen, die innert der von der Schlussbestimmung vorgesehenen Frist aufgelöst wurden, und, sofern eine kartellrechtliche Unzulässigkeit festgestellt wurde, die Anwendung solcher Praktiken, unter Sanktionsandrohung nach Art. 50 KG im Zuwiderhandlungsfall, zu verbieten. Ziffer 1 Bst. a und b sowie Ziffer 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung sind grundsätzlich geeignet, für die Erhaltung des wirksamen Wettbewerbs zu sorgen und stehen im Einklang mit dem Ziel des Gesetzes (Art. 1 KG).

E. 2.4.5

Das Dispositiv der angefochtenen Verfügung lässt sich nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Schlussbestimmung, sondern auch unter Berücksichtigung von Art. 27 KG nachvollziehen. In Art. 27 KG sind die Voraussetzungen für die Eröffnung einer Untersuchung enthalten. Es handelt sich dabei um eine verwaltungsverfahrensrechtliche Bestimmung im Rahmen des Kartellgesetzes. Mit der KG-Revision 2003 wurde die deutsche Fassung dieser Bestimmung leicht modifiziert, währenddem der französische und italienische Text unverändert blieben. Das Bundesgericht hat bereits erkannt, dass Art. 27 Abs. 1 KG in der bisherigen sowie in der abgeänderten deutschen Fassung die gleiche Auslegung zulasse. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht gerade im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens ein öffentliches Interesse, auch in der Vergangenheit liegende, abgeschlossene Sachverhalte zu untersuchen, indem einerseits das Vorliegen von unerlaubten Preisabsprachen nach Abschluss der Submission nachträglich festgestellt bzw. erneute derartige Absprachen in anderen Submissionsverfahren untersagt und für den Fall der Zuwiderhandlung Sanktionen gemäss Art. 50 und 54 KG angedroht werden (Urteil des Bundesgerichts 2A.59/2005 vom 22. August 2005 E. 3.3).

E. 2.4.6

Nach dem Gesagten konnte die Weko - aufgrund der zur Zeit der angefochtenen Verfügung geltenden Rechtsordnung - zurecht die Unzulässigkeit der während der von der Schlussbestimmung vorgesehenen Frist aufgelösten Wettbewerbsabrede feststellen und die Anwendung derselben verbieten, unter Androhung der Sanktionen nach Art. 50 und 54 KG im Fall der Zuwiderhandlung. Die angefochtene Verfügung erfüllt damit die Voraussetzungen des Verfügungsbegriffs gemäss Art. 5 VwVG und stützt sich auf eine hinreichende gesetzliche Grundlage. Da sie die involvierten Unternehmen beschwert, ist auch die Beschwerdeführerin zur Beschwerde legitimiert und die Prozessvoraussetzungen sind damit insgesamt gegeben (vgl. vorne E. 1.2 und E. 2.4.2 i.f.). Auf die Beschwerde ist demnach einzutreten. Ob und inwiefern eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im

Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG vorgelegen hat und nachweisbar ist, ist in den nachfolgenden Erwägungen zu prüfen (vgl. E. 7 ff.).

E. 3

Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1 bis KG). In der Botschaft zum Kartellgesetz wird zum Geltungsbereich ausgeführt, dass sämtliche Formen unternehmerischer Tätigkeit erfasst werden, soweit sich daraus eine Wettbewerbsbeschränkung ergeben könne (Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468 ff., S. 533 Ziff. 222; hiernach: Botschaft KG 1995). Als privatrechtliche Aktiengesellschaft ist die Beschwerdeführerin eine Firma, welche im Baugewerbe, insbesondere im Bereich der Strassenbauarbeiten tätig ist. Sie hat sich als Offerentin an diversen kantonalen und kommunalen Submissionsverfahren beteiligt. Sie ist damit ein Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG.

E. 4

Das Kartellgesetz findet nur dann Anwendung auf Unternehmen im Sinn von Art. 2 KG, wenn keine Rechtsvorschriften entgegenstehen, die Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen nicht zulassen. Das Gesetz nennt als Beispiele eine staatliche Markt- oder Preisordnung und die Ausstattung von Unternehmen mit besonderen Rechten (Art. 3 Abs. 1 KG). Die Botschaft zum KG führt dazu aus, es müsse tatsächlich die Absicht des Gesetzgebers sein, den Wettbewerb für den fraglichen Wirtschaftsbereich auszuschalten. Soweit für wettbewerbliches Verhalten Raum bleibe, sei das Kartellgesetz anwendbar (Botschaft KG 1995, 539 f.). Diese Grundsätze werden auch von der Doktrin übernommen (vgl. ZURKINDEN/TRÜEB, a.a.O., Rz. 1 ad Art. 3 KG; BORER, a.a.O., Rz. 1 ff. ad Art. 3 KG). Vorliegend sind keine den Wettbewerb ausschliessende Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG ersichtlich noch werden solche geltend gemacht. Nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung ist hinsichtlich Sachverhalte, die Tatbestände des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen und des Kartellgesetzes zugleich erfüllen, die parallele Anwendung beider Erlasse zulässig (vgl. Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, Vorgängerorganisation des Bundesverwaltungsgerichts [REKO WEF], vom 22. Dezember 2004 [FB/2002-1] E. 5; Urteil des Bundesgerichts 2A.59/2005 vom 22. August 2005 E. 3.3; PETER GAUCH/HUBERT STÖCKLI, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, These Rz. 28.3, S. 75; PETER GALLI/DANIEL LEHMANN/PETER RECHTSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 69; HEINZ LEITNER, Öffentliche Beschaffungen und Kartellrecht, in: Allgemeine Juristische Praxis [AJP] 1/2003, S. 23 ff.). Die Vorinstanz hat schliesslich erkannt, dass auch das im Kanton Tessin zurzeit geltende Vergaberecht keine Vorschriften enthält, die der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes entgegenstünden. Dies wird von der Beschwerdeführerin im Übrigen auch nicht bestritten. Nach dem Gesagten ergibt sich, dass im hier zu beurteilenden Fall keine Bestimmungen vorliegen, die gegen die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes sprechen.

E. 5

Die Beschwerdeführerin kann im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Missbrauchs oder der Überschreitung des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts sowie die Unangemessenheit des Entscheids beanstanden (Art. 49 VwVG). Grundsätzlich hat das Bundesverwaltungsgericht seine Überprüfungsbefugnis voll auszuschöpfen. Es darf aber auch seine Kognition einschränken, soweit die Natur der Streitsache dies sachlich gebietet (André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.163; BVGE 2007/27 E. 3.1 m. w. H.). Das trifft zu, wenn die Rechtsanwendung technische Probleme, Fachfragen oder sicherheitsrelevante Einschätzungen betrifft, zu deren Beantwortung und Gewichtung die verfügbare Behörde aufgrund ihres Spezialwissens besser geeignet ist, oder wenn sich Auslegungsfragen stellen, welche die Verwaltungsbehörde aufgrund ihrer örtlichen, sachlichen oder persönlichen Nähe sachgerechter zu beurteilen vermag als die Beschwerdeinstanz (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2237/2009 vom 15. Dezember 2009 E. 3.2; BGE 131 II 680 E. 2.3.2 m. w. H.). Geht es um die Beurteilung technischer oder wirtschaftlicher Spezialfragen, in denen die Vorinstanz über ein besonderes Fachwissen verfügt, ist nur bei erheblichen Gründen von der Auffassung der Vorinstanz abzuweichen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C- 2265/2006 vom 14. September 2009 E. 2.1; in diesem Sinne auch das Bundesgericht in BGE 135 II 296 E. 4.4.3, BGE 133 II 35 E. 3 und BGE 131 II 13 E. 4). Diese Zurückhaltung ist dem Grundsatz nach auch im Bereich des Wettbewerbsrechts zu beachten. Gemäss Praxis der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ist es in der Regel Aufgabe der Wettbewerbskommission, die materiellrechtlichen Vorschriften des KG zu konkretisieren und die Wettbewerbspolitik zu formulieren (vgl. Entscheid der REKO WEF vom 9. Juni 2005, publiziert in: Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2005 556 f.). Das Bundesverwaltungsgericht setzt die Praxis der REKO WEF insofern fort, als es sich zur Aufgabe macht, zu prüfen, ob die Konkretisierung des offenen Wettbewerbsbegriffs wie auch die Konkretisierung der sonstigen offenen Begriffe des Kartellgesetzes in rechtsstaatlich einwandfreier, rational nachvollziehbarer Art erfolgt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4037/2007 vom 29. Februar 2008 E. 4.2.2, bestätigt in BGE 135 II 60 E. 3.2.3). Das Bundesverwaltungsgericht begründete in einem jüngst ergangenen Entscheid, inwiefern die Art und Weise, wie es seine Kognition ausübt, mit der Rechtsprechung des EGMR im Einklang steht (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 E. 5.6).

E. 6

Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Im Rahmen der Untersuchung wurde der Weko die Konvention vom 15. Dezember 1998 zugestellt. Im Anhang zur Konvention sind die Unternehmen aufgezählt, die sich daran beteiligt haben. Dabei geht es um die Unternehmen, gegen welche die Untersuchung eröffnet wurde, d. h. um Unternehmen, die zurzeit der Untersuchung im Kanton Tessin im Bereich des Strassenbaus tätig waren. Darunter befindet sich auch die Beschwerdeführerin. Das Ziel der Konvention bestand darin, die Qualität der Arbeitsausführung bzw. ein angemessenes Preisniveau auf Grundlage gegenseitiger Loyalität zwischen den Vertragsparteien zu gewährleisten (Ziffer 2 der Konvention). Anlässlich wöchentlicher Sitzungen, für welche die Teilnahme

obligatorisch war, diskutierten Vertreter der beteiligten Unternehmen die bis Ende der darauf folgenden Woche zu vergebenden Aufträge und bestimmten die Auftragnehmer (Ziffer 3 und 4 der Konvention). Die Beschlüsse wurden mit Mehrheitsentscheid der Sitzungsteilnehmer gefasst. Bei Meinungsverschiedenheiten sollte die Entscheidung in geheimer Abstimmung erfolgen. Bei Stimmgleichheit musste sich das Unternehmen mit dem höchsten Kontingent seiner Stimme enthalten (Ziffer 3 der Konvention). Gegenstand der Konvention waren sämtliche Aufträge der öffentlichen Vergabestellen, sämtliche Aufträge mit einer Auftragshöhe von über Fr. 20'000.- sowie andere mit dem Strassenbau zusammenhängende Leistungen für Dritte (Ziffer 5 der Konvention). Für die Zuteilung der Aufträge sah die Konvention verschiedene Kriterien vor: Die Arbeitsbelastung galt grundsätzlich als wichtigstes Kriterium, gefolgt von Ortsbezogenheit, Spezialisierung, bereits angefertigten Offerten und Vereinbarungen zwischen den Sitzungsteilnehmern (Ziffer 7 der Konvention). Die Auftragssummen der vergebenen Arbeiten wurden vor der Zuteilung bestimmten Kontingenten zugeteilt und mit einem Faktor multipliziert, der je nach Unternehmen unterschiedlich war (Ziffer 8 der Konvention). Die Auftragssummen wurden bei Aufträgen bis zu Fr. 1 Mio. zu 100 % angerechnet, zu 90 % für die folgende Fr. 1 Mio., zu 80 % für die weiter folgende Fr.1 Mio., aber maximal zu 50 % bei Auftragssummen ab Fr. 5 Mio. (Ziffer 8 der Konvention). Bezüglich gemischter Arbeiten waren spezielle Kontingente vorgesehen (Ziffer 10 der Konvention). Anlässlich der Untersuchung erklärten alle befragten Strassenbauunternehmen - mit Ausnahme der Luongo SA und der Belagswerke Comibit SA sowie Betasfa SA -, sie hätten den wöchentlichen Sitzungen beigewohnt. Aus den jeweiligen Angaben der untersuchten Unternehmen ging zudem hervor, dass 10 der 18 damals im Kanton Tessin aktiven Strassenbauunternehmen, die zugleich Aktionäre des Belagswerks Comibit SA sind und je einen Sitz in deren Verwaltungsrat haben bzw. hatten, vom Vorliegen der Konvention wussten (vgl. Tabelle 2 in der angefochtenen Verfügung). Comibit SA, Implenia (Ticino) SA sowie Paviclass SA sind Aktionäre des Belagswerks Betasfa SA. Obwohl die Comibit SA und die Betasfa SA in ihren Eingaben beteuerten, an den wöchentlichen Sitzungen nicht teilgenommen zu haben, leitete die Weko aus den bestehenden Beteiligungsverhältnissen ab, dass diese durch ihre Vertreter von den während der Sitzungen gefassten Beschlüssen erfahren haben mussten. Zurecht geht die Weko davon aus, dass die Unternehmen, gegen die ermittelt wurde (mit Ausnahme der Luongo SA), mit der Teilnahme an den wöchentlichen Sitzungen ihr Interesse gezeigt haben, der Konvention auf Grundlage eines "Gentlemen's Agreement" beizutreten. Aufgrund des bisher Abgeklärten durfte sie ebenfalls darauf schliessen, dass die Unternehmen ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken angestrebt haben, indem sie sämtliche in den Anwendungsbereich der Konvention fallenden Strassenbauaufträge unter den an der Konvention beteiligten Unternehmen aufteilten und dabei den Auftragnehmer und die Angebotspreise bestimmten. Gemäss Konvention wurde anlässlich der Sitzungen auch über die Preise der sogenannten "offerte d'appoggio" (Scheinangebote) entschieden. Auf Grund dieser Vorgehensweise ist die Weko zur Erkenntnis gelangt, dass die Konvention den Wettbewerb zwischen den im Kanton Tessin tätigen Strassenbauunternehmen zu beschränken bezweckte. Gestützt auf die bisherigen Ausführungen ist ersichtlich, dass die Weko die an eine Wettbewerbsabrede gestellten Anforderungen gemäss Art. 4 KG zurecht als gegeben erachtet. Da die involvierten Unternehmen der gleichen Marktstufe angehören, kann ohne weiteres von einer Horizontalabrede gesprochen werden. Nachdem die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf die fragliche Konvention bejaht und diese als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs.

1 KG qualifiziert wird, ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob die genannte Abrede aus wettbewerbsrechtlicher Sicht als zulässig oder unzulässig gilt (vgl. Walter Stoffel, Wettbewerbsabreden in Roland von Büren/Lucas David [Hrsg.] Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR], Teilbd. 2 Kartellrecht, Basel/Genf/München, 2000, S. 58).

E. 7

Die Weko hielt fest, dass der in der Konvention beschriebene Mechanismus der Auftragszuteilung einerseits eine Rotation der Auftragsausführung und damit eine Marktaufteilung i. S. v. Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG bezweckte, andererseits eine horizontale Preisabrede i. S. v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG beinhaltete. Bei den Bestimmungen von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG handelt es sich um sogenannte Vermutungstatbestände. Diese beziehen sich nicht auf die Rechtsfolge der Unzulässigkeit, sondern nur auf die Qualifikation als Abrede, welche den wirksamen Wettbewerb beseitigt (Borer, a.a.O., Rz. 31 ad Art. 5 KG). Von den Sachverhalten, die die Tatbestände der genannten Vorschriften erfüllen (Vermutungsbasis), wird vermutet, dass sie zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen (Vermutungsfolge). Bei der Beurteilung von Wettbewerbsabreden, die in den Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG fallen, sind zwei Fragen zu prüfen: zunächst einmal, ob ein Tatbestand im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vorliegt und anschliessend ob die dadurch hervorgerufene Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann (vgl. ROGER ZÄCH, Kartellgesetzrevision 2003, Zürich/Basel/Genf, 2004, S. 26 f. sowie Stoffel, a.a.O., S. 115). Die Rechtsfigur der Vermutung regelt die Folgen der Beweislosigkeit: wenn nicht bewiesen werden kann, dass trotz der Wettbewerbsbeschränkung wirksamer Wettbewerb noch besteht, greift die Vermutung (Botschaft KG 1995 S. 565; zu den Beweisfragen in Zusammenhang mit der Widerlegung der Vermutung vgl. E. 9). In Art. 5 Abs. 3 und 4 KG ergibt sich der Vermutungstatbestand aus den darin aufgelisteten Abreden. Um diesen nachzuweisen, genügt es, wenn der Abschluss bzw. die Einhaltung solcher Abreden als erwiesen gilt. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin ist der Nachweis der tatsächlichen Wirkung auf dem Markt nicht erforderlich. Dies ergibt sich aus dem Gesetzestext: In Art. 5 Abs. 3 KG wird ausdrücklich nur auf "Abreden" und nicht auf "wirksame Abreden" verwiesen. Das ist insofern sinnvoll, als erfahrungsgemäss solche Abreden die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zur Folge haben; mit der Schaffung der Vermutungstatbestände beabsichtigte der Gesetzgeber eine Erleichterung der Kontrolle dieser Art von Wettbewerbsabreden und eine Vereinfachung des Untersuchungsverfahrens (Botschaft KG 1995 S. 565; ROGER ZÄCH, Kartellgesetzrevision 2003, S. 26 f.; Franz Hoffet, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey [Hrsg.] Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Rz. 112; a.M. Stoffel, a. a. O., S. 115: nach diesem Autor ist die Vermutungsbasis erst erstellt, wenn sich die Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG auf dem relevanten Markt erheblich auswirken und damit eine "genügende" Marktabdeckung erreicht ist). In diesem Sinne würde es dem Willen des Gesetzgebers zuwiderlaufen, wenn der Vermutungsträger auch die genügende Wirksamkeit der Abreden, die den Vermutungstatbestand bilden, nachweisen müsste. Gegen den Nachweis der Vermutungsbasis steht allerdings der Gegenbeweis offen, so dass die Vermutungsbasis, sollte diese als erbracht betrachtet werden, dahinfallen würde (vgl. Roger Zäch, Kartellgesetzrevision 2003, S. 26). Der Beweis für die Feststellung des die Vermutungsbasis begründenden Sachverhalts ist gemäss der im Verwaltungsverfahren geltenden Untersuchungsmaxime von Amtes wegen zu erheben (Patrick L.

Krauskopf/Oliver Schaller, in: Marc Amstutz/Mani Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar Kartellgesetz, Basel 2010, Rz. 641 ad Art. 5; Stoffel, a. a. O., S. 115). Für die Vermutungsbasis ist nach dem Gesagten grundsätzlich auf den Inhalt der konkreten Abrede abzustellen. Die konkreten Auswirkungen der Abrede auf den Wettbewerb müssen indessen nicht bewiesen werden. Auch das Bundesgericht scheint von diesen Grundsätzen auszugehen, wenn es generell festhält, dass eine horizontale Preisabrede nach dem eindeutigen Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 KG nur die Vermutung einer Wettbewerbsbeseitigung begründe und nicht auch, dass eine Beseitigung des Wettbewerbs unabänderlich feststünde (BGE 129 II 18 E. 8.3.1). Gemäss Konventionstext (inklusive Anhang) verpflichteten sich sämtliche im Kanton Tessin tätigen Strassenbauunternehmen (mit Ausnahme der Luongo SA), anlässlich wöchentlicher obligatorischer Sitzungen die von der öffentlichen Hand und von Privaten nachgefragten Arbeiten im Voraus unter sich so zu verteilen, dass jedes Unternehmen genügend Aufträge erhielt. Für die aus der Sicht der an der Konvention beteiligten Unternehmen "gerechte" Auftragsverteilung sorgten ein bestimmtes Kontingentsystem und die Multiplikationsfaktoren. Zugleich verpflichteten sich die Unternehmen, die Preise der für den Zuschlag vorgesehenen Offerte und denjenigen der Scheinangebote zu bestimmen. Aus dieser in der Konvention vorgeschriebenen Vorgehensweise ist ersichtlich, dass die an einem Submissionsverfahren teilnehmenden Anbieter das Vorliegen von Wettbewerb auf dem relevanten Markt nur vortäuschten, während den betroffenen Auftraggebern aufgrund der bereits im Voraus abgesprochenen Angebotspreise verunmöglicht wurde, den Wettbewerbspreis für den zu vergebenden Auftrag vorschriftsgemäss zu ermitteln. Die vorliegende Konvention weist somit die charakteristischen Merkmale einer Submissionsabsprache auf (vgl. CHRISTOPH HEITZ, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 25 ff. und 79 ff.; BENEDICT F. CHRIST, Die Submissionsabsprache, Freiburg 1999, Rz. 260 ff. und 373 ff.). Die Konvention als solche stellt einen Eingriff in das freie Spiel von Angebot und Nachfrage dar, da sie die daran beteiligten Unternehmen zu einer Preisfestsetzung der Angebote bzw. einer Aufteilung der Strassenbauaufträge unter Geschäftspartnern verpflichtet. Die Weko hat sich aber nicht nur damit begnügt, das Vorliegen des Abschlusses der Konvention bzw. der Vermutungsbasis darzulegen, sondern sie hat anhand der aus der Untersuchung gewonnenen Ergebnisse erkannt, dass die Konvention zwischen Januar 1999 bis mindestens Ende 2004 auch tatsächlich umgesetzt wurde. Gestützt auf ihre Erhebungen (209 Tabellen, die die im Voraus festgelegten Auftragsvergaben anlässlich der Sitzungen belegen; 192 Seiten, in welchen die pendenten Arbeiten aufgelistet sind; Ausführungen der Unternehmen, des Dipartimento del territorio des Kantons Tessin, diverser Tessiner Gemeinden, der Branchenorganisationen ATIPS und ASTAG) gelangt die Weko zum Schluss, dass die Multiplikationsfaktoren die Grösse und das Alter der Unternehmen widerspiegeln. Je tiefer der Multiplikationsfaktor, desto grösser und älter war das betreffende Unternehmen. Den Unternehmen mit einem tieferen Multiplikationsfaktor wurden höhere Auftragsvolumina zugesprochen als denjenigen mit einem höheren Multiplikationsfaktor. Diejenigen Unternehmen mit dem gleichen Multiplikationsfaktor haben im Zeitraum 1999 und 2003 ähnlich hohe Gesamtumsätze erzielt, was gemäss nachvollziehbarer Ansicht der Weko belegen kann, dass die Unternehmen den Ausgleich mittels Rotationssystems zwar nicht jährlich, aber über die Jahre hinweg erzielen konnten. Aus dem Vergleich des Marktanteils der Unternehmen aufgrund ihrer Gesamtumsätze mit dem Marktanteil aufgrund der in der Konvention vorgesehenen Marktaufteilung ergaben sich bloss minimale Unterschiede (+/- 0,5 %), was

die Weko auf die Änderung der Multiplikationsfaktoren im Laufe der Jahre zurückführt. Während der gesamten Beobachtungsperiode (1999-2003) wurden gemäss Erhebungen der Weko 62 % der Auftragsvolumina über das Rotationssystem vergeben, wobei zeitweise 80 % des relevanten Markts von der Konvention erfasst waren. Die Prüfung der Volatilität der Offerte ergab, dass zwischen Januar 1999 und März 2005 mit einer tiefen Volatilität zu rechnen war und dass ab März 2005 die Volatilität in bemerkenswerter Weise gestiegen ist. Vor März 2005 waren die Preise der Offerten gemäss Erhebungen der Weko höher als der Kostenvoranschlag des Dipartimento del territorio; danach sind sie markant gefallen (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 142, Abbildung 3 und Anhang A3; zum Kostenvoranschlag des Kantons vgl. hinten E. 9.2.3.2). Gemäss herrschender Lehre und dem Willen des Gesetzgebers (Botschaft KG 1995, S. 564 f.) wäre es an sich nicht nötig gewesen, dass die Weko im Rahmen des Beweises für die Feststellung der Vermutungsbasis über das Abstellen auf den Konventionstext hinaus noch weitere Abklärungen zur effektiven Umsetzung und Auswirkung der Abrede getätigt hätte. Dieses Vorgehen scheint allerdings gängige Praxis der Wettbewerbsbehörden zu sein (vgl. Isabelle Chabloz, L'autorisation exceptionnelle en droit de la concurrence, Fribourg 2002, S. 151 mit Hinweisen auf die Praxis des Sekretariats und der Weko; Stoffel, a.a.O., S. 117 m. H.). Im Fall Buchpreisbindung hat das Bundesgericht bei der Prüfung der Vermutungsbasis nebst einer Auseinandersetzung mit dem sogenannten Sammelrevers auch Ausführungen zur Umsetzung und wettbewerbsrechtlichen Tragweite dieser Abrede mit einbezogen (BGE 129 II 18 E. 6.5). Das zeigt, dass es in der Praxis offenbar nicht immer leicht fällt, eine genaue Abgrenzung zwischen Erstellen der Vermutungsbasis und Widerlegung der Vermutung zu ziehen. Grundsätzlich müssen die Wettbewerbsbehörden eine Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 (und 4) KG nicht bestätigen, sie können eine solche lediglich umstossen. Allerdings könnten Sachverhaltselemente, die sich auf die Auswirkungen einer Abrede beziehen, auch von Bedeutung sein, um den Verdacht auf Vorliegen einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen. Ergeben sich zum Beispiel schon bei der Prüfung der Vermutungsbasis Anhaltspunkte, dass eine Abrede gar nicht praktiziert wurde und daher keine Auswirkungen auf dem Markt haben konnte, so läge kein Vermutungstatbestand vor und eine Widerlegung der Vermutung wäre nicht mehr erforderlich. Im vorliegenden Fall konnte die Weko - schon aufgrund der Konvention selbst, ihres Inhaltes und Mechanismus sowie aufgrund der regelmässig stattgefundenen Sitzungen - zurecht auf das Vorliegen der Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG schliessen, unabhängig vom Nachweis der konkreten Auswirkungen der Konvention. Als Konsequenz dieser Schlussfolgerung ist zu vermuten, dass die Konvention auf dem relevanten Markt ihre Wirkungen hatte, indem sie den Wettbewerb beseitigte. Da die Weko nicht über ausreichende Dokumente und Belege verfügte, liess sie die Frage offen, ob das grösste Tessiner Belagswerk Comibit SA aufgrund einer Verdrängungsstrategie eine allfällige marktbeherrschende Stellung auf dem Markt hatte. Ebenso wenig ermittelte die Weko, ob eine Abrede über Transportpreise abgeschlossen wurde. Die Vermutungsbasis beschränkt sich nach dem Gesagten auf die Aufteilung der Strassenbauarbeiten unter den an der Konvention beteiligten Firmen sowie auf die Festlegung der Preise für diese Arbeiten. Die von der Weko ermittelten Aspekte der Auswirkungen der Konvention auf dem relevanten Markt werden gegebenenfalls im Rahmen der Widerlegung der Vermutung zu berücksichtigen sein. Ob und inwiefern die Prüfung der Widerlegbarkeit der Vermutung durch die Weko rechtens erfolgte, ist Gegenstand der nachfolgenden Erwägungen.

Der Grund für die Statuierung der Vermutungstatbestände, insbesondere derjenigen nach Art. 5 Abs. 3 KG, liegt in der Erkenntnis, dass solche sogenannten harten Kartelle typischerweise als schädlich gelten (vgl. Botschaft KG 1995, S. 564). Nur die Vermutungsfolge, die in der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs liegt, bezieht sich auf die wettbewerbsrechtliche Schädlichkeit der Abrede, nicht aber der Vermutungstatbestand, der, wie bereits erwähnt, bloss das Vorliegen solcher Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG voraussetzt. Die Frage, ob eine Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG schädlich ist, ist demnach im Rahmen der Widerlegung der Vermutung zu untersuchen und nicht bereits bei der Prüfung, wie die Abrede zu qualifizieren ist, d. h. bei der Frage, welcher der Vermutungstatbestände im konkreten Fall vorliegt (Art. 5 Abs. 3 Bst. a-c KG). Bei horizontalen Preisabsprachen gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG manifestiert sich die Schädlichkeit darin, dass der Preis im horizontalen Verhältnis als wettbewerbsentscheidender Parameter gilt, da es der Marktgegenseite bei einer Preisvereinheitlichung von homogenen Gütern regelmässig unmöglich wird, auf Substitute auszuweichen. Die Festsetzung von Preisen hat für den Abnehmer unmittelbar höhere Preise zur Folge. Horizontale Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG gelten vermutungsgemäss als besonders schädlich, weil sie in der Lage sind, mittels künstlich abgeschotteten Teilmärkten den Wettbewerb auszuschalten. Durch die Segmentierung des Markts werden künstliche Monopolsituationen geschaffen, die es den Unternehmen erlauben, nach Belieben Bedingungen zu diktieren, wie überhöhte Preise zu verlangen oder Produktangebote zu verknapfen. Die Aufteilung von Märkten oder Geschäftspartnern schränkt somit das Angebot ein und führt zu einer verminderten Produktion und damit zu höheren Preisen (zum Schädlichkeitspotential von Abreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG, vgl. CLAUDIA OESCH, Kooperationen zwischen KMU, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 95 f.; Botschaft KG 1995, 568 und KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., Rz. 370 ff. ad Art. 5). Auch im National- und Ständerat ging man offensichtlich davon aus, dass Abreden über Preise, Mengen und Gebiete im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG besonders schädliche Auswirkungen zeitigen (ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005, Rz. 1121 ff. mit Hinweisen auf die verschiedenen Voten im National- und Ständerat). Kann die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt werden, erweist sich eine Wettbewerbsbeschränkung nach dem Gesagten als unzulässig und schädlich.

E. 9

In der Folge bleibt zu prüfen, ob die gesetzliche Vermutung für eine Wettbewerbsbeseitigung im vorliegenden Fall widerlegt werden kann. Zur Widerlegung der Vermutung genügt der Nachweis, dass trotz der Abrede noch wirksamer aktueller und potentieller Aussen- und/oder wirksamer Innenwettbewerb bestehen bleibt (vgl. Botschaft KG 1995, 565; Borer, a.a.O., Rz. 29 ad Art. 5 KG; BGE 129 II 36 E. 8.3.2; vgl. auch hinten E. 9.2.1 und 9.2.2). Wird nicht nachgewiesen, dass trotz der Abrede wirksamer Wettbewerb besteht, gilt dieser als beseitigt. Art. 5 Abs. 3 KG regelt damit die Beweislast, das heisst die Folgen der Beweislosigkeit. Demgegenüber liegt die Beweisführungslast im verwaltungsrechtlichen Verfahren bei der Wettbewerbskommission, wobei die Parteien eine Mitwirkungspflicht trifft (Art. 12 und 13 VwVG i.V.m. Art. 39 und 40 KG; BGE 129 II 18 E. 7.1; BORER, a.a.O., Rz. 31 ad Art. 5; HOFFET, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey [Hrsg.] Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Rz. 111 ad Art. 5 KG; CHRISTIAN MEYER-SCHATZ, Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen, in: AJP 1996, S. 820 Ziff. 4.1; STOFFEL,

SIWR, S. 115 f.; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Rz. 451). Da die für die Widerlegung der Vermutung notwendigen Tatsachen unter Umständen die internen Unternehmensverhältnisse tangieren oder zumindest Sachkenntnisse über die Verhältnisse auf dem relevanten Markt erfordern, haben die beteiligten Unternehmen zur Erfüllung ihrer Mitwirkungspflicht einen erheblichen, wenn nicht sogar den entscheidenden Beitrag zur Widerlegung der Vermutung zu leisten. Bei der Prüfung, ob der wirksame Wettbewerb trotz der Abrede noch besteht, hat die Wettbewerbsbehörde sowohl den Untersuchungsgrundsatz als auch die Vorbringen der Parteien zu berücksichtigen (Botschaft KG 1995, 565).

E. 9.1

Die Frage der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bezieht sich auf einen sachlich und räumlich abgegrenzten Markt für bestimmte Waren oder Leistungen (ZURKINDEN/TRÜEB, a. a. O., Rz. 3 ad. Art. 5 KG; BORER, a. a. O., Rz. 9 ff. ad Art. 5 KG). Der Begriff des relevanten Markts wird im KG nicht näher definiert. Für die Abgrenzung des sachlich und örtlich relevanten Markts im Rahmen der Beurteilung von Wettbewerbsabreden kann Art. 11 Abs. 3 Bst. a und b der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) analog angewendet werden (vgl. Roland Köchli/Philippe M. Reich, in: Baker & McKenzie, Stämpfli Handkommentar zum KG, Rz. 42 und 44 ad Art. 4 KG; Borer, a. a. O., Rz. 10 ad Art. 5 KG; BGE 129 II 33 f. E. 7.3).

E. 9.1.1

Die Bestimmung des sachlich relevanten Markts erfolgt aus der Sicht der Marktgegenseite; massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen. Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden (vgl. Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU). In der Lehre sowie in der Praxis der Wettbewerbsbehörden wurde die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts im Zusammenhang mit den öffentlichen Beschaffungen bereits untersucht. In einem Submissionsverfahren bildet der öffentliche Auftraggeber die Marktgegenseite zu den anbietenden Unternehmen. Der Auftraggeber spezifiziert in den Ausschreibungsunterlagen anhand eines umfassenden Produktebeschriebs bzw. eines detaillierten Leistungsverzeichnisses jene Waren und Dienstleistungen, die er als substituierbar ansieht. Der sachlich relevante Markt wird durch die öffentlich publizierte Eignungskriterien und durch die Ausschreibungsunterlagen schon im Voraus definiert und lässt sich im Gegensatz zu einem gewöhnlichen Markt leicht ermitteln (vgl. HEITZ, a. a. O., S. 86 ff.; CHRIST, a. a. O., Rz. 301; RPW 2002/1, S. 141 i. S. Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek). Spezialmärkte können grundsätzlich für eine zeitlich unbeschränkte (sogenannte "Dauermärkte"), aber auch für eine zeitlich begrenzte Zeit bestehen (vgl. Heitz, a. a. O., S. 88 f.). Im Fall betreffend Betonsanierung der Landesbibliothek ging die Weko davon aus, der Wettbewerb beginne auf dem Submissionsmarkt mit der Ausschreibung und ende mit dem Vertragsschluss. Der effektive Wettbewerb finde im Stadium vor der Einreichung der Offerten statt. Dem Submissionsmarkt gehörten diejenigen Unternehmen an, die am Vergabeverfahren teilgenommen und innert Frist eine Offerte eingereicht haben. Die übrigen Anbieter, die auf die Einreichung einer Offerte verzichtet haben, beteiligten sich nicht am öffentlichen Submissionsverfahren. Jeder öffentliche Auftrag könnte so gesehen als eigener Markt mit beschränkter Dauer betrachtet werden (vgl. Heitz, a. a. O., S. 88 f.; Christ, a.a.O., Rz. 307

ff.). Je nach Art und Charakteristik der Beschaffungsgegenstände können die betroffenen Märkte im Falle von Submissionsabsprachen zeitlich in unterschiedlichem Umfang bestehen. Neben einmaligen oder wiederkehrenden Kurzzeitmärkten, ist es - je nach den konkreten Umständen und wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen - denkbar, auch von einem eigentlichen Dauermarkt, mithin von einem Dauer-Submissionskartell auszugehen (vgl. auch Krauskopf/Schaller, a. a. O., Rz. 146 und 147 ad Art. 5 KG). Für die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts ist die Weko in casu vorerst von zwei Märkten ausgegangen: Dem Markt für Belagsproduktion einerseits und dem Markt für Strassen- und Belagsbau andererseits. Beim ersten Markt ist zu berücksichtigen, dass die Auftraggeber aufgrund der Gesamtofferte die Strassenbauunternehmung und das Belagswerk wählen, denn in der Gesamtofferte werden neben den Strassenbauarbeiten auch die Preise für das Mischgut verrechnet. In diesem Markt stehen sich die Anbieter von Mischgut, die Strassenbauunternehmen (als direkte Abnehmer) und die öffentlichen Auftraggeber als Nachfrager gegenüber. Der Markt für Strassen- und Belagsbau umfasst nach Praxis der Weko (RPW 2007/1 S. 105) alle mit dem Einbau von Schwarzbelag zusammenhängenden Arbeiten, wie etwa Terrainvorbereitung, Belagseinbau und Unterhalt. Es stehen sich primär die Strassenbauunternehmen als Anbieter und zum grösseren Teil die öffentlichen Vergabestellen als Nachfrager gegenüber. Der Ansatz, wonach jede Submission als ein eigener relevanter Markt mit beschränkter Dauer zu betrachten ist, kann im vorliegenden Fall keine praktische Bedeutung erlangen. Die Beschaffungsstellen des Kantons Tessin schreiben laufend Strassenbauprojekte aus. Die Submittenten und Anbieter stehen demnach nicht nur punktuell zwischen Beginn der Ausschreibung und Vertragsschluss in Konkurrenz zueinander, sondern auch zwischen den einzelnen Ausschreibungen. Ebenfalls ist in Betracht zu ziehen, dass die Marktgegenseite auch private Auftraggeber auf der Bieterseite aufweisen kann.

E. 9.1.2

Der räumlich relevante Markt umfasst gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet. Dabei gilt es, zwei Faktoren zu berücksichtigen: die Ortszugehörigkeit der gemäss Ausschreibung teilnahmeberechtigten Anbieter und die im konkreten Fall nachgefragten Waren oder Dienstleistungen (vgl. HEITZ, a.a.O., S. 87 f.; CHRIST, a.a.O., Rz. 305 f.). Die Weko hat den Markt für Belagsproduktion zurecht mindestens kantonale abgegrenzt, da die Strassenbauunternehmen darauf angewiesen sind, das Material für den Strassenbelag von einem Belagswerk zu beziehen, das sich in der Nähe der Baustelle befindet. In Anbetracht dessen, dass das bituminöse Mischgut ein rasch verderbliches Produkt ist, ist davon auszugehen, dass alle Belagswerke, die im Umkreis von etwa fünfzig Kilometern um den Ort der Leistung liegen, grundsätzlich zum räumlich relevanten Markt gehören (vgl. CHRIST, a. a. O., Rz. 305). Aufgrund der besonderen Beschaffenheit des bituminösen Mischguts sind den Strassenbauunternehmen in der Wahl des Belagswerks Grenzen gesetzt. Ein Bezug bei Belagswerken in den benachbarten Kantonen oder dem grenznahen Italien (Lombardei) ist insofern schwer vorstellbar, als die notorisch bekannten Verkehrsprobleme am Gotthardtunnel und beim Grenzübergang Schweiz/Italien bzw. die nicht immer freien Zufahrten zu den Alpenpässen eine umgehende Lieferung des bituminösen Mischguts nicht gewährleisten können. Unter diesem Gesichtspunkt wird ersichtlich, warum - abgesehen von wenigen Ausnahmen - weder italienische noch ausserkantonale Strassenbauunternehmen während der untersuchten Periode eine ins Gewicht fallende Tätigkeit im Kanton Tessin wahrgenommen haben. So

konnte die Weko festhalten, dass z. B. das bündnerische Belagswerk Giudicetti SA aus Lostallo trotz seiner geographischen Nähe bis Ende März 2005 nie Mischgut in den Kanton Tessin geliefert hatte. Schliesslich hat die Weko gestützt auf ihre Praxis festgehalten, dass der Markt für Strassen- und Belagsbau ein regionaler bis nationaler Markt sei. Nicht anders verhält es sich im vorliegenden Fall. Die Konvention selbst geht für sich von einem örtlichen Geltungsbereich aus, der ihre Anwendung auf den Kanton Tessin beschränkte. Dies indem sie die Teilnahme an der Konvention allen Strassenbauunternehmen vorbehält, die im Handelsregister eingetragen und der ATIPS beigetreten sind (Art. 1). Bei den im Anhang zur Konvention aufgeführten Unternehmen handelt es sich ausschliesslich um Tessiner Strassenbauunternehmen, die während der Beobachtungsperiode im Kanton Tessin auch effektiv tätig waren. Die Definition des räumlich relevanten Markts gemäss Konvention deckt sich im Ergebnis mit den Schlussfolgerungen der Ermittlungen der Vorinstanz. Aus den Erhebungen der Weko geht hervor, dass - abgesehen von ganz wenigen Ausnahmen - weder italienische noch ausserkantonale Strassenbauunternehmen in der Beobachtungsperiode im Kanton Tessin tätig waren. Im Zusammenhang mit den Ausnahmen verwies die Weko auf ein italienisches Strassenbauunternehmen, welches sich mit einem Schweizer Unternehmen zu einem Konsortium zusammengeschlossen und an einem Submissionverfahren im Kanton Tessin teilgenommen hatte. Die Offerte dieses Konsortiums wurde aber nicht berücksichtigt. Nach dem Gesagten vermag der erfolglose Markteintritt eines italienischen Strassenbauunternehmens die Ausführungen der Weko zur Abgrenzung der räumlich relevanten Märkte jedoch nicht in Frage zu stellen.

E. 9.1.3

Als Zwischenresultat ergibt sich, dass die von der Weko vorgenommene Marktabgrenzung zu keinen Beanstandungen Anlass gibt.

E. 9.2

Die Frage nach der Wirksamkeit des aktuellen und potentiellen Aussen- bzw. Innenwettbewerbs ist grundsätzlich mit Bezug auf jeden relevanten Markt getrennt zu untersuchen. Aufgrund der Beteiligungsverhältnisse zwischen den Belagswerken und den Strassenbauunternehmen (ein Grossteil der Strassenbauunternehmen waren Aktionäre der Belagswerke) scheint die Weko bei der Beurteilung dieser Frage beide Märkte gleichzeitig berücksichtigt zu haben. Das ist insofern vertretbar, als davon auszugehen ist, dass das Marktverhalten der Belagswerke aufgrund der Beteiligungsverhältnisse durch die Absprache bestimmt wurde und dem Markt für Strassen- und Belagsbau untergeordnet war. Es kann daher offen bleiben, ob und inwiefern eine separate Beurteilung des Markts für Belagsproduktion bei der Prüfung der Frage der Wirksamkeit des aktuellen und potentiellen Aussen- bzw. Innenwettbewerbs angezeigt und erforderlich gewesen wäre.

E. 9.2.1

Ein funktionierender Aussenwettbewerb liegt vor, wenn es Unternehmen gibt, die nicht an der Abrede beteiligt sind und damit so viel Konkurrenz schaffen, dass ein wirksamer Wettbewerb nicht als beseitigt erscheint (BGE 129 II 18, E. 8.1). Dabei ist neben der disziplinierenden Wirkung der tatsächlichen (aktuellen) auch diejenige der potenziellen Konkurrenz zu berücksichtigen (vgl. Borer, a.a.O., Rz. 29 ad Art. 5 KG; Hoffet, a.a.O., Rz. 129 ad Art. 5 KG). Ob und wie stark der Aussenwettbewerb durch Absprachen beeinträchtigt wird, bestimmt sich nach der Struktur des konkreten Markts. Ausschlaggebend für die Marktstruktur ist die Frage, in welchem Verhältnis die Anzahl der

absprachegebundenen Teilnehmer zur Anzahl der nicht absprachegebundenen Teilnehmer steht (vgl. HEITZ, a.a.O., S. 97 f.; CHRIST, a.a.O., Rz. 360 ff.). Im vorliegenden Fall hatten 17 der damals 18 im Kanton Tessin im Strassenbau aktiven Unternehmen an der Konvention teilgenommen. Unter dem Aspekt, dass nicht nur wenige Marktteilnehmer, sondern fast die Gesamtheit der Akteure auf dem relevanten Markt die Abrede mitgetragen haben, liegt es auf der Hand, dass praktisch kein wirksamer und funktionierender Aussenwettbewerb vorliegen konnte (vgl. ZÄCH, Kartellgesetzrevision 2003, a.a.O., S. 28). Hinsichtlich des aktuellen Aussenwettbewerbs ist festzuhalten, dass zurzeit der Anwendung der Konvention keine aussenstehenden Unternehmen vorhanden waren, welche das Verhalten der sich an der Absprache beteiligten Teilnehmer massgeblich beeinflussen konnten. In der angefochtenen Verfügung nennt die Weko die Firma Mutti G. & Co. und das Strassenbauunternehmen C. P. A. Costruzioni Pavimentazioni e Asfalti SA als die einzig in Frage kommenden aktuellen Konkurrenten. Entsprechend den nachvollziehbaren Erhebungen der Vorinstanz ist allerdings davon auszugehen, dass die Firma Mutti G. & Co. weder über eine eigene Produktionsanlage noch über die notwendigen Maschinen für die Durchführung grosser Belagsarbeiten verfügte. Das Strassenbauunternehmen C. P. A. Costruzioni Pavimentazioni e Asfalti SA wurde indessen erst im März 2005 gegründet, als die Abrede bereits aufgelöst war. Da die Firma Luongo SA an den wöchentlichen Sitzungen nicht teilnahm, könnte sie als aussenstehendes Unternehmen in die Analyse des aktuellen Aussenwettbewerbs mit einbezogen werden. Die Ausführungen des Kantons Tessin in der Stellungnahme zur Beschwerde lassen allerdings darauf schliessen, dass die Firma Luongo SA eine bescheidene Struktur aufwies, die nicht mit derjenigen der an der Konvention beteiligten Unternehmen verglichen werden kann, weshalb davon auszugehen ist, dass sie allein das Verhalten der Absprecher nicht wesentlich beeinflussen konnte. Bezüglich des potentiellen Aussenwettbewerbs ist anzumerken, dass während der Beobachtungsperiode keine neuen Strassenbauunternehmen in den Markt eingetreten waren, welche die an der Konvention beteiligten Unternehmen zu einem wettbewerbskonformen Verhalten hätten disziplinieren können. Gemäss den Erhebungen der Weko ist davon auszugehen, dass das in Lostallo ansässige Bündner Unternehmen Giudicetti bis Ende 2005 kein bituminöses Mischgut in den Kanton Tessin geliefert hatte. Der Umstand, dass eine italienische Firma in Arbeitsgemeinschaft mit einem schweizerischen Unternehmen an einem Submissionsverfahren betreffend Strassenbauarbeiten teilgenommen hat, genügt für sich allein nicht, um den Einfluss der Abrede auf den Wettbewerb in Frage zu stellen (vgl. vorne E. 9.1.2 i.f.). Aus den anlässlich der Untersuchung eingegangenen Antworten ergibt sich, dass sich die in Italien oder in anderen Kantonen domizilierten Firmen aus sprachlichen Gründen, wegen der Distanz und der Transportkosten und nicht zuletzt aufgrund der bestehenden Überkapazitäten keinen Zutritt zum Tessiner Markt verschafft hatten. Die angeblichen potentiellen Konkurrenten sahen insofern keine Gelegenheit, in die Handlungen der sich abgesprochenen Unternehmen einzugreifen, und waren nicht imstande, auf diese einen genügenden Wettbewerbsdruck auszuüben. Dass drei von fünf der befragten italienischen Unternehmen einen Eintritt in den Tessiner Markt für möglich gehalten haben mögen, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, vermag nichts am Umstand zu ändern, dass in casu aufgrund genügender Indizien vom Nichtvorliegen eines wirksamen potentiellen Aussenwettbewerbs auszugehen ist. Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs zurecht nicht mit dem Argument, es habe ein wirksamer aktueller und potentieller Aussenwettbewerb

bestanden, als widerlegt betrachten konnte.

E. 9.2.2

Der Innenwettbewerb ist der zwischen den an der Abrede beteiligten Unternehmen bestehende Wettbewerb. Ein funktionierender Innenwettbewerb liegt vor, wenn die Abrede in Wirklichkeit gar nicht befolgt wird, oder wenn trotz der die Vermutung begründenden Absprache bezüglich einzelner Wettbewerbsparameter aufgrund anderer Faktoren ein wirksamer Wettbewerb fortbesteht, namentlich durch den Nachweis eines funktionierenden Beratungs-, Service- oder Qualitätswettbewerbs (BGE 129 II 18 E. 8.1).

E. 9.2.2.1

Mit Bezug auf den Innenwettbewerb ist zu bemerken, dass der Strassenbaumarkt im Kanton Tessin während der Beobachtungsperiode systematisch unter den an der Konvention beteiligten Unternehmen aufgeteilt wurde, indem diese anlässlich der wöchentlichen obligatorischen Sitzungen das den Zuschlag erhaltende Unternehmen bzw. den Preis seiner Offerte im Voraus bestimmten. Aufgrund der Erhebungen der Weko muss davon ausgegangen werden, dass beinahe sämtliche untersuchten, im Strassenbau aktiven Unternehmen (mit Ausnahme der Luongo SA) den während der Sitzungen gefassten Beschlüssen im Sinne der Konvention effektiv Folge geleistet haben. Die Beteiligung an der Konvention und deren Einhaltung durch sämtliche Tessiner Strassenbaufirmen konnten daher einen funktionierenden Innenwettbewerb verhindern, wie dies die nachfolgenden Erwägungen zeigen.

E. 9.2.2.2

Die Beschwerdeführerin bezieht sich auf Art. 32 des kantonalen Gesetzes über das öffentliche Auftragswesen vom 20. Februar 2001 (LCPubb), um den Nachweis zu erbringen, dass im vorliegenden Fall ein ausreichender Restwettbewerb aufgrund anderer Faktoren als dem Preis (Termin, Qualität, Betriebskosten) bestehen konnte. Dabei verweist die Beschwerdeführerin auf den Fall der Buchpreisbindung, in welchem das Bundesgericht die Relevanz nichtpreislicher Wettbewerbsparameter wie zum Beispiel die Qualität im Bereich Sortimentsbreite und fachkundiger Beratung bejahte, da die Buchkundschaft offenbar weniger Wert auf tiefe Preise lege (BGE 129 II 37 f. E. 8.3.2). Für eine analoge Anwendung der Rechtsprechung in Sachen Buchpreisbindung auf den vorliegenden - einen Submissionskartell betreffenden Fall - bestehen allerdings gewisse Zweifel. Wie bereits erwähnt, erfasste die Konvention alle von einem öffentlichen Auftraggeber ausgeschriebenen Arbeiten. Im Bereich der öffentlichen Beschaffungen und im Unterschied zum Buchmarkt erstreckt sich der Wettbewerb grundsätzlich nur auf den Angebotspreis. Die übrigen Faktoren sind praktisch einem Wettbewerb entzogen, weil sie vom öffentlichen Auftraggeber im Leistungsverzeichnis gemäss Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen im Voraus bestimmt wurden (vgl. Heitz, a.a.O., S. 98; Christ, a.a.O., N 374). Im Vergaberecht des Bundes kann der Zuschlag für weitgehend standardisierte Güter auch ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen (Art. 21 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB], SR 172.056.1). Es ist davon auszugehen, dass Strassenbelagsarbeiten in der Regel nicht die Komplexität haben, bei welcher die Preisabrede aufgrund der Bedeutung von Qualität oder anderen Kriterien signifikant relativiert werden würde (vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3311/2009 vom 16. Juli 2009, E. 6.3 ff. insbesondere 6.6). Mit Bezug auf den konkreten

Fall ergibt sich aus den unbestrittenen Ermittlungen der Weko und der Stellungnahme des Kantons, dass der zweitbilligste Offerent oft mehr als 5 % teurer als der Gewinner der Ausschreibung war sowie dass die Offerten der teureren Anbieter oftmals weniger detailliert und lückenhaft waren. Daraus wird ersichtlich, dass der Preis den entscheidenden Faktor auf dem relevanten Markt darstellte. Wird eine Preisabsprache getroffen, so haben die an der Abrede Beteiligten praktisch keinen Einfluss mehr auf den Wettbewerbsparameter Preis. Wie bereits erörtert, verhält es sich im Vergaberecht so, dass der Auftraggeber die meisten Wettbewerbsfaktoren im Leistungsverzeichnis im Voraus bestimmt, mit Ausnahme des Parameters Preis. Es liegt auf der Hand, dass durch die Preisabsprache die Handlungsfreiheit der Unternehmen, die sogenannte stützende bzw. Scheinangebote einreichen oder auf die Einreichung einer Offerte verzichten, komplett beseitigt sein dürfte. Eine Abrede, die den Preis des den Zuschlag erhaltenden Angebots bestimmt und mittels eines Verteilschlüssels in der Lage ist, den Zuschlag auf den zum Voraus bestimmten Empfänger zu lenken, ist ebenfalls geeignet, die Handlungsfreiheit der an der Abrede beteiligten Unternehmen auszuschalten (vgl. Heitz, a.a.O., S. 98; Christ, a.a.O., Rz. 374). Der Umstand, dass praktisch alle im Kanton Tessin tätigen Strassenbauunternehmen der Abrede beigetreten waren und ein Grossteil dieser Firmen aufgrund der Grösse und der wirtschaftlichen Bedeutung einen beträchtlichen Marktanteil hielten, stellt ein erdrückendes Indiz für die Annahme dar, dass der Wettbewerb auf dem relevanten Markt beseitigt gewesen sein dürfte. Die öffentlichen Auftraggeber (Kanton und Gemeinden) konnten nicht auf Angebote ausweichen, welche unabhängig von der Konvention erstellt worden waren. Aus ihrer nicht zu beanstandenden Sachverhaltsfeststellung durfte die Weko ohne weiteres schliessen, dass die Abhängigkeit der Strassenbauunternehmen von der Konvention die Bildung eines wirksamen Innenwettbewerbs verhindere und dazu beitrage, das Preisniveau der Aufträge aufgrund des fehlenden Wettbewerbsdrucks zu verfälschen.

E. 9.2.2.3

Die Beschwerdeführerin erachtet die Feststellung der Weko als falsch, wonach der wirksame Wettbewerb als beseitigt gelte, wenn lediglich 60 % des relevanten Markts von der Abrede erfasst seien. Sie geht davon aus, dass der Wettbewerb bei 40 % Restwettbewerb nicht beseitigt sei und verweist hierzu auf in- und ausländische Doktrin sowie auf eine Entscheidung der Weko in Sachen Fahrlehrer Graubünden, der den Wettbewerb nicht als beseitigt betrachtet habe, obwohl bis 74 % des Markts die vorgegebenen Preise eingehalten habe. Um die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu widerlegen, genügt es nicht, das Vorliegen irgendeines Restwettbewerbs nachzuweisen. Gegenstand des Nachweises ist das Vorliegen wirksamen Wettbewerbs trotz der vermutungsbegründenden Abreden (vgl. Zäch, Kartellgesetzrevision 2003, S. 28). Mit ihrer Rüge übersieht die Beschwerdeführerin, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht allein durch pauschale Hinweise auf den jeweiligen Marktanteil widerlegt werden kann. Die Weko hat nicht nur den Marktanteil, sondern auch die Marktverhältnisse, die Marktstruktur und die Umstände des Einzelfalls in ihre Analyse miteinbezogen. Sie hielt fest, dass zwischen 1999 und 2003 mindestens 62 % der vergebenen Aufträge gemäss dem Konventionsmechanismus verteilt wurden. Unter Berücksichtigung der folgenden Aspekte lässt sich vorstellen, dass dieser Durchschnittswert noch höher ausgefallen wäre. Aufträge oberhalb von Fr. 1 Mio. bzw. Aufträge, die Strassenbauarbeiten neben noch zusätzlichen anderen Aufträgen umfassten (sogenannte gemischte Aufträge), wurden nicht zu 100 % den Kontingenten zugerechnet (Gemäss Ziffer

10 der Konvention wurden Arbeiten mit Naturstein zu 50 % und Abdichtungsarbeiten zu 25 % verrechnet). Unter Hinweis auf Ziffer 8 der Konvention erkannte die Weko, dass Angebotspreise, die nicht innerhalb zwei Monaten nach der Zuteilung zu einem Auftrag führten, von den Kontingenten abgezogen wurden. Diese sogenannten pendenten Arbeiten wurden in einer entsprechenden Liste aufgenommen und belaufen sich auf Fr. 10,6 Mio. für 2002, auf Fr. 27,8 Mio. für 2003 und auf 5,3 Mio. für 2004. Unter Einbezug der pendenten Arbeiten wurden zwischen 1999 und 2003 auf dem relevanten Markt durchschnittlich 72 % der Aufträge über das in der Konvention verankerte Rotationssystem zugeteilt. Entgegen der Behauptung der Weko kann dahingestellt bleiben, ob auch die nicht unter den Anwendungsbereich der Konvention fallenden Aufträge (es handelt sich dabei bloss um private Aufträge unterhalb von Fr. 20'000.-) ebenfalls zu einem höheren Durchschnittswert der vergebenen Aufträge hätten führen können. Es ist davon auszugehen, dass solche Aufträge nur eine geringe oder zumindest vernachlässigbare Rolle für die Verteilung der Aufträge gespielt haben dürfen. Diesen Ermittlungen der Weko lässt sich der Schluss entnehmen, dass der relevante Markt in beträchtlicher Art und Weise von der Konvention beeinflusst war und dass die in den Geltungsbereich der Konvention fallenden Aufträge in Abhängigkeit vom vorgesehenen Rotationssystem vergeben wurden. Gemäss Tabelle 3 in der angefochtenen Verfügung ist zudem davon auszugehen, dass sich die durch das Rotationssystem tatsächlich erzielte Aufteilung des Markts und die in der Konvention vorgesehene nur gering unterschieden (+/- 0,5 %). Unter diesen Umständen mag es vielleicht naheliegen, dass Aufträge, die nicht im Rahmen des Rotationssystems vergeben wurden, ebenfalls nach dem Konventionsmechanismus vergeben wurden, da die Preisunterschiede zwischen den abgesprochenen und den nicht abgesprochenen Aufträgen zur Aufdeckung der abgesprochenen Aufträge hätten beitragen können. Diese Frage kann aber offen bleiben, weil die Gesamtergebnisse der Untersuchung bereits genügend Anhaltspunkte dafür liefern, dass die Konventionsordnung keinen Raum für einen wirksamen Restwettbewerb liess. Aus dem Hinweis auf die Untersuchung der Weko im Fall der Fahrlehrer im Kanton Graubünden kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Im Fall Fahrschule Graubünden erkannte die Wettbewerbskommission, dass noch bei einer Bindung von 72 % des relevanten Markts wirksamer Aussenwettbewerb bestehen könne (RPW 2003/2, 283-287 Rz. 50-64). Dabei verhielt es sich so, dass 39 Fahrlehrer eines Verbands einer (aufgehobenen) Verbands-Preisempfehlung in einer Spannbreite von +/- 5 % gefolgt waren, wohingegen fünf unabhängige Fahrlehrer und zehn dem Verband angeschlossene Fahrlehrer eine davon unabhängige Preispolitik verfolgten. Die Weko kam damals zur Erkenntnis, dass trotz eines Marktanteils der untersuchten Abrede von 74 % noch Aussenwettbewerb durch diese drei erwähnten Kategorien von Konkurrenten erfolgen könne. Eine solche Ausgangslage ist im vorliegenden Fall jedoch nicht gegeben. Mit ihrer Rüge, die Weko habe die Marktanteile aufgrund einer durchschnittlichen Erfassung der Zeitperioden (1999-2003) und nicht anhand einer isolierten Betrachtung jedes einzelnen Jahres (zumindest der Jahre 2001, 2003 und 2004) beurteilt, stösst die Beschwerdeführerin insofern ins Leere, als das von der Abrede vorgesehene Rotationssystem langfristig angelegt war. Die Weko hat für die Jahre 1999 bis 2003 die anteilmässige Verteilung der Umsätze durch das Rotationssystem im Hinblick auf jedes einzelne Jahr separat wiedergegeben. Innerhalb dieser Periode wurden in den Jahren 1999, 2000 und 2002 83 %, 70 % und 81 % der Auftragsvolumina mit dem Rotationssystem zugeteilt. In den Jahren 2001 und 2003 betrugen die Werte 47 % bzw. 32 %. Diese Schwankungen führte die Weko darauf zurück, dass die Aufträge den Kontingenten und

den Erfolgsrechnungen der Unternehmen zu unterschiedlichen Zeitpunkten zugerechnet wurden bzw. dass nicht alle von der Konvention erfassten Aufträge zu 100 % zu den Kontingenten zugeteilt wurden. Die von der Weko angeführten Gründe für die Umsatzenschwankungen lassen sich ohne weiteres nachvollziehen. Die gleiche Vereinbarung wurde über Jahre von den gleichen Kontrahenten angewendet. Daher erscheint eine durchschnittliche Erfassung der Auftragsvolumina mit Blick auf die gesamte Beurteilungsperiode gerechtfertigt. Ihrerseits tut die Beschwerdeführerin nicht dar, warum und mit welchen Konsequenzen sich vorliegend eine separate Beurteilung der einzelnen Jahre der Beobachtungsperiode aufgedrängt hätte. Allein aufgrund der Unterschiede in den Jahresprozentanteilen drängt sich eine separate Beurteilung nicht auf, zumal die technische Ausgestaltung der Abrede wie erwähnt darauf ausgelegt ist, einen länger- oder mittelfristigen Ausgleich entsprechend den vereinbarten Kriterien zu erreichen.

E. 9.2.2.4

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Weko aufgrund ihrer Ermittlungen zurecht davon ausgehen konnte, dass trotz Konvention kein wirksamer Innenwettbewerb vorgelegen hatte. Mit ihren Rügen vermochte die Beschwerdeführerin nicht darzulegen, dass die Abrede von den Beteiligten nicht eingehalten wurde, dass diese keine Auswirkungen auf dem relevanten Markt verursacht hatte und nicht marktdeckend war. Die Beschwerdeführerin kann die Vermutung auch nicht mit dem Argument widerlegen, auf dem betreffenden Markt habe aufgrund anderer Wettbewerbsparameter, trotz Ausschaltung des Wettbewerbsparameters Preis, immer noch wirksamer Wettbewerb bestanden. In diesem Sinne durfte der Konvention die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs attestiert werden, mit der Folge, dass diese als unzulässig und schädlich erachtet werden muss.

E. 9.2.3

Die Beschwerdeführerin bringt im Zusammenhang mit der Widerlegbarkeit der Vermutung weiter vor, dass die Weko die Schädlichkeit der Abrede nicht geprüft habe. Sie ist der Ansicht, dass die gemäss Konvention kalkulierten Offertpreise den Marktpreisen entsprächen, was gegen die Schädlichkeit der Abrede spreche. Die Weko habe es unterlassen, den Marktpreis anhand der Kosten- bzw. Vergleichsmarktmethode zu ermitteln. Jedenfalls habe die Beschwerdeführerin während der Dauer der Abrede im Bereich Strassenbelagsarbeiten keinen Gewinn und auch keine Monopolrente erwirtschaftet. Des Weiteren rügt die Beschwerdeführerin, die Weko habe eine falsche Schlussfolgerung betreffend das Preisniveau gezogen, da sie nicht belegt habe, warum sie die aktuellen Preise, die 20-40 % unter denjenigen von 2005 gelegen hätten, als marktkonform erachte. Stattdessen erleide die Beschwerdeführerin seit 2005 erhebliche Verluste und die Unternehmen sprächen nur noch vom ruinösen Wettbewerb aufgrund der nicht kostendeckenden Preise.

E. 9.2.3.1

Die Kosten- und die Vergleichsmarktmethode werden in der Regel zur Ermittlung des angemessenen Preises im Rahmen von Untersuchungen betreffend unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen gemäss Art. 7 KG herangezogen (vgl. ROBERTO DALLAFIOR, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Art. 7 Rz. 116 f.; RPW 2007/2, S. 241 ff.). Da die Weko in casu die Untersuchung nur auf das Vorliegen von Abreden nach Art. 5 Abs.

3 KG einschränkte, erwies es sich als nicht mehr erforderlich, die Angemessenheit der offerierten Preise zu prüfen. Selbst in der Annahme, dass die Ermittlung der angemessenen Preise anhand der genannten Methoden auch in der hier zu beurteilenden Untersuchung hätte vorgenommen werden können, kann die Beschwerdeführerin aber nichts zu ihren Gunsten ableiten. Ihre Behauptung, wonach die Vorinstanz in Anwendung der Kostenmethode hätte erkennen können, dass sie keinen Gewinn erwirtschaftet und keine Monopolrente erzielt habe, fällt nicht ins Gewicht. Denn der Umstand, dass der Gewinn ausgeblieben ist, vermag nicht aufzuzeigen, dass die Abrede keine schädlichen Auswirkungen gezeitigt hat (vgl. hinten E. 9.2.3.2). Indessen konnte die Weko aufgrund der Analyse der Konvention und deren effektiven Anwendung auf dem sachlich relevanten Markt darauf schliessen, dass die vorliegende Abrede den wirksamen Wettbewerb beseitigt hatte und schädlich war. Die Schädlichkeit der Konvention lag im fehlenden Rationalisierungsdruck und in der Aufrechterhaltung ineffizienter Strukturen. Im Rahmen des Rotationssystems konnten auch diejenigen Unternehmen, die hohe strukturelle Kosten aufwiesen, Aufträge erhalten. Ihre Angebote waren so konzipiert, dass der Angebotspreis auch ihre eigenen hohen strukturellen Kosten decken konnte. Mit dem Beitritt zur Konventionsordnung wurden diejenigen Unternehmen, die günstigere Preise hätten offerieren können, aber davon abgehalten, tiefere Angebotspreise einzureichen.

E. 9.2.3.2

Hinsichtlich des Preisniveaus äusserte sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung dahingehend, als der unter Wettbewerbsbedingungen zustande gekommene Preis nichts über die Kostendeckung aussage. Der Markt bestimme bei funktionierendem Wettbewerb die Preise. Es sei weder Absicht noch Aufgabe der Wettbewerbsbehörde, auf dem Markt regulierend einzugreifen und die Angemessenheit der Preise zu überprüfen. Diesen Ausführungen der Vorinstanz hat das Bundesverwaltungsgericht nichts beizufügen. Zudem haben die Resultate der Untersuchung nachvollziehbar ergeben, dass die Offertpreise vor Auflösung der Abrede höher als die Kostenvoranschläge des Kantons lagen, währenddem sie ab 2005 merklich darunter waren. Erfahrungsgemäss ist ein von einer öffentlichen Vergabestelle erstellter Kostenvoranschlag zur Schätzung der Auftragswerte eher (vorsichtig) hoch kalkuliert (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, zweite Auflage 2007, 1. Band: Landesrecht, N 183 sowie den auf Internet abrufbaren Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-4657/2009 vom 6. August 2009 E. 6.6). Es kann offen bleiben, ob und inwiefern der kantonale Auftraggeber die Kostenvoranschläge lege artis erarbeitet hat. Ausschlaggebend ist vielmehr der Umstand, dass ab 2005 signifikante Schwankungen der Offertpreise eingetreten sind. Wie die Vorinstanz zutreffend erkennt, sind solche Schwankungen der Offertpreise als Indiz dafür zu werten, dass die Unternehmen nach der Auflösung der Konvention den Wettbewerbsdruck zu spüren bekamen bzw. dass ab 2005 eine Phase der Marktumstrukturierung und Strukturbereinigung eingesetzt hatte. Dieser Aspekt lässt sich unter anderem durch den Umstand konkretisieren, dass die Unternehmen ab 2005 neu den Lieferanten-Rabatt von ihren Offerten abziehen, was zurzeit der Anwendung der Abrede nicht geschehen sei (vgl. Stellungnahme des Dipartimento del territorio vom 31. Oktober 2008). Die Vorbringen der Beschwerdeführerin hinsichtlich des angeblich ruinösen Preiswettbewerbs müssen in mehrfacher Art relativiert werden. Wie die Weko in der angefochtenen Verfügung und in der Vernehmlassung zurecht festhält, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass Preise, die in einer Wettbewerbsordnung entstehen, nicht zwangsläufig kostendeckend sein müssen. Das gilt auch in einer Phase der

Strukturbereinigung und des Abbaus von Kapazitäten, welche mit der Auflösung der Wettbewerbsabrede tendenziell einhergeht. Des Weiteren lässt sich der Stellungnahme des Kantons entnehmen, dass die an der Abrede beteiligten Unternehmen zur Zeit der Stellungnahme immer noch aktiv waren, mit Ausnahme einer einzigen Firma, die sich in Liquidation befand. Schliesslich ergibt sich aus einer Untersuchung des Bundesamts für Statistik zur Entwicklung der Baupreise im Zeitraum Oktober 1998 bis April 2007 (Beilage zur Vernehmlassung der Weko), dass die Durchschnittspreise für den Neubau von Strassen im Kanton Tessin ab 2002 gesamtschweizerisch gesehen die höchsten waren. Die Anwendung der Vergleichsmarktmethode wurde von der Weko am Anfang der Untersuchung zwar ins Auge gefasst, jedoch nach Einreichung der Konvention und Erhalt der 20 9 Tabellen, welche die wöchentlichen Sitzungen der an der Absprache beteiligten Unternehmen im Zeitraum 1999 bis 2003 dokumentierten, zurecht aufgegeben. Spätestens zu jenem Zeitpunkt konnte die Weko davon ausgehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsabrede vorlag und dass die daran beteiligten Unternehmen diese auch in der Praxis umgesetzt hatten.

E. 9.2.3.3

Mit dem Argument, die Weko habe die Schädlichkeit der Abrede nicht geprüft und falsche Schlussfolgerungen betreffend das Preisniveau gezogen, kann die Beschwerdeführerin die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht umstossen.

E. 9.2.4

Die Beschwerdeführerin bringt sinngemäss vor, die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs könne durch die starke Marktgegenseite des Kantons als öffentlicher Auftraggeber umgestossen werden. Sie bemängelt, dass sich die Weko mit der Stellung des Kantons nicht auseinandergesetzt habe. Der Kanton habe mit seinem Verhalten die Beschwerdeführerin sowie die untersuchten Unternehmen zu wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen veranlasst. Hierzu ist erstmal anzumerken, dass zur Vermutungswiderlegung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG an sich nur der Nachweis genügt, dass auf dem relevanten Markt noch Innen- oder Aussenwettbewerb hinsichtlich des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters besteht. Sofern kein wirksamer Restwettbewerb vorliegt, kann in das Prüfungsschema zur Widerlegung der Vermutung ebenfalls die Frage miteinbezogen werden, ob die Stellung der Marktgegenseite disziplinierend auf die Parteien der Wettbewerbsabrede wirkt. Ist die Marktgegenseite nicht in der Lage, auf die an der Abrede Beteiligten Wettbewerbsdruck auszuüben, so kann die durch die Abrede herbeigeführte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht umgestossen werden (vgl. zum Ganzen: Krauskopf/Schaller, a. a. O., Rz. 455 und 241 ad Art. 5 KG; Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, a.a.O., N. 434 i. f.). Sofern die Beschwerdeführerin die starke Marktgegenseite des Kantons als Argument zur Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs anführt, kann auf ihre Rüge aufgrund des bisher Gesagten näher eingegangen werden. Erblickt sie in der starken Marktgegenseite des Kantons indessen bloss einen Rechtfertigungsgrund für die Preisabsprache sowie für die Absprache über die Aufteilung des relevanten Markts unter Geschäftspartnern im Sinne der Konvention, so lässt sich ein solches Argument angesichts der bisherigen Ausführungen nicht mit dem Prüfungsaster für die Widerlegbarkeitsprüfung vereinbaren.

E. 9.2.4.1

Gemäss Art. 2 Abs. 1bis KG gelten als Unternehmer sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- und Organisationsform. Damit wollte der Gesetzgeber auch die Nachfragemacht der öffentlichen Hand den kartellrechtlichen Regeln unterstellen (vgl. Hubert Stöckli, Vergaberecht 2004 in: Zeitschrift für Baurecht/Droit de la construction [BR], Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 6). In Anbetracht dessen, dass der öffentliche Auftraggeber im Baubereich den Grossteil der Aufträge vergibt und dass die Anbieter an das vom Auftraggeber erstellte Leistungsverzeichnis gebunden sind (vgl. Christ, a.a.O. S. 41), ist der Vorwurf einer marktmächtigen Stellung des Auftraggebers auf den ersten Blick nicht ganz von der Hand zu weisen. Die Nachfragemacht des öffentlichen Auftraggebers führt jedoch nur dann zu Problemen, wenn sie missbraucht wird. Einem solchen Fall sind kartellrechtliche Grenzen gesetzt (Art. 7 KG; vgl. Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, a. a. O., N 528). Im Beschaffungswesen, bei der Ausschreibung eines konkreten Auftrags, ergibt sich, je nach Marktsektor, oft und typischerweise eine Situation von Marktmacht, bei der eine grössere Anzahl Anbieter einer geringen Zahl an Nachfragern oder einem Nachfragemonopol gegenübersteht. Die objektiv an sich gegebene Ungleichgewichtssituation zwischen Anbietern und Nachfrager kann im Bereich des Strassenbaus, wo die öffentliche Hand einen bedeutenden Anteil der Nachfrage vertritt, akzentuiert in Erscheinung treten, ist jedoch systemimmanent und wird bei Beschaffungen der öffentlichen Hand durch deren Bindung an die rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien und die gemäss kantonaler Beschaffungsordnung einzuhaltenden Grundsätze wie Transparenz und Gleichbehandlung weitgehend entschärft. Bei Verletzung dieser Garantien oder Grundsätze stehen die entsprechenden öffentlich-rechtlichen Rechtsmittel und -behelfe zur Verfügung. Im Übrigen können sich Anbieter, die einem marktbeherrschenden Gemeinwesen gegenüberstehen, gegen allfällige Missbräuche staatlicher Nachfragemacht wehren, indem sie dem Sekretariat der Weko eine Anzeige erstatten (Art. 26 Abs. 1 KG), die gegebenenfalls zur Eröffnung einer kartellrechtlichen Untersuchung führen könnte oder direkt den Kartellzivilrechtsweg (Art. 12 f. KG) beschreiten (vgl. Hubert Stöckli, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, Freiburg 1999, S. 287). Generell betrachtet birgt eine Submission durch die Schaffung der genannten Ungleichgewichtssituation zwischen Anbietern und öffentlichem Nachfrager auch gewisse Risiken für die Anbieter. Der Ausschreiber erhält mit der Submission Informationen über den Markt und kann sich somit Transparenz verschaffen. Den Anbietern gehen indessen derart genaue Marktkennntnisse ab. Sie sind in ihrer Wahl- bzw. Ausweichmöglichkeiten eingeschränkt, weil sie weder die Preise noch die Lösung der Probleme mit anderen Anbietern vorab vergleichen können (vgl. Christ, a.a.O., Rz. 205; Heitz, a. a. O, S. 41 f.). Bedenkt man noch, dass der Preis im Vergabeverfahren ein massgeblicher Faktor darstellt, dann wird ersichtlich, dass die Anbieter unter einem gewissen Preisdruck stehen können (vgl. Heitz, a.a.O., S. 41 f.). Die Anbieter könnten demnach in einem Submissionskartell das geeignete Mittel sehen, um der Nachfragemacht bzw. dem Preisdruck etwas entgegen setzen zu können (vgl. Heitz, a.a.O., S. 42).

E. 9.2.4.2

Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass 17 von 18 im Kanton Tessin aktiven Strassenbauunternehmen durch Einhaltung der Konvention den Zuschlagsempfänger und den Preis des für den Zuschlag vorgesehenen Angebots bzw. der sog. "Stützofferten" bestimmt haben. Dem angeblichen Nachfragemonopol des kantonalen öffentlichen Auftraggebers stand somit faktisch ein Angebotsmonopol gegenüber. Die durch die Abrede

vermutungsweise herbeigeführte Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs und die erfahrungsgemäss damit verbundenen tendenziell höheren Preise dürften eine mögliche Nachfragemacht des Kantons erheblich abgeschwächt haben. Immerhin hat sich der kantonale Auftraggeber (und nicht die untersuchten Unternehmen) wegen der hohen Preise der Aufträge im Strassenbausektor direkt an die Weko gewandt. Dies könnte wiederum als Indiz dafür gewertet werden, dass die kantonale Vergabestelle nicht in der Lage war, das wettbewerbswidrige Verhalten der Unternehmen zu disziplinieren.

E. 9.2.4.3

Die Beschwerdeführerin leitet die (von ihr gemutmasste) nachfragemächtige Stellung des Kantons aus Art. 9 des Strassengesetzes vom 2. März 1983 ab (Legge sulle strade, Raccolta Leggi TI 7.2.1.2), in welchem die Zuständigkeit des Kantons Tessin im Bereich des Strassenbaus verankert ist. Wie bereits an anderer Stelle erwähnt, wurden alle Aufträge für die öffentlichen Ämter, alle anderen Aufträge ab Fr. 20'000.- und andere Dienstleistungen für Dritte betreffend Strassenbelagsarbeiten von der Konvention erfasst (Art. 5 Konvention). Bereits hieraus ist ersichtlich, dass die unter die Konvention fallenden Strassenbelagsarbeiten nicht nur von öffentlichen, sondern auch von privaten Auftraggebern ausgeschrieben wurden. Beim öffentlichen Auftraggeber müsste allerdings eine weitere Differenzierung vorgenommen werden. Gemäss Art. 9 Abs. 1 des kantonalen Strassengesetzes wird der Kanton Tessin zwar als allein zuständig für den Bau von Strassen erklärt. Jedoch ergibt sich aus Art. 9 Abs. 2 desselben Gesetzes, dass der Kanton diese Kompetenz auch an die Gemeinden delegieren kann. Die Beschwerdeführerin weist zuerst allgemein auf die starke Stellung der Marktgegenseite im Sinne des kantonalen Auftraggebers hin. Konkret bezieht sie sich nur und bloss in pauschaler Form auf Art. 9 des kantonalen Strassengesetzes, ohne sich mit den zahlreich vorhandenen Bestimmungen auseinanderzusetzen, die auf die Strassenbautätigkeit der Gemeinden schliessen lassen. Den bisherigen Ausführungen lässt sich entnehmen, dass die Strassenbauarbeiten von verschiedenen Auftraggebern der öffentlichen Hand (Kanton, Gemeinden, evtl. Bund) und auch noch von Privaten und Dritten nachgefragt werden konnten. Daher waren die Marktanteile der nachgefragten Aufträge unter zahlreichen Auftraggebern aufgeteilt. Weder aus den Akten noch aus der Beschwerdebeurteilung ergeben sich allerdings Anhaltspunkte dafür, dass der kantonale Auftraggeber über einen derart signifikanten Marktanteil verfügen konnte, um eine disziplinierende Wirkung auf die untersuchten Unternehmen auszuüben. Dem Kanton eine nachfragemächtige Stellung attestieren zu wollen, wie dies die Beschwerdeführerin tut, erweist sich mehr als fraglich. In diesem Kontext ist in erster Linie die Frage entscheidend, ob das Verhalten des Kantons im Rahmen der Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu berücksichtigen ist und nicht, ob seitens des Kantons eine Untersuchung wegen Missbrauchs einer marktmächtigen Stellung anzuheben gewesen wäre.

E. 9.2.4.4

Als weiterer Beweis für die starke Stellung der Marktgegenseite des Kantons führt die Beschwerdeführerin zuerst den Umstand an, dass die kantonalen Behörden im Jahr 1995 eine Ausschreibung wegen zu tiefer Offertpreise aufgehoben hätten. Dies reicht für sich allein aus verschiedenen Gründen nicht aus, die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs umzustossen. Die Aufhebung der Ausschreibung, auf die die Beschwerdeführerin verweist, ist bereits im Jahr 1995 erfolgt, d. h. 3 Jahre vor Abschluss der Konvention, so dass ein direkter Zusammenhang zwischen diesen Ereignissen nicht

naheliegt. Sodann trifft die Sachverhaltsdarstellung der Beschwerdeführerin nicht ganz zu. Gemäss Stellungnahme des Kantons zum Verfügungsentwurf der Vorinstanz vom 8. März 2006 wurde die Ausschreibung nicht wegen zu hoher Preise aufgehoben, sondern weil diese so konzipiert war, dass ein korrekter Vergleich zwischen den Offerten unmöglich war. Insbesondere konnten offenbar die Transportkosten nicht korrekt in den Offertpreisen erfasst werden. Dass die öffentliche Hand an sich die Möglichkeit hat, unter bestimmten Voraussetzungen auf eine Ausschreibung zurückzukommen, ist öffentlich-rechtlich nicht zu beanstanden. Allein daraus kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten.

E. 9.2.4.5

Die Beschwerdeführerin weist schliesslich auf die vom Kanton verlangten Rabattforderungen nach Offerteingaben hin. In dieser Hinsicht ist der Stellungnahme des Kantons zu entnehmen, dass Rabattforderungen lediglich in wenigen isolierten Fällen verlangt wurden und eher die Ausnahme darstellten. Mit dieser Frage hat sich die Weko bereits in der angefochtenen Verfügung auseinandergesetzt. Sie hält zurecht fest, Rabattforderungen nach Offerteingabe könnten im Lichte von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG (Erzwingung unangemessener Preise) problematisch werden. Wie bereits erwähnt, ist die nachfragemächtige Stellung des öffentlichen Auftraggebers ein im öffentlichen Beschaffungswesen generell anzutreffender Aspekt (vgl. vorne E. 9.2.4.1). Allein damit lässt sich eine kartellrechtliche Verletzung im Sinne einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung aber nicht rechtfertigen. Vielmehr müssten Anhaltspunkte vorliegen, die auf einen Missbrauch einer möglicherweise marktbeherrschenden Stellung schliessen lassen. Das wäre beispielsweise der Fall, wenn die kantonale Vergabestelle die Wettbewerbsstruktur durch ihr Verhalten nachhaltig verändern oder Anbieter nachhaltig schwächen kann (vgl. Wettbewerb und Vergaberecht - Wettbewerbspolitische Analyse des Vergaberechts der Schweiz, insbesondere des Vergaberechts des Bundes, Bericht des Sekretariats der Wettbewerbskommission zur Revision des Beschaffungsrechts, RPW 2006/2, S. 404 f.). Vorliegend trifft das nicht zu, wie bereits an anderer Stelle angeführt wurde (vgl. vorne E. 9.2.4.2).

E. 9.2.4.6

Die Beschwerdeführerin behauptet, das Verhalten der an der Konvention beteiligten Unternehmen lasse sich zumindest bis Ende April 2001 mit den kantonalen gesetzlichen Vorgaben vereinbaren. Art. 23 Bst. d des kantonalen Gesetzes über die öffentlichen Aufträge vom 12. September 1978 habe vorgesehen, die Arbeitslast der Unternehmen als Zuschlagskriterium bei der Auftragsvergabe zu berücksichtigen, um eine gleichmässige Auftragsverteilung zwischen den Konkurrenten zu ermöglichen. Die Verteilung der Aufträge nach der Arbeitslast der Unternehmen habe ebenfalls dem Rotationsprinzip gemäss Konvention zugrunde gelegen. Nachdem im Jahre 1995 eine Ausschreibung wegen zu tiefer Offertpreise aufgehoben worden sei, sei im selben Jahr eine paritätische Kommission zur Bestimmung des kostendeckenden Preises gegründet worden, um die Offertpreise an die realen Kosten anzupassen. Die Weko habe es aber unterlassen zu würdigen, dass die Beschwerdeführerin mit ihrem Verhalten bloss die behördlichen Vorgaben umgesetzt habe. Mit diesen Argumenten verkennt die Beschwerdeführerin, dass sich das (alte) Gesetz an die Vergabestellen richtete und nur ihr die Ausschreibungsmodalitäten vorschrieb. Gemäss der anlässlich der Untersuchung eingereichten Stellungnahme des Kantons war die Arbeitslast nur eines von mehreren im Gesetz aufgeführten Zuschlagskriterien und durfte mit einem Gewicht von 5 %

berücksichtigt werden. Das lässt den Schluss zu, dass die im Gesetz enthaltenen Ausschreibungsmodalitäten der Einreichung konkurrenzfähiger Angebote nicht entgegenstanden. Art. 23 Bst. d des kantonalen Gesetzes über die öffentlichen Aufträge vom 12. September 1978 rechtfertigt selbstverständlich nicht, dass sich Unternehmen bei der Auftragsvergabe absprechen und das für den Zuschlag in Frage kommende Angebot einschliesslich Preis im Voraus und in Berücksichtigung der Arbeitslast gleich selbst bestimmen. Sowohl die Aufhebung der Ausschreibung als auch die Gründung einer paritätischen Kommission, auf die die Beschwerdeführerin verweist, liegen drei Jahre vor Abschluss der Konvention zurück und fallen nicht in den untersuchten Zeitraum. Gemäss Stellungnahme des Kantons zur Beschwerde sowie zum Verfügungsentwurf wurde die Gründung der paritätischen Kommission mit Schreiben vom 29. November 1995 der wichtigsten, mit dem Bausektor verbundenen Berufsvereinigungen an den Tessiner Regierungsrat sowie aufgrund verschiedener Anfragen im Tessiner Parlament in die Wege geleitet. Im Hintergrund dieser Bemühungen habe ein angeblicher Preiskampf im Bausektor gestanden und auch die Frage, ob die kantonalen Behörden über das nötige Instrumentarium verfügten, um beurteilen zu können, ob eine Offerte kostendeckend sei oder nicht. In diesem Zusammenhang wurde die paritätische Kommission (bestehend aus Vertretern der ATIPS und der Divisione delle costruzioni des Dipartimento) gegründet. Ihr Zweck habe darin bestanden, den Vergabebehörden einen neutralen Ansprechpartner zur Verfügung zu stellen, der die erforderlichen technischen Daten für die Offertenbeurteilung hätte übermitteln können. In seiner Stellungnahme hebt der Kanton hervor, die Kommission habe nicht die Aufgabe gehabt, die Preise festzusetzen. In seiner Stellungnahme vom 8. März 2007 zum Verfügungsentwurf der Weko erklärte der Kanton, dass die paritätische Kommission mehrmals ihre Tätigkeit habe unterbrechen und wieder aufnehmen müssen (zum letzten Mal zwischen 2005 und 2006), ohne zu einem konkreten und akzeptablen Ergebnis zu kommen. Der Grund für diesen Misserfolg habe in der mangelnden Transparenz der Vertreter des Privatsektors gelegen. Diese hätten bis zum heutigen Zeitpunkt den Vertretern der öffentlichen Hand die erforderlichen technischen Daten zur Beurteilung der Offerten nicht herausgegeben. Angesichts dieser Ausführungen ist ersichtlich, dass die gegründete paritätische Kommission das Verhalten der an der Konvention beteiligten Unternehmen nicht zu beeinflussen vermochte. Aus der Gründung der paritätischen Kommission zur Prüfung des Kostendeckungsgrades in Einzelfällen sowie aus dem Umstand, dass der Einsatz der Kommission bisher offenbar nicht erfolgreich war, kann weder auf einen wirksamen (Rest-)Wettbewerb im relevanten Markt noch auf einen allfälligen Missbrauch der Marktstellung des Kantons geschlossen werden. Es bleibt somit dabei, dass die Vorinstanz, gestützt auf die Resultate ihrer Ermittlungen, in der Konvention und deren Anwendung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung erblicken durfte. Eine Ausdehnung der Untersuchung auf das Verhalten der kantonalen Behörden war deshalb nicht erforderlich. Wie bereits erwähnt, ist ausserdem davon auszugehen, dass die Unternehmen mit der Einhaltung der Abrede die Stellung des öffentlichen Auftragsgebers insofern geschwächt haben, als dieser nicht mehr in der Lage war, einen Wettbewerbspreis für die zu vergebenden Aufträge zu ermitteln. Nach dem Gesagten sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Weko den Sachverhalt unvollständig bzw. falsch festgestellt hat. Vielmehr hat sie sich schon in der angefochtenen Verfügung punktuell zu jeder Beanstandung der Beschwerdeführerin bezüglich der Stellung des Kantons geäußert. Angesichts der vorstehenden Ausführungen durfte die Weko zurecht darauf verzichten, den Gegenstand der Untersuchung auch auf die dem Abschluss der Konvention vorausgehenden

Ereignisse (Aufhebung einer Ausschreibung, Gründung der paritätischen Kommission) bzw. auf das Verhalten des Kantons auszudehnen. Ebenso wenig kann die Beschwerdeführerin den Nachweis erbringen, dass sich die Stellung des Kantons als Marktgegenseite auf die beteiligten Unternehmen im von ihr beschriebenen Sinne einschlägig disziplinierend ausgewirkt hätte.

E. 9.2.5

Demnach kommt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass die Weko die Konvention vom 15. Dezember 1998 zurecht als eine Abrede über die Aufteilung der Aufträge sowie als eine horizontale Preisabrede qualifizieren durfte und dass sie die Prüfung der Widerlegung der Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG sachlich und korrekt vorgenommen hat. Eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes ist nicht auszumachen. Kann die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt werden, erweist sich die fragliche Konvention nach Art. 5 Abs. 1 KG als unzulässig und kann gemäss derselben Bestimmung auch nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sein (vgl. Stoffel in: SIWR, a.a.O., S. 76 m. w. H., Heitz, a.a.O., S. 73; Reinert, a.a.O., Rz. 22 ad Art. 5 KG). Die Fragen, ob eine Wettbewerbsabrede eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung verursacht sowie ob sie sich aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt, stellen sich nur, falls die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden kann (vgl. Botschaft KG 1995, S. 98 f.; BGE 129 II 18 E. 9.5.5 und 10). Das trifft vorliegend nicht zu, weshalb sich die Prüfung der entsprechenden Fragen erübrigt.

E. 10

Die Beschwerdeführerin rügt, die Weko habe in der angefochtenen Verfügung eine hypothetische Berechnung der Sanktion vorgenommen, obwohl im vorliegenden Fall keine direkte Sanktion ausgesprochen werden könne. Sie ist der Meinung, dass für die Berechnung einer fiktiven Busse in der Verfügung keine Rechtsgrundlage vorliege. Die Weko hat in der angefochtenen Verfügung effektiv die Höhe der Sanktion für den Fall berechnet, dass der Sachverhalt nach dem neuen Recht zu beurteilen gewesen wäre. Sie ging von einem Betrag zwischen Fr. 534'000 und Fr. 2.780 Mio. pro Unternehmen sowie von einer maximalen Busse in Höhe von Fr. 29.3 Mio. aus. Die Weko hielt hierzu fest, die Sanktionsbemessung sei rein hypothetischer Natur und habe keinerlei finanzielle Auswirkungen, weshalb auf Ausführungen zur Sanktionsbemessung verzichtet werde. Sie erachtete eine ungefähre Sanktionsberechnung aufgrund des Auflösungszeitpunkts der Absprache für gerechtfertigt. Dieser falle in die Übergangsperiode zum neuen Kartellgesetz. Nach Ansicht der Weko liegt die Höhe der mutmasslichen Sanktion im öffentlichen Interesse. In diesem Zusammenhang gilt es festzuhalten, dass das Dispositiv der angefochtenen Verfügung und deren Begründung darin übereinstimmen, dass keine direkten Sanktionen ausgesprochen werden können. Die Beschwerdeführerin bemängelt lediglich das Fehlen einer Rechtsgrundlage für die hypothetische Bemessung der Sanktion, zumal auf den vorliegenden Sachverhalt die neue Sanktionsordnung nicht anwendbar sei, ohne in diesem Zusammenhang einen konkreten Antrag zu stellen. Schon aus diesem Grund ist die von ihr erhobene Rüge nicht geeignet, die gestellten Rechtsbegehren zu begründen. Die Beschwerdeführerin legt zudem nicht substantiiert dar, ob und inwiefern sie durch die Berechnung einer fiktiven Busse - lediglich in der Begründung der angefochtenen Verfügung - effektiv beschwert sein soll. Für eine Beschwerde ist auch kein Grund ersichtlich. Denn die Beschwerdeführerin macht selber nicht geltend, ob und inwiefern ihr aus der

hypothetischen Berechnung der Sanktion ein rechtlich relevanter Nachteil erwachsen sei, weshalb sich weitere Ausführungen zu diesem Thema erübrigen.

E. 11

Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, das Sekretariat habe die beteiligten Unternehmen mit Schreiben vom 9. Januar 2007 über den Verfügungsentwurf informiert und am darauf folgenden Tag eine Pressemitteilung betreffend Abschluss der Untersuchung über Strassenbeläge im Tessin veröffentlicht, ohne die Unternehmen im Voraus darüber zu informieren. So sei die Beschwerdeführerin nicht in der Lage gewesen, selbst eine Pressemitteilung vorzubereiten. Auch sei die Pressemitteilung in der Presse insofern missverstanden worden, als die Medien über den Abschluss des Verfahrens durch die Weko berichtet und das Verfahren als abgeschlossen erachtet hätten. Die Pressemitteilung habe deshalb zu einer Vorverurteilung der Unternehmen in den Medien geführt. Damit habe das Sekretariat den Grundsatz der Unschuldsvermutung verletzt. Aus den Vorbringen der Beschwerdeführerin ist nicht ersichtlich, welche der von ihr gestellten Rechtsbegehren sie damit zu stützen versucht. Ein konkreter Antrag liegt auch hier nicht vor. Selbst wenn von einem konkreten Rechtsbegehren auszugehen wäre, würde sich dieses nicht primär gegen die angefochtene Verfügung, sondern gegen eine im Rahmen der Untersuchung abgegebene Pressemitteilung richten. Die verwaltungsverfahrensrechtlichen Bestimmungen des Kartellgesetzes sehen vor, dass die Eröffnung einer Untersuchung publiziert wird (Art. 28 KG) bzw. dass die Wettbewerbsbehörden ihre Entscheide veröffentlichen können (Art. 48 Abs. 1 KG) und die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit orientieren (Art. 49 Abs. 1 KG). Die Orientierung der Öffentlichkeit erfolgt oftmals in Form von Pressemitteilungen (STEFAN KOLLER, in: Baker & McKenzie, Stämpflis Handkommentar zum KG, Art. 49 Rz. 2 f.). Pressemitteilungen stellen sogenannte Informationshandlungen bzw. Realakte von Verwaltungsbehörden dar. Diese sind nicht auf Rechtswirkungen, sondern auf Tathandlungen ausgerichtet. Deshalb stellen Realakte keine Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG dar und sind nicht selbständig anfechtbar. Nicht anders verhält es sich im vorliegenden Fall. In der fraglichen Pressemitteilung wird die Öffentlichkeit darüber informiert, dass die Untersuchung über Strassenbeläge im Tessin mittels Verfügungsantrags abgeschlossen und der Verfügungsantrag den Parteien zur Stellungnahme unterbreitet wurde. Am Ende der Pressemitteilung ist der Antrag des Sekretariats an die Weko enthalten, diese habe einen Entscheid im Sinne der Ergebnisse der Untersuchung zu treffen, aus welcher sich das tatsächliche Vorliegen von Absprachen im Sinne von Art. 5 KG ergeben habe. Aus dem Text der Pressemitteilung geht deutlich hervor, dass der verfahrensabschliessende Entscheid der Weko auf Antrag des Sekretariats hin noch nicht gefällt wurde. Die an der Untersuchung beteiligten Unternehmen werden in der Pressemitteilung nicht beim Namen genannt. Da weder eine bewusste, ausdrückliche und verbindliche Gestaltung der Rechtstellung der betroffenen Unternehmen noch ein entsprechendes Anfechtungsobjekt vorliegt, könnte auf das (wenn überhaupt implizit gestellte) Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin nicht eingetreten werden, und es rechtfertigt sich, nicht weiter auf diese Thematik einzugehen (vgl. Felix Uhlmann, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, Rz. 89 f. ad Art. 5 VwVG). Ebenso wenig ist ersichtlich, inwiefern die Beschwerdeführerin durch den Text der Pressemitteilung beschwert sein könnte. Zwar trifft es zu, dass im Auszug aus der NZZ vom 11. Januar 2007 (Beilage 10 der Beschwerde) der Anschein erweckt wird, dass die Untersuchung der Weko schon abgeschlossen war. Für die missverständliche Wiedergabe

der klar formulierten Pressemitteilung in der Presse und für eine Vorverurteilung der beteiligten Unternehmen in den Medien kann die Vorinstanz nicht verantwortlich gemacht werden.

E. 12

Zusammenfassend ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung in formeller Hinsicht gerechtfertigt ist und die Eintretensvoraussetzungen insgesamt als gegeben zu erachten sind; insbesondere ist hervorzuheben, dass die Weko aufgrund der zurzeit des Abschlusses der Untersuchung geltenden Bestimmungen befugt war, die Unzulässigkeit der während der Frist gemäss Schlussbestimmung aufgelösten Wettbewerbsabrede festzustellen und die Anwendung derselben zu verbieten, unter Androhung der Sanktionen nach Art. 50 und 54 KG im Fall der Zuwiderhandlung (E. 1.2, 2.4.2-2.4.6). In materieller Hinsicht durfte die Weko zurecht davon ausgehen, dass die Konvention vom 15. Dezember 1998 die Anforderungen an eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 KG erfüllt (E. 6). Die durch die Weko vorgenommene Qualifizierung der Konvention als Abrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG) und zugleich als Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG) ist als zutreffend zu erachten; das Vorliegen der Vermutungsbasis im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG ist schon aufgrund des Inhalts und der tatsächlichen Anwendung der Konvention zu bejahen; Ausführungen zu den Auswirkungen der Konvention auf dem relevanten Markt, die bei der Prüfung des Nachweises der Vermutungsbasis miteinbezogen wurden, können gegebenenfalls im Rahmen der Widerlegung der Vermutung berücksichtigt werden (E. 7). Die von der Weko vorgenommene Abgrenzung des sachlich und geographisch relevanten Markts ist nicht zu beanstanden (E. 9.1). Aufgrund der Untersuchungsergebnisse durfte die Weko zum Schluss kommen, dass die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt werden konnte, da weder wirksamer aktueller und potentieller Aussen- noch wirksamer Innenwettbewerb nachgewiesen werden konnte (E. 9.2). Die von der Beschwerdeführerin ins Feld geführten Argumente zum Nachweis der Widerlegung der Vermutung (mit Bezug auf das Vorliegen von Restwettbewerb) erweisen sich als nicht stichhaltig; es gelingt der Beschwerdeführerin auch nicht, konkrete Anhaltspunkte darzutun, wonach die angeblich starke Marktgegenseite des Kantons als Auftraggeber disziplinierende Wirkung auf die untersuchten Unternehmen ausgeübt bzw. wonach der Kanton seine allfällige marktbeherrschende Stellung missbraucht hätte (E. 9.2.3-9.2.4). Da die zur Diskussion stehende Abrede den wirksamen Wettbewerb beseitigt, gilt sie als unzulässig und es erübrigt sich zu prüfen, ob sie aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz als gerechtfertigt erscheint. Weiter erweist sich die Rüge der fehlenden Rechtsgrundlage für eine hypothetische Berechnung der Sanktion mangels konkreter Anträge als nicht stichhaltig (E. 10). Die Rüge der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der Pressemitteilung des Sekretariats betreffend Abschluss der Untersuchung über Strassenbeläge im Tessin erweist ebenfalls als unbegründet. Insbesondere ist aus dieser nicht ersichtlich, welche der von ihr gestellten Rechtsbegehren sie damit zu stützen versucht. Ein separater Antrag liegt nicht vor (E. 11). Nach dem Gesagten verletzt die angefochtene Verfügung kein Bundesrecht. Sie ist deshalb zu bestätigen und die Beschwerde in der Hauptsache als unbegründet abzuweisen. Da kein Anlass besteht, in der Sache neu zu entscheiden oder die angefochtene Verfügung an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen, sind der Eventual- sowie der Subeventualantrag ebenfalls abzuweisen.

E. 13

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die unterliegende Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 5 VwVG) und keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien. Es rechtfertigt sich vorliegend, die Gerichtsgebühr auf Fr. 5'000.- festzusetzen (Art. 2 Abs. 1 VGKE i.V.m. Art. 3 VGKE). Die zu sprechende Gerichtsgebühr ist mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.- zu verrechnen. Die Differenz von Fr. 2'000.- hat die Beschwerdeführerin innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zu bezahlen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.