

# **BVGer B-5172/2019 vom 27. Mai 2019**

Bundesverwaltungsgericht, 2019-05-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-5172\\_2019\\_d20190527](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-5172_2019_d20190527)

FR: TAF B-5172/2019 du 27 mai 2019

IT: TAF B-5172/2019 del 27 maggio 2019

## **Regeste**

Unzulässige Wettbewerbsabreden | Sanktionsverfügung vom 27. Mai 2019 – Wettbewerbsabreden betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II (Untersuchung 22-0459)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Prozessvoraussetzungen

#### **E. 1.1**

Konkurrenten und Konkurrentinnen im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;

#### **E. 1.2**

sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten und Konkurrentinnen vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Kundinnen und Gebieten auszutauschen. Davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit: a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE); sowie b) der Mitwirkung an der Auftragserteilung als Subunternehmer." 8.2 Vorbringen der Beschwerdeführerin Die Beschwerdeführerin begründet ihr Rechtsbegehren auf Aufhebung dieser Unterlassungsanordnung nicht. Weder in der Beschwerdeschrift noch den weiteren Rechtsschriften der Beschwerdeführerin finden sich Ausführungen dazu. Sinngemäss scheint sich der Antrag der Beschwerdeführerin (einzig) auf deren Annahme zu stützen, sie sei an keiner unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligt gewesen. Diese Annahme trifft gemäss dem Ausgeführten jedoch nicht zu (E. 7.6). 8.3 Vorbringen der Vorinstanz Die Vorinstanz macht zur Begründung ihrer (trotzdem strittigen und nachfolgend von Amtes wegen geprüften) Unterlassungsanordnung geltend, dass sich die Beschwerdeführerin erwiesenermassen an unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt habe. Deshalb sei die Beschwerdeführerin

B-5172/2019 Seite 126 zu einem Verhalten zu verpflichten, bei welchem vergleichbare Wettbewerbsbeschränkungen verhindert würden und nicht mehr drohten (Verfügung, Rz. 227). Die Anordnung in Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung umschreibe diese Verpflichtung für ein künftig kartellrechtskonformes Verhalten hinreichend bestimmt, vollständig und klar (Verfügung, Rz. 229). Die Anordnung stehe in einem unmittelbaren Zusammenhang zu den begangenen unzulässigen Verhaltensweisen und

verhindere, dass es erneut zu derartigen Verhaltensweisen komme (Verfügung, Rz. 229).

8.4 Würdigung des Gerichts 8.4.1 Die Dispositiv-Ziffer 1 stützt sich auf Art. 30 Abs. 1 KG (mit der Marginalie "Entscheid"), wonach die Wettbewerbskommission "auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen" entscheidet. 8.4.2 Massnahmen nach Art. 30 Abs. 1 KG müssen den Grundsätzen des rechtsstaatlichen Handelns entsprechen, insbesondere im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV; Urteile des BGer 2C\_782/2021 vom 14. September 2022 E. 4 ff.; 2C\_43/2020 vom 21. Dezember 2021 E. 12.2 [nicht publiziert in BGE 148 II 25], Dargaud [Suisse] SA; 2C\_44/2020 vom 3. März 2022 E. 12.7 [nicht publiziert in BGE 148 II 321], Les Editions Flammarion SA; Urteile des BVGer B-5161/2019 vom 9. August 2021 E. 4.3.3, E. 5.1, Implenia; B-710/2014, B-747/2014, B-761/2014, B-765/2014, B-786/2014 und B-787/2014 [je] vom 16. November 2022 E. 16.3.1 [bzw. E. 3.3.1, E. 14.3.1, E. 15.3.1], Abreden im Bereich Luftfracht). 8.4.3 Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung sind solche Massnahmen nicht nur dann zulässig, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung im Verfügungszeitpunkt noch besteht und beseitigt werden muss. Vielmehr dürfen Massnahmen nach Art. 30 Abs. 1 KG auch neben einer direkten Sanktion getroffen werden, wenn sie zukunftsgerichtet – zum Schutz des wirksamen Wettbewerbs und zur Erhöhung der Präventivwirkung des Kartellgesetzes – darauf abzielen, einer hinreichend konkretisierten Wiederholungsgefahr entgegenzuwirken (vgl. Urteil des BGer 2C\_782/2021 vom

### **E. 1.3**

Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde innert Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist daher – mit Ausnahme der soeben erwähnten Einschränkung – einzutreten.

B-5172/2019 Seite 22

### **E. 2**

Streitgegenstand Streitgegenstand im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung – des Anfechtungsgegenstandes – bildet, soweit es im Streit liegt. Innerhalb des Anfechtungsgegenstandes bestimmen somit die Anträge der beschwerdeführenden Parteien den Streitgegenstand (vgl. FLÜCKIGER, in: Waldmann/Krauskopf, Praxiskommentar VwVG, 3. Aufl. 2023, Art. 7 N. 19; MOSER, in: Kommentar VwVG, 2008, Art. 52 N. 3; SEETHALER/PORTMANN, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 52 N. 38, je m.w.H.). Die Beschwerdeführerin beantragt im Hauptbegehren die vollständige Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 1 (soweit die Beschwerdeführerin betreffend),

### **E. 2.3**

und 3.3 der angefochtenen Verfügung (vgl. den Wortlaut des Verfügungsdispositivs unter B.p.). Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sind somit die Rechtmässigkeit der Massnahmen, welche die Vorinstanz gegenüber der Beschwerdeführerin angeordnet hat (Dispositiv-Ziffer 1), sowie die Rechtmässigkeit der Sanktion von Fr. 489'467.- (Dispositiv-Ziffer 2.3) und der Auferlegung von Verfahrenskosten der Vorinstanz auf die Beschwerdeführerin im Betrag von Fr. 53'300.- (Dispositiv-Ziffer 3.3).

### **E. 3**

Geltungsbereich des Kartellgesetzes

#### **E. 3.1**

Persönlicher Geltungsbereich

##### **E. 3.1.1**

Gemäss Art. 2 Abs. 1 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) gilt das Kartellgesetz in persönlicher Hinsicht für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts. Normadressaten des Kartellgesetzes sind somit "Unternehmen". Als solche gelten gemäss der Legaldefinition von Art. 2 Abs. 1bis KG sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Die Qualifizierung als Unternehmen setzt somit eine Teilnahme am Wirtschaftsprozess voraus. Erfasst werden sämtliche Formen unternehmerischer Tätigkeit, sofern sich daraus eine Wettbewerbsbeschränkung ergeben kann (vgl. Botschaft des Bundesrats zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468 ff., 533, nachfolgend Botschaft KG 1995).

B-5172/2019 Seite 23 Über den Wortlaut von Art. 2 Abs. 1bis KG hinaus muss ein Teilnehmer am Wirtschaftsprozess über wirtschaftliche Selbständigkeit verfügen, um als Normadressat des Kartellgesetzes erfasst zu werden. Die wirtschaftliche Selbständigkeit stellt eine konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs dar. Das heisst, dass Gebilde, die sich nicht autonom am Wirtschaftsprozess beteiligen, auch nicht als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren sind (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 3.1, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Erne; RETO HEIZMANN/MICHAEL MAYER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 2 N. 20 [nachfolgend zit.: {AUTOR}, DIKE-KG]).

##### **E. 3.1.2**

Die Beschwerdeführerin ist unstrittig ein Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes.

#### **E. 3.2**

Sachlicher und örtlicher Geltungsbereich

##### **E. 3.2.1**

In sachlicher Hinsicht ist die Geltung des Kartellgesetzes zu bejahen, wenn Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1 KG Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen. In örtlicher Hinsicht beansprucht das Kartellgesetz Geltung auf dem Hoheitsgebiet der Schweiz. Gemäss dem in Art. 2 Abs. 2 KG statuierten Auswirkungsprinzip findet das Kartellgesetz auf alle Sachverhalte Anwendung, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst wurden. Die Unterstellung unter den Geltungsbereich sagt noch nichts über die wettbewerbsrechtliche Würdigung eines unternehmerischen Verhaltens aus. Diese Prüfung erfolgt erst bei der Anwendung der materiellen Bestimmungen (vgl. HEIZMANN/MAYER, DIKE-KG, Art. 2 N. 1 und 48).

##### **E. 3.2.2**

Im vorliegenden Fall wirft die Vorinstanz der Beschwerdeführerin vor, sie habe von ihrem Geschäftssitz im Engadin aus in den zehn Ausschreibungen, welche Gegenstand der

Untersuchung Nr. 22-0459 "Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II" bildeten (vgl. B.c), kartellrechtlich unzulässige Wettbewerbsabreden getroffen. Dies, indem die Beschwerdeführerin ihre Angebote bei diesen zehn Bauprojekten je bilateral mit der Foffa Conrad und in einem Fall zusätzlich mit der P. Lenatti koordiniert habe. Die Beschwerdeführerin bestreitet zu Recht nicht, dass der Geltungsbereich des Kartellgesetzes vorliegend auch in sachlicher und örtlicher Hinsicht gegeben ist.

B-5172/2019 Seite 24

#### **E. 4**

Vorbehaltene Vorschriften Gemäss Art. 3 Abs. 1 KG sind dem Kartellgesetz Vorschriften vorbehalten, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Bst. a), und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Bst. b). Nicht unter das Kartellgesetz fallen zudem Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, unterliegen hingegen der Beurteilung nach dem Kartellgesetz (Art. 3 Abs. 2 KG). Vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 KG sind vorliegend nicht ersichtlich (vgl. in diesem Sinne auch das Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 4, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Umbricht, m.H. [u.a. zum Verhältnis des Vergaberechts zum Kartellrecht], bestätigt mit Urteil des BGER 2C\_845/2018 vom 3. August 2020).

#### **E. 5**

Prüfprogramm Ausgehend vom vorliegend massgeblichen Streitgegenstand (vgl. E. 2) gilt es im Folgenden zu prüfen, ob sich die zulasten der Beschwerdeführerin verhängte Sanktion sowie die sie betreffenden Massnahmen als rechtmässig erweisen (Dispositiv-Ziffern 1 und 2.3 der Verfügung). Weiter stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz der Beschwerdeführerin Verfahrenskosten im Betrag von Fr. 53'300.- auferlegen durfte (Dispositiv-Ziffer 3.3 der Verfügung). Zur Beantwortung dieser Fragen ist in einem ersten Schritt zu untersuchen, ob sich die Beschwerdeführerin in den ihr vorgeworfenen Fällen je an einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG beteiligt hat, was die Beschwerdeführerin bestreitet (nachfolgend E. 6). Soweit Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob es sich in den entsprechenden Fällen um unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 KG handelt (E. 7; vgl. zur geforderten zweistufigen Prüfung BGE 147 II 72 E. 3.5 [2. Absatz], E. 5.1.3, Hors-Liste Medikamente Pfizer). Bei einer Bejahung der Frage wird weiter zu prüfen sein, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe eine Sanktion auszusprechen ist (E. 9).

B-5172/2019 Seite 25 Abgesehen davon gilt es die beantragte Aufhebung der gegenüber der Beschwerdeführerin angeordneten Massnahmen (E. 8), die Rechtmässigkeit des sie betreffenden Kostenentscheids der Vorinstanz (E. 10) sowie die Verfahrensanträge der Beschwerdeführerin zu beurteilen (E. 6.7.1.3 Bst. e, E. 11). Dem Verfahrensantrag der Beschwerdeführerin auf Beizug der vorinstanzlichen Akten ist das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen nachgekommen. Es hat die Verfahrensakten der Vorinstanz gestützt auf Art. 57 Abs. 1 VwVG beigezogen.

#### **E. 6**

## Vorliegen von Wettbewerbsabreden

### **E. 6.1**

#### Grundlagen

##### **E. 6.1.1**

Nach Art. 4 Abs. 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG erfordert eine Verhaltenskoordination im Sinne eines "bewussten und gewollten Zusammenwirkens" der betreffenden Unternehmen. Ebenso setzt Art. 4 Abs. 1 KG voraus, dass die Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Art. 4 Abs. 1 KG unterscheidet die Vereinbarung von der abgestimmten Verhaltensweise. Diese beiden Erscheinungsformen von Wettbewerbsabreden sind die Mittel der Verhaltenskoordination, wobei vom Gesetzeswortlaut ausdrücklich auch rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen erfasst werden (vgl. zum Ganzen: BGE 147 II 72 E. 3.1 f., E. 3.6 Hors-Liste Medikamente Pfizer und BGE 144 II 246 E. 6.4.1, Altimum, jeweils m.H. auf die Botschaft KG 1995, S. 545; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 9.3.1, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Erne, m.w.H.; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2023, Rz. 2.59 ff.; ROGER ZÄCH / RETO HEIZMANN, Schweizerisches Kartellrecht, 3. Aufl. 2023, Rz. 407 ff.). Vorliegend wirft die Vorinstanz der Beschwerdeführerin vor, sich an Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG in der Form von Vereinbarungen beteiligt zu haben (vgl. nachfolgend E. 6.2).

##### **E. 6.1.2**

Abreden widersprechen dem Selbständigkeitspostulat und sind deshalb geeignet, zwischen den beteiligten Unternehmen die Ungewissheit über ihr zukünftiges Verhalten im Wettbewerb auszuschliessen. Mit dem Begriff der Abrede sollen lückenlos alle denkbaren Mittel der Verhaltenskoordination erfasst werden, welche die praktische Zusammenarbeit an die

B-5172/2019 Seite 26 Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lassen. Die rechtliche oder tatsächliche Form des Zusammenwirkens wie die zivilrechtliche Durchsetz- und Erzwingbarkeit von Vereinbarungen sind unerheblich. Entscheidend ist einzig, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren. Insofern geht der kartellrechtliche Begriff der Vereinbarung über den obligationenrechtlichen Vertrag hinaus (vgl. zum Ganzen: BGE 147 II 72 E. 3.2 f., E. 3.4.1, Hors-Liste Medikamente Pfizer; Urteile des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 8.3.2 f., Engadin IV; B-552/2015 vom 14. November 2017 E. 4.1, Türbeschläge; B-3618/2013 vom 24. November 2016 Rz. 295, Ticketvertrieb Hallenstadion; B-3332/2012 vom 13. November 2015 E. 9.2.4.4, BMW, je m.H.).

##### **E. 6.1.3**

Eine Abrede wird dann zu einer Wettbewerbsabrede, wenn sie eine Wettbewerbsbeschränkung zum Gegenstand hat. Eine solche besteht dann, wenn durch eine Abrede die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer hinsichtlich einzelner Wettbewerbsparameter (wie Preis, Menge und Qualität, Service, Beratung,

Geschäftskonditionen, etc.) so eingeschränkt wird, dass dadurch die zentralen Funktionen des Wettbewerbs in all seinen verschiedenen Facetten vermindert und eingeschränkt werden. Eine die freie Preisbildung einschränkende Abrede stellt eine Wettbewerbsbeeinträchtigung dar (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.5, Hors-Liste Medikamente Pfizer, m.H.).

## **E. 6.2**

Vorwurf der Vorinstanz

### **E. 6.2.1**

Die Vorinstanz wirft der Beschwerdeführerin vor, sie habe sich in den Jahren 2008 bis 2012 im Zusammenhang mit den folgenden zehn Ausschreibungen von Hoch- bzw. Tiefbauprojekten im Oberengadin an Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG in der Form von Vereinbarungen beteiligt: – Nr. 1: (...) [Fall Nr. 1] (2008), – Nr. 2: (...) [Fall Nr. 2] (2008), – Nr. 3: (...) [Fall Nr. 3] (2008), – Nr. 4: (...) [Fall Nr. 4] (2009), – Nr. 5: (...) [Fall Nr. 5] (2010), – Nr. 6: (...) [Fall Nr. 6] (2011), – Nr. 7: (...) [Fall Nr. 7] (2011), – Nr. 8: (...) [Fall Nr. 8] (2011), – Nr. 9: (...) [Fall Nr. 9] (2011), und – Nr. 10: (...) [Fall Nr. 10] (2012).

B-5172/2019 Seite 27 Die Beschwerdeführerin habe in diesen zehn Fällen je mit der Foffa Conrad bilateral koordinierte Angebote eingereicht. In der Regel hätten die Beschwerdeführerin und die Foffa Conrad die Offertpreise bei diesen Projekten so abgestimmt, dass das Angebot der Foffa Conrad höher ausgefallen sei, als dasjenige der Beschwerdeführerin. Dabei habe die Foffa Conrad auch im Rahmen von allfälligen Abgebotsrunden nicht versucht, die Beschwerdeführerin im Nachhinein zu unterbieten, um den Auftrag zu erhalten. Im Fall Nr. 3 hätten die Beschwerdeführerin und die Foffa Conrad ihre Angebote zudem mit der P. Lenatti koordiniert.

### **E. 6.2.2**

Die Vorinstanz wirft der Beschwerdeführerin diesbezüglich eine Beteiligung an (je separat geprüften) Einzelsubmissionsabsprachen vor. Einen projektübergreifenden Konsens und ein umfassenderes Abstimmen des Bietverhaltens im Sinne eines Gesamtkonsenses bezeichnet die Vorinstanz als nicht erwiesen. Zwar sei eine gewisse Häufung von Angebotskoordinierungen zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad in den Jahren 2008 bis 2012 zu beobachten. Ein hinreichend klares Muster, um auf einen Gesamtkonsens zu schliessen, erkennt die Vorinstanz aber ausdrücklich nicht. Namentlich seien keine Treffen, Korrespondenzen, gemeinsame Strategieüberlegungen oder organisatorische Vorkehren bekannt, welche auf eine projektübergreifende, systematische Koordination hindeuten würden (Verfügung, Rz. 39 f.).

### **E. 6.2.3**

Bei den Ausschreibungen in den Fällen Nr. 1, 2, 4 und 5 habe die Beschwerdeführerin den Zuschlag – wie bereits vorne erwähnt (vgl. B.p) – wie beabsichtigt erhalten. Bei den Ausschreibungen in den Fällen Nr. 3, 6, 7, 8 und 10 habe nicht – wie im internen Verhältnis beabsichtigt – die Beschwerdeführerin den Zuschlag erhalten, sondern ein anderes Unternehmen, welches an der Abrede nicht beteiligt gewesen sei.

### **E. 6.2.4**

Bei der Ausschreibung im Fall Nr. 9 sei ebenfalls eine bilaterale An- gebotskoordination zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Con- rad erwiesen. In diesem Fall sei aber "unklar, ob bzw. welches Unterneh- men durch die Abrede hätte 'geschützt' werden sollen" und "welchem Un- ternehmen welche Rolle im Rahmen der Angebotskoordination zugedacht worden" sei. Auch bei dieser Ausschreibung habe ein nicht abredebeteilig- tes anderes Unternehmen den Zuschlag erhalten (vgl. B.p).

B-5172/2019 Seite 28

### **E. 6.2.5**

Zwischen den beteiligten Unternehmen hätten jeweils tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen und damit ein natürlicher Konsens vorgelegen, ihre Angebote bei den betreffenden Ausschreibungen zu koor- dinieren. Ein solcher Abredeinhalt sei in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Zudem hätten die Abredeteilneh- mer tatsächlich bezweckt, sich bei den betreffenden Ausschreibungen nicht zu konkurrenzieren. In den zehn vorgeworfenen Fällen sei damit von Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG in der Form von Ver- einbarungen auszugehen (Verfügung, Rz. 199, 201, Rz. 223, Lemma 1).

### **E. 6.3**

Übersicht Gegenstandspunkt der Beschwerdeführerin Die Beschwerdeführerin bestreitet sämtliche ihr vorgeworfenen Wettbe- werbsverstösse. Sie macht zur Begründung ihres Hauptantrags auf Aufhe- bung der angefochtenen Verfügung geltend, dass in keinem der zehn Bau- projekte eine Wettbewerbsabrede vorliege. Diesen Standpunkt stützt die Beschwerdeführerin zusammenfassend auf die folgenden Hauptargu- mente: – a) Wettbewerbsabreden seien ausgeschlossen, da das an der vorge- worfenen Angebotskoordination angeblich mitbeteiligte andere Unter- nehmen an der Ausführung der betreffenden Bauprojekte gar nie inte- ressiert gewesen sei, womit zwischen den vermeintlichen Abredepar- teien keine Wettbewerbssituation vorgelegen habe. Ohne Wettbe- werbsverhältnis könne auch keine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 KG vorliegen (vgl. E. 6.4). – b) Wettbewerbsabreden lägen nicht vor, da selbst ein erwiesenes ko- ordiniertes Verhalten zwischen den angeblich an den Abreden betei- ligten Unternehmen keinen Einfluss auf den Wettbewerb gehabt habe (vgl. E. 6.5). – c) Die Vorinstanz schliesse zu Unrecht auf Wettbewerbsabreden, da sie den Vorwurf der Absprache betreffend mindestens drei der zehn Bauprojekte nicht ausreichend habe beweisen können. Die der ange- fochtenen Verfügung zugrundeliegende Beweislage sei insbesondere bezüglich der Projekte Nr. 5 (...), Nr. 6 (...) und Nr. 9 (...) ungenügend. In diesen drei Fällen sei aufgrund der vorliegenden Beweismittel nicht klar, ob überhaupt ein Kontakt zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad stattgefunden habe (vgl. E. 6.6.1, E. 6.7).

B-5172/2019 Seite 29 – d) Wettbewerbsabreden lägen nicht vor, da die – in den übrigen Fällen unbestrittenen – Kontaktaufnahmen und E-Mail-Korrespondenzen zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad (bzw. im Fall Nr. 3 auch mit der P. Lenatti) und das anschliessende Übersenden der vorkalkulierten Offerte der Beschwerdeführerin an diese Unternehmen die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 KG aus den folgen- den Gründen nicht erfüllen könnten: (1) mangels Vorliegens eines Konsenses auf eine Koordination der An- gebote (vgl. E. 6.6.1.3; E. 6.6.2; E. 6.7 f.); (2) mangels Vorliegens einer bezweckten oder bewirkten Wettbewerbs- beschränkung (vgl. E. 6.5.3 ff.).

## **E. 6.4**

Keine Wettbewerbsabreden mangels Wettbewerbssituation?

### **E. 6.4.1**

Die Beschwerdeführerin beruft sich zur Begründung ihres Standpunktes, dass in keinem der zehn strittigen Fälle eine Wettbewerbsabrede vorliege, als erstes auf das Hauptargument (E. 6.3 Bst. a), die vermeintlichen Abredeparteien seien mit Bezug auf diese Bauprojekte von vorneher ein nicht miteinander im Wettbewerb gestanden.

#### **E. 6.4.1.1**

Die angeblich mitbeteiligten Bauunternehmen – also die Foffa Conrad und (im Fall Nr. 3) die P. Lenatti – hätten die jeweiligen Bauprojekte aus ihrem eigenen Willen nicht ausführen wollen. Sie hätten an der Ausführung dieser Bauprojekte kein Interesse gehabt und aus ihrer eigenen und freien Entscheidung beschlossen, der Bauherrschaft bei der jeweiligen Ausschreibung ein höheres Angebot als die Beschwerdeführerin zu unterbreiten.

#### **E. 6.4.1.2**

Am Interesse an der Ausführung der vorliegenden Bauprojekte habe es einerseits gefehlt, da sich diese Projekte alle im Oberengadin befunden hätten, wo die im Unterengadin ansässige Foffa Conrad grundsätzlich keine Bauprojekte übernehme. Gerade das Engadin mit seinen geographischen Gegebenheiten führe zu einer naturgemässen Begrenztheit des räumlich relevanten Raumes. Es sei nicht realistisch, dass ein Bauunternehmen ein konkurrenzfähiges Angebot machen könne, wenn es seinen Sitz mehr als ca. 15-20 Minuten Fahrzeit vom Bauprojekt entfernt habe. Aufgrund des längeren Anfahrtsweges wäre es für die Foffa Conrad finanziell nicht interessant gewesen, für die Ausführung von Bauprojekten im Oberengadin zu offerieren. Andererseits habe der Foffa Conrad die Kapazität gefehlt. Als kleineres lokales Bauunternehmen sei es nicht möglich,

B-5172/2019 Seite 30 beliebig viele Projekte ausführen zu können. Bei jedem Projekt müsse genau kalkuliert werden, ob die Kapazitäten und Ressourcen vorhanden seien oder bereits anderweitig genutzt würden. Die Foffa Conrad habe ihre Ressourcen für näher gelegene und wirtschaftlich rentablere Bauprojekte einsetzen wollen. Diese Überlegungen hätten dazu geführt, dass sich die Foffa Conrad unabhängig von der Beschwerdeführerin dazu entschieden habe, die jeweiligen Bauaufträge nicht ausführen zu wollen.

#### **E. 6.4.1.3**

Da die Foffa Conrad aber von den jeweiligen Bauherrschaften eingeladen worden sei, eine Offerte einzugeben, habe sie nicht ablehnen wollen. Das Unternehmen habe befürchtet, andernfalls nicht mehr für andere Bauvorhaben eingeladen zu werden. In der Engadiner Baubranche sei es nicht unüblich, dass Bauunternehmen eine Offerte einreichen, auch wenn sie gar nicht vorhätten, ein Bauprojekt umzusetzen, sei dies, weil ihnen die personellen Ressourcen fehlen würden oder die Fahrdistanzen zu weit seien. Kein Bauunternehmen könne es sich leisten, einem wichtigen Auftraggeber zu signalisieren, keine Kapazität zu haben oder am Auftrag nicht interessiert zu sein. Wenn ein Bauunternehmen keine Offerte einbebe, obwohl es zur Offertstellung eingeladen worden sei, könne dies bedeuten, dass das Unternehmen beim nächsten Projekt dieser Bauherrschaft nicht mehr eingeladen werde. Das Ablehnen einer Offertstellung könne zu einem schlechten Ruf in der Baubranche führen. Die Foffa Conrad habe dieses Risiko nicht eingehen wollen. Aus diesen Überlegungen habe die Foffa Conrad Offerten einreichen wollen, mit denen sie den

Zuschlag aber möglichst nicht erhalten würde. Die Offerten, welche die Foffa Conrad in den zehn strittigen Fällen tatsächlich eingereicht habe, seien nur zum Schein erfolgt. Es seien sog. "Alibi-Offerten" ohne Interesse an der Ausführung gewesen. Die Offerten seien zwar ernst gemeint gewesen. Sie sollten aber so ausgestaltet sein, dass ein anderes Unternehmen sicher günstiger offeriert.

B-5172/2019 Seite 31

#### **E. 6.4.1.4**

Es sei ein verlässliches ökonomisches Verhalten, dass ein Bauherr den Zuschlag dem Offerenten mit dem kostengünstigsten Angebot erteile, oder allenfalls jenem mit dem besten Preis-Leistungsverhältnis. Kaum ein Bauherr gebe absichtlich einer höheren Offerte den Vorzug. Daher habe die Foffa Conrad davon ausgehen können, den Zuschlag nicht zu erhalten, wenn ihr Angebot höher als dasjenige der Beschwerdeführerin sei. Die Wahrscheinlichkeit, dass Foffa Conrad den Zuschlag trotzdem erhalten würde, habe sie nicht als realistisch einstufen müssen. Ausserdem hätte es selbst in einem solchen Fall Möglichkeiten gegeben, sich aus dem entstandenen Vertragsverhältnis zu lösen. Die Foffa Conrad habe sich somit nur dem Schein nach am Wettbewerb beteiligt und nicht tatsächlich. Ausserdem hätte die Foffa Conrad das jeweilige Bauprojekt zum offerierten Preis tatsächlich auch ausgeführt. Der Preis sollte ja absichtlich höher sein, womit die der Foffa Conrad entstehenden Mehrkosten bereits eingerechnet gewesen wären.

#### **E. 6.4.1.5**

Dass ein zur Offertstellung eingeladenes Bauunternehmen ein Projekt nicht ausführen wolle, sei zulässig. Eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 KG könne nur dann vorliegen, wenn tatsächlich eine Wettbewerbssituation zwischen den beteiligten Parteien gegeben sei. Dies sei aber nur dann der Fall, wenn Konkurrenten gleicher Marktstufe auf dem gleichen sachlichen und räumlichen Markt tatsächlich oder mindestens potentiell miteinander im Wettbewerb stünden. Ob Unternehmen aktuelle oder potentielle Konkurrenten seien, müsse nach objektiven Kriterien ermittelt werden. Es genüge nicht, dass theoretische Überlegungen eine potentielle Wettbewerbssituation ergäben. Ohne eine Wettbewerbssituation zwischen den Unternehmen in Bezug auf ein konkretes Objekt im Zeitpunkt der Ausschreibung könne keine Wettbewerbsabrede vorliegen (Beschwerde, Rz. 13, 19, 22, 28ff.; Replik, Rz. 16 ff.; Wiederholung der Argumentation bei den Ausführungen zu den Einzelfällen, vgl. z.B. Beschwerde, Rz. 76 ff. [Fall Nr. 3], Rz. 103 [Fall Nr. 4], Rz. 162 ff. [Fall Nr. 7], Rz. 179 ff. [Fall Nr. 8]).

B-5172/2019 Seite 32

#### **E. 6.4.2**

Die Vorinstanz weist diese Ausführungen als unbegründet zurück. Die Foffa Conrad und die P. Lenatti (Fall Nr. 3) seien entgegen der Beschwerdeführerin potentielle wie auch aktuelle Wettbewerber der Beschwerdeführerin gewesen.

#### **E. 6.4.2.1**

Ein potentielles Wettbewerbsverhältnis habe vorgelegen, da die Beschwerdeführerin wie die Foffa Conrad im Engadin tätige Bauunternehmen seien, welche zur Erbringung der nachgefragten Bauleistungen in der Lage gewesen seien. Die jeweilige Bauherrschaft habe in den strittigen Fällen jeweils auch beide Bauunternehmen zur Offertstellung eingeladen, womit die Foffa Conrad und die Beschwerdeführerin als potentielle Konkurrentinnen zu

werten seien. Darüber hinaus sei es erstellt und unbestritten, dass die Foffa Conrad wie die Beschwerdeführerin der Bauherrschaft in der Folge in sämtlichen zu beurteilenden Fällen auch tatsächlich eine Offerte eingereicht hätten. Damit stehe fest, dass die Foffa Conrad und die Beschwerdeführerin nicht nur in einem potenziellen, sondern auch in einem aktuellen Wettbewerbsverhältnis gestanden seien.

#### **E. 6.4.2.2**

Die Argumentation der Beschwerdeführerin beruhe auf der Annahme, dass die Foffa Conrad an den betreffenden Ausschreibungen jeweils gar nicht teilgenommen, sondern sich durch ihren einseitigen Entschluss aus dem entsprechenden Wettbewerb genommen habe. Dies treffe nicht zu. Die Beschwerdeführerin verkenne, dass die Foffa Conrad der Bauherrschaft jeweils tatsächlich ein Angebot unterbreite und damit am Wettbewerb partizipiert habe. Bei den Offerten der Foffa Conrad handle es sich um Anträge zum Abschluss eines Vertrags im Sinne des Obligationenrechts, welche die (private) Bauherrschaft ohne weiteres Zutun der Foffa Conrad hätte annehmen können (m.H. auf Art. 3 ff. des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [SR 220, nachfolgend OR]). Die Foffa Conrad habe sich entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin gerade nicht aus dem Wettbewerb genommen, sondern im Gegenteil – durch das Einreichen ihrer Offerten – daran teilgenommen.

#### **E. 6.4.2.3**

Dass die Foffa Conrad (und im Fall Nr. 3 die P. Lenatti) kein Interesse an der Ausführung des jeweiligen Projekts gehabt, aber trotzdem eine Offerte hätte einreichen wollen, um sich für künftige Projekte im Gespräch zu halten, möge sein. Dies sei aber irrelevant, zumal die Unternehmen tatsächlich ein Angebot eingereicht und damit aktiv am Wettbewerb partizipiert hätten. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin zum längeren Anfahrtsweg der Foffa Conrad und den entsprechend höheren Transportkosten zielten an der Sache vorbei.

B-5172/2019 Seite 33

#### **E. 6.4.2.4**

Zwar sei es mit der Beschwerdeführerin kartellrechtlich nicht zu beanstanden, wenn ein Unternehmen der Bauherrschaft bei fehlendem oder bloss geringem Interesse am Zuschlag ein entsprechend hohes Angebot unterbreite. Dies sei Ausdruck des Wettbewerbs. Die Einreichung eines hohen Angebots aufgrund von fehlendem Interesse am Zuschlag werde den Parteien vorliegend aber nicht vorgeworfen, bestehe der Vorwurf doch darin, dass die Foffa Conrad und die P. Lenatti (Fall Nr. 3) ihre Offerten nicht eigenständig, sondern in Koordination mit der Beschwerdeführerin gerechnet hätten. Habe die Foffa Conrad kein Interesse oder keine Zeit für die Ausführung der Projekte gehabt, hätte sie der Bauherrschaft jeweils eine begründete Absage erteilen können, anstatt sich auf eine Koordination der Angebote mit der Beschwerdeführerin einzulassen und damit den Wettbewerbsgedanken, der auf der Unsicherheit über das Konkurrenzverhalten beruhe, auszuhebeln. Eine solche, eigenständig beschlossene, Verzichtserklärung wäre zulässig und möglich gewesen, liege aber in keinem der zu beurteilenden Fälle vor.

#### **E. 6.4.2.5**

Mit welcher Motivation ein Unternehmen eine Stützofferte einreiche – ob es eine solche wegen fehlender Kapazität, mangelndem Ausführungsinteresse oder in Erwartung eines

Gegengefallens einreiche –, sei für die kartellrechtliche Würdigung irrelevant. Auch könne es für das Bestehen einer Wettbewerbsabrede zwischen zwei Unternehmen nicht darauf ankommen, dass beide Unternehmen gleichermassen in der Lage wären, ein konkurrenzfähiges Angebot abzugeben oder gleichermassen Profit aus der Ausführung eines Projekts zu erzielen. Bei Stützoverten handle es sich nie um "ernsthafte" Angebote in dem Sinne, dass das stützende Unternehmen mit dem Zuschlag rechnen würde.

#### **E. 6.4.2.6**

Im Widerspruch dazu vertrete die Beschwerdeführerin die Ansicht, Voraussetzung für das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen zwei Unternehmen betreffend eine konkrete Ausschreibung sei, dass beide Unternehmen ernsthafte Angebote hätten einreichen wollen, also Angebote, die nicht zum Schein und nicht aus "geschäftsstrategischen Gründen" abgegeben worden seien. Würde diesem Standpunkt gefolgt, hätte dies laut der Vorinstanz die weitreichende Konsequenz, dass bei Einzelsubmissionsabsprachen künftig nur noch dann horizontale Wettbewerbsverhältnisse vorlägen, wenn nachgewiesen wäre, dass mehrere Unternehmen ein starkes Interesse an einem Projekt gehabt, aber einzig aufgrund der Abrede von einem "ernsthafte(n)" Angebot abgesehen hätten.

B-5172/2019 Seite 34 Mit allen Unternehmen, die "bloss" ein eher geringes Interesse an einem Projekt gehabt hätten, könnten Submissionen uneingeschränkt abgesprochen und die Eingabepreise abgestimmt werden. Diese zusätzliche Voraussetzung liesse sich kaum je nachweisen, gäben bei Einzelsubmissionsabsprachen ausser dem Schutzempfänger letztlich doch alle anderen Abredeteilnehmer lediglich Scheinangebote ab.

#### **E. 6.4.2.7**

Schliesslich habe auch das Bundesverwaltungsgericht in seinen Urteilen in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau in keinem der beurteilten Vorwürfe bezüglich Einzelsubmissionsabsprachen geprüft, wie gross das Ausführungsinteresse des stützenden Unternehmens gewesen sei und ob dieses Unternehmen überhaupt ein Ausführungsinteresse gehabt habe oder nicht. Diese Frage sei in jenen Urteilen irrelevant gewesen und sei auch vorliegend nicht von Bedeutung (vgl. Urteile des BVGer B-771/2012, B-807/2012, B-829/2012 und B-880/2012 vom 25. Juni 2018; Vernehmlassung, Rz. 11, 15 ff., 21, 40 ff., 56f., 134 Lemma 2; Duplik, Rz. 10 f.).

#### **E. 6.4.3**

Der Beschwerdeführerin ist dahingehend zuzustimmen, als Wettbewerbsabreden nur unter der Voraussetzung vorliegen können, dass die angeblich abredebeteiligten Parteien zueinander in einem zumindest potentiellen Wettbewerbsverhältnis stehen.

#### **E. 6.4.3.1**

Diese Grundvoraussetzung geht bereits aus dem Zweck des Kartellgesetzes hervor, den Wettbewerb zu fördern (Art. 1 KG; MOECKLI, DIKE-KG, Art. 1 N. 41), was implizit eine vorbestehende Wettbewerbs- und Konkurrenzsituation voraussetzt. Sodann stimmt die von der Beschwerdeführerin herangezogene Argumentation auch mit Art. 2 KG überein, welcher den Geltungsbereich des Kartellgesetzes regelt und festlegt, dass dieses in persönlicher Hinsicht nur für wirtschaftlich selbständige Gebilde gilt, welche am Wettbewerb auch tatsächlich teilnehmen, indem sie Güter und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess anbieten oder nachfragen (Art. 2 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 bis KG).

#### **E. 6.4.3.2**

Weiter kommt die Voraussetzung des Vorliegens einer Wettbewerbssituation sinngemäss auch in der Legaldefinition der Wettbewerbsabrede von Art. 4 Abs. 1 KG wie auch in der Beweiserleichterungsregel von Art. 5 Abs. 3 KG zum Ausdruck: Während Art. 4 Abs. 1 KG Abreden von "Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen" erfasst, welche eine "Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken", zeichnen sich horizontale Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG unter anderem dadurch aus, dass sie zwischen Unternehmen auf gleicher Marktstufe getroffen werden, wobei die beteiligten Unternehmen "tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen" müssen. Erforderlich ist mit anderen Worten ein aktuelles oder potentielles Konkurrenzverhältnis auf demselben sachlichen und räumlichen Markt (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 9.3.2, Engadin IV; Urteil des BVGer B-3618/2013 vom 24. November 2016 Rz. 298, Ticketvertrieb Hallenstadion, m.w.H.; Urteile des BVGer B-8404/2010 und B-8430/2010 vom 23. September 2014 E. 5.1.5, 5.2.13, Baubeschläge SFS unimarket bzw. E. 6.2.16, Baubeschläge Koch; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, 2. ed. 2013, Art. 4 Abs. 1 N. 104; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 80, 84).

#### **E. 6.4.4**

Zudem gilt es zur Rüge der angeblich fehlenden Wettbewerbssituation festzuhalten, dass Unternehmen als Ausfluss der Privatautonomie rechtlich frei entscheiden können, ob sie sich an einem bestimmten Vergabeverfahren beteiligen und eine eigene Offerte abgeben oder nicht. Für Unternehmen, welche sich an einem Vergabeverfahren beteiligen, beinhaltet diese Freiheit auch, den Inhalt der jeweiligen Offerte frei zu bestimmen, also die Freiheit, selbständig festzulegen, was das offerierende Unternehmen dem Auftraggeber genau versprechen will (vgl. MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 1711, 1730 ff.).

#### **E. 6.4.5**

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Beschwerdeführerin sinngemäss ebenfalls zu Recht auf den Standpunkt, dass es zulässig ist, wenn ein zur Offertstellung eingeladenes Bauunternehmen für sich beschliesst, ein bestimmtes Projekt nicht ausführen zu wollen (vgl. E. 6.4.1). Diesen Standpunkt bestätigt auch die Vorinstanz, indem sie darauf hinweist (vgl. E. 6.4.2), dass in den zehn strittigen Fällen eine eigenständig beschlossene Verzichtserklärung des an den Bauaufträgen mutmasslich nicht interessierten Bauunternehmens zulässig und gegenüber dem betroffenen Auftraggeber auch ohne Weiteres begründbar gewesen wäre.

B-5172/2019 Seite 36 Ebenso stellt die Vorinstanz zutreffend klar, dass das unabhängige Einreichen eines hohen (und damit voraussichtlich chancenlosen) Angebots bei fehlendem oder bloss geringem Interesse am Zuschlag (kartellrechtlich) nicht zu beanstanden wäre (vgl. E. 6.4.2).

#### **E. 6.4.6**

Nun steht vorliegend aber zum einen fest, dass die beiden Bauunternehmen, welche an der Ausführung der strittigen Bauprojekte laut der Beschwerdeführerin kein Interesse gehabt haben, den Auftraggebern in den jeweiligen Fällen je unstrittig trotzdem eine Offerte

eingereicht haben. Eigenständige Angebotsverzichte, welche zulässig wären (E. 6.4.5), stehen vorliegend nach übereinstimmenden Angaben somit nicht zur Diskussion. Zum anderen ist auch die (anerkanntermassen zulässige) unabhängige Preisgestaltung eines einzelnen Unternehmens nicht Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens. Der nachfolgend zu prüfende Vorwurf der Vorinstanz besteht vielmehr ausdrücklich und allein darin, dass die Beschwerdeführerin ihre Offerten der Foffa Conrad und der P. Lenatti in den jeweiligen Fällen je vorgängig zugestellt habe, sodass die Foffa Conrad und die P. Lenatti den Auftraggebern (mit minimalem Aufwand) preislich koordinierte, höhere Angebote als die Beschwerdeführerin einreichen konnten.

#### **E. 6.4.7**

Der vorstehend (E. 6.4.5) genannte, grundsätzlich zutreffende, Standpunkt der Beschwerdeführerin – es sei zulässig, wenn ein zur Offertstellung eingeladenes Bauunternehmen für sich beschliesse, ein bestimmtes Projekt nicht ausführen zu wollen –, ist für die vorliegend zu prüfende Sachlage daher nicht einschlägig.

B-5172/2019 Seite 37

#### **E. 6.4.8**

Auch die übrigen Ausführungen der Beschwerdeführerin zur angeblich fehlenden Wettbewerbssituation in den zehn strittigen Fällen überzeugen bei genauerer Betrachtung nicht.

##### **E. 6.4.8.1**

So ist unbestritten, dass es sich sowohl bei der Beschwerdeführerin als auch bei der Foffa Conrad und der P. Lenatti je um Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 bis KG handelt, welche zu den massgeblichen Zeitpunkten als geschäftstätige Baudienstleister im Wirtschaftsprozess alle aktiv waren (vgl. zur Unternehmenseigenschaft der Beschwerdeführerin bereits E. 3.1.2). Ebenso wenig ist anzuzweifeln, dass die Ausführung von Hoch- und Tiefbauprojekten im Engadin wie die vorliegend ausgeschriebenen grundsätzlich zur angebotenen Geschäftstätigkeit dieser Unternehmen gehörte. Entsprechend haben die Auftraggeber der vorliegend streitgegenständlichen Bauprojekte die Beschwerdeführerin, die Foffa Conrad und die P. Lenatti (Fall Nr. 3) auch unbestrittenermassen ausdrücklich je eingeladen, sich aktiv mit einer Offerte um die Ausführung der jeweiligen Bauvorhaben zu bewerben.

##### **E. 6.4.8.2**

Somit kamen die Beschwerdeführerin, die Foffa Conrad und die P. Lenatti in den jeweiligen Vergabewettbewerben je gleichzeitig als Mitbewerberinnen bzw. "Submittentinnen" und potentielle Zuschlagsempfängerinnen für das jeweils identische Bauvorhaben in Frage. Eine potentielle Wettbewerbssituation zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad sowie der P. Lenatti (Fall Nr. 3) ist mit Bezug auf die Vergabe dieser Bauprojekte augenfällig. Entgegen der Beschwerdeführerin begründet die Vorinstanz diese Sachlage nicht zu theoretisch. Denn die Beschwerdeführerin und die beiden anderen Unternehmen mussten unter den beschriebenen Umständen – und bei unbeeinflussten Wettbewerbsbedingungen – subjektiv je mit Angeboten der Gegenseite für das jeweils identische Bauvorhaben rechnen.

B-5172/2019 Seite 38

### **E. 6.4.8.3**

Die Beschwerdeführerin muss sich diesbezüglich auch entgegenhalten lassen, dass sie ihr eigenes Interesse an der Ausführung dieser Aufträge wohlgerne nicht bestreitet. Ihre Argumentation missachtet, dass sich die (wettbewerblich vorausgesetzte) Ungewissheit über das mutmassliche Bietverhalten der anderen (miteingeladenen) Bauunternehmen zwangsläufig disziplinierend – und damit "wettbewerbsfördernd" – auf das eigene Bietverhalten auswirkt. Denn die subjektive Prognose, dass es potentiell Mitbewerber um denselben Bauauftrag geben dürfte, wie auch die eigene Einschätzung des voraussichtlichen Bietverhaltens der möglichen Mitbewerber beeinflussen – unter freien Wettbewerbsbedingungen – nicht nur den eigenen Entscheid, ob es sich lohnt, eine Offerte einzureichen, sondern gegebenenfalls auch die konkrete Festlegung der Konditionen und Preise des eigenen Angebots.

### **E. 6.4.8.4**

Zusammenfassend besteht keine Veranlassung, die von der Vorinstanz bejahte potentielle Wettbewerbssituation in den zehn strittigen Fällen zu beanstanden (vgl. zum potentiellen Wettbewerb und zur disziplinierenden Wirkung einer potentiellen Konkurrenz statt vieler: Rz. 150 ff. der vorläufigen Beurteilung der Wettbewerbskommission vom 19. Dezember 2016 in Sachen Zusammenschlussvorhaben gemäss Art. 32 und 33 KG betreffend Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft, veröffentlicht in: RPW 2018/2 S. 386 ff., S. 402, m.w.H.).

### **E. 6.4.8.5**

Darüber hinaus steht fest, dass die Beschwerdeführerin, die Foffa Conrad und die P. Lenatti (Fall Nr. 3, vgl. E. 6.2) den jeweiligen Einladungen der Auftraggeber zur Offertstellung tatsächlich nachgekommen sind, indem sie den Auftraggebern jeweils eine Offerte eingereicht haben. Dies bedeutet unabhängig davon, ob die jeweiligen Angebote im Sinne des vorinstanzlichen Vorwurfs miteinander koordiniert waren oder nicht, dass sich die angeblich abredebeteiligten Unternehmen in den entsprechenden Ausschreibungen je formell als Submittentinnen konstituiert und sich somit gleichzeitig um die Ausführung der jeweils identischen Baudienstleistungen beworben haben. Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass die Beschwerdeführerin, die Foffa Conrad und die P. Lenatti (Fall Nr. 3) dadurch zu aktuellen Konkurrentinnen wurden. Durch die je freiwillig gewählte Eingabe eines verbindlichen Angebots entstand zwischen den offerierenden Unternehmen aus dem potentiellen Wettbewerbsverhältnis zweifellos eine aktuelle Wettbewerbssituation (vgl. in diesem Sinne auch: Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 9.3.8, Engadin IV).

B-5172/2019 Seite 39

### **E. 6.4.8.6**

Die Beschwerdeführerin verkennt, dass es sich bei einem vertragsrechtlich gültigen Angebot um ein verbindliches, an den potentiellen Vertragspartner gerichtetes Versprechen des Anbieters handelt, gewisse Leistungen zu bestimmten Konditionen, namentlich zu einem bestimmten Preis, zu erbringen. Der Bieter erklärt mit seinem Angebot seinen Willen und seine Bereitschaft, einen Vertrag mit dem Auftraggeber zu den angebotenen Konditionen einzugehen, falls dieser will. Vertragsrechtlich unterwirft sich der Bieter mit seinem Angebot dem Annahmewillen des Auftraggebers. Wie die Vorinstanz mit Hinweis auf Art. 3 ff. OR zutreffend betont, sind Angebote verbindlich bzw. bindend.

Bieter, welche im Vergabeverfahren ein Angebot eingereicht haben, sind an diese Erklärung gebunden und – unabhängig von der subjektiv veranschlagten Attraktivität des Angebots – verpflichtet, ihr Versprechen einzuhalten, falls der Auftraggeber das Angebot innerhalb der vertragsrechtlichen "Bindefrist" annimmt (vgl. zum Ganzen: Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 9.3.8, Engadin IV; BEYELER, a.a.O., Rz. 1693 f., 1732, 1881, 2845; PETER GAUCH, WALTER R. SCHLUEP, JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2014, Rz. 363, 391 ff.).

#### **E. 6.4.8.7**

Die vertragsrechtliche Verbindlichkeit von Angeboten kann in gewissen Situationen zwar in Frage gestellt sein (vgl. hierzu statt vieler: BEYELER, a.a.O., Rz. 1695, 2170, 2174 f.; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2014, Rz. 3948 ff., 3958 ff., 3965 f.). Dafür bestehen vorliegend aber keine Anhaltspunkte. Es besteht insbesondere kein Grund zur Annahme, dass sich die Beschwerdeführerin, die Foffa Conrad oder die P. Lenatti in einem Erklärungsirrtum befunden haben könnten. Im Gegenteil reichten die Foffa Conrad und die P. Lenatti ihre Offerten laut der Beschwerdeführerin gerade ausdrücklich im vollen Wissen ein, dass sie sich entgegen ihrem unmissverständlich zum Ausdruck gebrachten Geschäftswillen tatsächlich nicht zur Ausführung der Bauarbeiten verpflichten wollten. Damit versetzten sie die Auftraggeber ihrerseits absichtlich in einen Irrtum über ihren (offenbar fehlenden) Abschlusswillen. Es liegt auf der Hand, dass ein solches Verhalten keinen Rechtsschutz verdient (vgl. dazu: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., Rz. 892 f.). Abgesehen davon ist es gemäss dem Dargelegten (E. 6.1.1 f.) kartellrechtlich auch unerheblich, ob Vereinbarungen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zivilrechtlich durchsetz- und erzwingbar sind.

B-5172/2019 Seite 40

#### **E. 6.4.8.8**

Entscheiden sich schliesslich zur Offertstellung eingeladene Unternehmen, wie vorliegend, als Ausfluss ihrer Privatautonomie dazu, in einer (privaten oder öffentlichen) Ausschreibung verbindliche Angebote einzureichen, bedeutet dieses Verhalten im Übrigen auch dann nichts anderes als eine aktive Teilnahme am Wettbewerb, wenn ein bietendes Unternehmen annimmt, den Zuschlag nicht zu erhalten, weil es sein Angebot im Vergleich zu den mutmasslich eingehenden weiteren Angeboten als voraussichtlich nicht konkurrenzfähig bewertet. Aus welchen Gründen ein bietendes Unternehmen (d.h. ein Submittent) zu dieser Einschätzung gelangt, spielt für das Bestehen eines aktuellen Vergabewettbewerbs keine Rolle. Durch das Einreichen von mehreren verbindlichen Angeboten wird unabhängig davon eine aktuelle Wettbewerbssituation um die Vergabe des betreffenden Auftrags geschaffen. Warum die Angebote preisliche oder sonstige Unterschiede aufweisen, ist irrelevant. Die Submittenten einer Ausschreibung nehmen unabhängig von ihren individuellen Besonderheiten und Kostenstrukturen aktiv am jeweiligen Vergabewettbewerb teil. Konkurrierende Angebote liegen namentlich unbeschrieben davon vor, ob die Preisunterschiede der Angebote beispielsweise auf individuell höheren Transportkosten, auf Mehrkosten eines Submittenten für das "Organisieren" zusätzlicher Ressourcen oder ganz einfach darauf beruhen, dass sich ein Submittent ohne Fremdeinwirkung autonom zur Eingabe eines chancenlosen, besonders hohen, Angebots entschieden hat, weil er am Zuschlag aus betrieblichen Gründen nicht interessiert ist.

#### **E. 6.4.9**

Im Ergebnis erweist sich die gegen das Vorliegen einer Wettbewerbssituation gerichtete Rüge der Beschwerdeführerin als unbegründet. Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass die Foffa Conrad und die P. Lenatti (Fall Nr. 3) in den vorliegend strittigen Fällen potentielle wie auch aktuelle Wettbewerber der Beschwerdeführerin waren. Die Auffassung der Beschwerdeführerin, dass sich die beiden Unternehmen trotz der verbindlichen Einreichung von Offerten nur dem Schein nach und nicht tatsächlich am Wettbewerb beteiligt hätten, ist nicht haltbar. Wie die Vorinstanz schlüssig darlegt, ist die Frage, wie gross das Interesse der Foffa Conrad oder der P. Lenatti an der Ausführung der betreffenden Bauaufträge gewesen ist – bzw. ob sie überhaupt ein Ausführungsinteresse gehabt haben –, für die Beurteilung der streitgegenständlichen Vorwürfe irrelevant (vgl. in diesem Sinne auch: Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 9.3.8, Engadin IV). Eine potentielle wie eine aktuelle Wettbewerbssituation ist im Sinne des Ausgeführten unabhängig davon zu bejahen.

B-5172/2019 Seite 41

#### **E. 6.4.10**

Bei diesem Ergebnis kann der Vorinstanz auch kein Vorwurf gemacht werden, die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Tatsachen verkannt zu haben. Der Vorwurf der angeblich unrichtigen und lückenhaften Sachverhaltsfeststellung im Zusammenhang mit dem Vorliegen einer Wettbewerbssituation geht fehl. Eine Veranlassung für weitere Sachverhaltsabklärungen bestand und besteht diesbezüglich entgegen der Beschwerdeführerin nicht.

#### **E. 6.5**

Keine Wettbewerbsabreden mangels Auswirkungen auf den Wettbewerb?

##### **E. 6.5.1**

Als zweites Hauptargument (E. 6.3 Bst. b) macht die Beschwerdeführerin geltend, eine Wettbewerbsabrede liege in keinem der zehn strittigen Fälle vor, da nach dem Dafürhalten der Beschwerdeführerin selbst ein erwiesenes koordiniertes Verhalten zwischen den angeblich abredeteiligen Unternehmen keinerlei Wirkung im Markt gehabt habe.

##### **E. 6.5.1.1**

Selbst wenn das Bundesverwaltungsgericht zur Ansicht gelange, dass die Kontaktaufnahmen und Korrespondenzen per E-Mail zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad sowie der P. Lenatti (Fall Nr. 3) zu koordinierten Angeboten geführt hätten, habe diese Verhaltensweise keinen Einfluss auf den Wettbewerb gehabt. Die Parteien hätten diesfalls weder eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt, noch sei der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt oder beseitigt worden. Indem die Beschwerdeführerin ihren Berufskollegen die eigene Offerte in den betreffenden Fällen aus reinem Goodwill zur Verfügung gestellt habe, sei kein Bauherr auch nur um einen Franken geprellt worden. Ohne bedeutende Auswirkungen eines koordinierten Verhaltens auf den wirksamen Wettbewerb könnten keine unzulässigen Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG vorliegen.

##### **E. 6.5.1.2**

Von fehlenden Auswirkungen auf den Wettbewerb sei einerseits auszugehen, weil die erste Angebotsrunde, welche die Vorinstanz als sanktionsbegründenden Sachverhalt darlege, in den meisten Projekten bloss der Auftakt zu weiteren Preisverhandlungen gewesen sei. Die jeweilige Bauherrschaft habe die Offerenten in der Regel kontaktiert und sie unabhängig voneinander aufgefordert, den Preis des ersten Angebots zu reduzieren. Kontaktiert worden seien jeweils einzelne, mehrere oder alle Offerenten. Teilweise hätten die Bauherrschaften auch mehrere Preisreduktionen verlangt.

B-5172/2019 Seite 42 Die Offerenten seien den entsprechenden Forderungen ausgeliefert gewesen. Ob ein Offerent den Zuschlag nach einer Preisreduktion erhalten würde, sei nicht absehbar gewesen. Keinem sei zugesichert worden, den Auftrag nach der verlangten Reduktion zu erhalten. Offerenten mit dem tiefsten Preisangebot in der ersten Runde hätten von Offerenten auf der zweiten Position, welche eine Aufforderung zur Preisreduktion bekommen hätten, verdrängt werden können. Auch die Beschwerdeführerin habe für verschiedene Projekte eine Offerte mit nachträglichen Reduktionen eingereicht und den Zuschlag trotzdem nicht erhalten. Bei sechs der acht sanktionierten Projekte habe die Beschwerdeführerin den Zuschlag nicht bekommen, weil ein anderes Bauunternehmen günstiger offeriert habe. Die erste Angebotsrunde habe folglich auf die Erteilung des Zuschlags und auf den Endpreis des jeweiligen Projekts nur einen relativ geringen oder gar keinen Einfluss gehabt. Dies auch dann, wenn die angeblich abredebeteiligten Unternehmen ihre Offerten hier tatsächlich koordiniert haben sollten. Dass eine Koordination der Angebote auch im Rahmen der Preisreduktionsrunden (nachfolgend auch: Abgebotsrunden) stattgefunden habe, behaupte und beweise die Vorinstanz nicht.

#### **E. 6.5.1.3**

Andererseits habe auch deshalb eine intakte Wettbewerbssituation bestanden, weil bei den einzelnen Bauprojekten immer auch weitere Bauunternehmen, mit denen die Beschwerdeführerin keinen Kontakt gehabt habe, günstigere Offerten eingereicht hätten. Neben den Angeboten der Beschwerdeführerin, der Foffa Conrad sowie der P. Lenatti (Fall Nr. 3) habe es bei allen Projekten mehrere weitere Angebote von – an der vorgeworfenen Angebotskoordination unbeteiligten – Drittunternehmen gegeben. So hätten im Fall Nr. 10 beispielsweise acht Bauunternehmen offeriert, und den Zuschlag für die Ausführung des Bauprojekts habe schliesslich ein unbeteiligtes Drittunternehmen erhalten. Selbst wenn von koordinierten Angeboten der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad ausgegangen werde, sei das Angebot dieser Zuschlagsempfängerin das günstigste gewesen. Somit habe die Verhaltensweise der Beschwerdeführerin und Foffa Conrad keinen Einfluss auf den Wettbewerb gehabt. Der günstigste Anbieter habe den Zuschlag erhalten. Der freie Wettbewerb habe bestens funktioniert (Beschwerde, Rz. 218 [Fall Nr. 10]).

#### **E. 6.5.1.4**

Drittens hätten die Parteien den Wettbewerb auch deshalb nicht beeinflusst, weil die Foffa Conrad in den betreffenden Bauprojekten keine eigene Offerte eingereicht hätte, falls sich die Beschwerdeführerin dazu entschlossen hätte, ihr die eigene Offerte nicht zuzustellen. Denn in diesem

B-5172/2019 Seite 43 Fall wäre die Foffa Conrad laut der Beschwerdeführerin das Risiko eingegangen, bei einem weiteren Bauprojekt nicht mehr berücksichtigt zu werden.

#### **E. 6.5.1.5**

Die Vorinstanz verkenne auch die Bedeutung dieser Umstände. Sie habe einen bedeutenden Teil dessen, was für den Zuschlag und den Endpreis der Projekte relevant gewesen sei, weder untersucht noch berücksichtigt. Sie habe deshalb die Beweisregeln und die Grundsätze eines fairen Verfahrens (Art. 29 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) verletzt und den Sachverhalt unvollständig erhoben. Insbesondere habe die Vorinstanz die Beweisanträge der Beschwerdeführerin vom 20. Februar 2019 zu Unrecht abgewiesen (vgl. B.1, B.p; Vorinstanz, act. 90 [22-0459]). Hätte die Vorinstanz die beantragten Beweise abgenommen, wäre sie zum Schluss gekommen, dass der Wettbewerb zwischen den Offerenten gespielt habe. Der Auffassung der Vorinstanz, dass es – falls ein erstes Angebot abgesprochen worden sei – nicht darauf ankomme, ob die Vergabe eines Bauprojektes weitere Abgebotsrunden umfasse, sei zu widersprechen.

#### **E. 6.5.1.6**

Somit seien die jeweiligen Architekten und Bauleiter vom Bundesverwaltungsgericht zu befragen, ob sie von den Offerenten nach dem Erhalt ihrer Angebote weitere Preisreduktionen verlangt hätten. Insbesondere seien sie zu befragen, wie viele weitere Angebotsrunden durchgeführt und welche Offerenten für eine Preisreduktion kontaktiert worden seien. Weiter seien sie zu befragen, ob und um wieviel Prozent die Offerenten die Preise daraufhin reduziert hätten. Ebenso seien sie zu befragen, welcher Offerent den Zuschlag für das jeweilige Projekt erhalten habe. Auch der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin, Herr A. \_\_\_\_\_, sei zu den jeweiligen Projekten zu befragen, insbesondere, ob er zu den einzelnen Projekten angefragt worden sei, (1) ein reduziertes Angebot einzureichen, ob er (2) ein reduziertes Angebot eingereicht und ob daraufhin (3) die Beschwerdeführerin oder ein anderer Offerent den Zuschlag erhalten habe. Ausserdem seien alle weiteren Fragen zu stellen, um den Sachverhalt vollumfänglich zu ermitteln (Beschwerde, Rz. 40-49; Tabelle "Verhältnismässigkeit" [eingereicht als Beschwerdebeilage Nr. 7]; Replik, Rz. 26 Bst. b, 27, 148; Wiederholung der Argumentation bei den Ausführungen zu den Einzelfällen, vgl. z.B. Beschwerde, Rz. 107, 113 [Fall Nr. 4], Rz. 138, 140 f. [Fall Nr. 5], Rz. 154 f., 159 f. [Fall Nr. 6], Rz. 171, 177 [Fall Nr. 7], Rz. 187, 192 f. [Fall Nr. 8], Rz. 206, 211 [Fall Nr. 9], Rz. 218 [Fall Nr. 10]).

B-5172/2019 Seite 44

#### **E. 6.5.2**

Die Vorinstanz weist auch diese Ausführungen der Beschwerdeführerin als nicht stichhaltig zurück. Es treffe nicht zu, dass das koordinierte Verhalten der abredeteiligen Unternehmen und die Abstimmung der jeweiligen Angebote keinen Einfluss auf den Wettbewerb gehabt habe. Durch den Austausch über das Offertverhalten und die Koordination der Angebote werde der (Vergabe-)Wettbewerb in seinen Grundfesten ausgehebelt. Der Vorwurf der unrichtigen Feststellung des Sachverhalts sei unbegründet. Insbesondere sei es überhaupt nicht strittig, dass es neben der Beschwerdeführerin, der Foffa Conrad sowie der P. Lenatti (Fall Nr. 3) weitere Offerenten gegeben habe und der Zuschlag in den betreffenden Fällen nicht der Beschwerdeführerin, sondern einem Drittunternehmen erteilt worden sei. Diese Aspekte habe die Vorinstanz bei der rechtlichen Würdigung und der Sanktionierung berücksichtigt (Vernehmlassung, Rz. 12, 55).

#### **E. 6.5.3.1**

Mit ihrer Argumentation (E. 6.5.1) vertritt die Beschwerdeführerin in rechtlicher Hinsicht unter dem Titel des – an dieser Stelle zu prüfenden – Art. 4 Abs. 1 KG zusammenfassend den Standpunkt, die angeblich ab- redebeteiligten Unternehmen hätten mit ihrem Verhalten keine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt. Dies auch dann nicht, wenn den jeweiligen Bauherrschaften "koordinierte Angebote" im Sinne des vorinstanzlichen Vorwurfs eingereicht wurden. Insofern bestreitet die Beschwerdeführerin mit ihrer Argumentation das in Art. 4 Abs. 1 KG erwähnte Tatbestandsmerkmal des "Bewirkens einer Wettbewerbsbeschränkung" (E. 6.1.1).

#### **E. 6.5.3.2**

Andererseits mündet die Argumentation der Beschwerdeführerin, das vorgeworfene Verhalten habe keinen Einfluss auf den Wettbewerb gehabt, in die Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin, die angeblich ab- redebeteiligten Unternehmen hätten den Wettbewerb bei gegebenen Angebotskoordinationen "weder erheblich beeinträchtigt noch beseitigt". Die Beschwerdeführerin begründet auch dies mit der von ihr angerufenen Bedeutung von Abgebots- und Preisreduktionsrunden sowie damit, dass neben den angeblich abredeteiligen Unternehmen stets auch (nicht ab- redebeteiligte) Aussenwettbewerber Angebote eingereicht hätten, welchen der Zuschlag verschiedentlich erteilt worden sei.

B-5172/2019 Seite 45

#### **E. 6.5.3.3**

Diese zweite Stossrichtung der Argumentation (vgl. E. 6.5.3.2) betrifft nicht die hier zu prüfende Frage, ob Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen, sondern diejenige, ob die Vorinstanz gestützt auf Art. 5 Abs. 1 und 3 KG die Unzulässigkeit von gegebenenfalls vorliegenden Wettbewerbsabreden zu Recht bejaht hat. Denn unzulässig sind gemäss der gesetzlichen Regelung lediglich Abreden, welche zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen oder solche, die den Wettbewerb – bei fehlender Rechtfertigung – zumindest erheblich beeinträchtigen (Art. 5 Abs. 1 KG). Ob die Ausführungen der Beschwerdeführerin unter diesem zweiten Gesichtspunkt überzeugen, wird sich demnach erst im Rahmen der Prüfung der Unzulässigkeit der gegebenenfalls rechtmässig erstellten Sachverhalte und Wettbewerbsabreden zeigen (vgl. E. 7, insbes. E. 7.4 f.).

#### **E. 6.5.3.4**

Dass es neben der Beschwerdeführerin, der Foffa Conrad und der P. Lenatti (Fall Nr. 3) weitere Offerenten gab und der Zuschlag in den betreffenden Fällen einem nicht abredeteiligen Drittunternehmen erteilt wurde, ist des Weiteren unstrittig; dies geht übereinstimmend aus den Ausführungen der Beschwerdeführerin wie auch aus den jeweiligen Einzelfallprüfungen der angefochtenen Verfügung hervor. Die Vorinstanz betont diesen Umstand zu Recht. Der Beschwerdeführerin kann daher nicht gefolgt werden, soweit sie sich diesbezüglich auf eine unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts berufen sollte.

#### **E. 6.5.3.5**

Grundlage für die vorliegende gerichtliche Beurteilung bildet im Übrigen die bereits festgestellte Tatsache, dass sich die angeblich abredeteiligen Unternehmen an den jeweiligen Vergabewettbewerben je mit einem eigenen Angebot beteiligt haben (vgl. E. 6.4.6 f., E. 6.4.8.5). Denkbare andere Sachverhaltsverläufe unter anderen Grundannahmen

sind für die vorliegende Prüfung nicht massgebend. Erwägungen zur Annahme der Beschwerdeführerin (vgl. E. 6.5.1.4), wie sich die Foffa Conrad hypothetisch verhalten hätte, falls ihr die Beschwerdeführerin die eigenen Offerten in den strittigen Vergabeverfahren nicht zugestellt hätte, erübrigen sich somit.

B-5172/2019 Seite 46

#### **E. 6.5.4.1**

Im Zusammenhang mit der erstgenannten Stossrichtung der Argumentation der Beschwerdeführerin – die angeblich abredeteiligen Unternehmen hätten keine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt (vgl. E. 6.5.3.1) – gilt es zu beachten, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer weiteren Hauptargumentation zudem vorbringt, die fraglichen Kontaktaufnahmen und E-Mail-Korrespondenzen würden die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 KG auch mangels Vorliegens einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung nicht erfüllen (vgl. E. 6.3 Bst. d).

#### **E. 6.5.4.2**

Im Wesentlichen weist die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang darauf hin, dass es den Parteien nie darum gegangen sei, den Wettbewerb zu beeinflussen. Soweit Kontaktaufnahmen stattgefunden hätten und E-Mail-Korrespondenzen sowie vorkalkulierte Offerten ausgetauscht worden seien, sei es die einzige und ausschliessliche Absicht der Parteien gewesen, der Foffa Conrad, welche das Bauprojekt gar nicht habe ausführen wollen (E. 6.4.1), die Möglichkeit zu geben, eine Offerte einzureichen, damit das Unternehmen bei einer weiteren Ausschreibung wieder berücksichtigt würde (Beschwerde, Rz. 13, 22, 28, 39; Wiederholung der Argumentation bei den Ausführungen zu den Einzelfällen; vgl. z.B. Beschwerde, Rz. 133, 135 [Fall Nr. 5], Rz. 151, 153 [Fall Nr. 6], Rz. 170 [Fall Nr. 7], Rz. 186 [Fall Nr. 8], Rz. 203, 205 [Fall Nr. 9], Rz. 217 [Fall Nr. 10]).

#### **E. 6.5.4.3**

Zusammenfassend macht die Beschwerdeführerin mit dem Standpunkt, die vorgeworfenen Verhaltensweisen hätten keinen Einfluss auf den Wettbewerb gehabt, unter dem hier zu prüfenden Art. 4 Abs. 1 KG somit geltend, Wettbewerbsabreden lägen nicht nur mangels Vorliegens einer bewirkten, sondern auch mangels Vorliegens einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung nicht vor. Die angeblich abredeteiligen Unternehmen hätten im Fall einer gerichtlichen Bestätigung der vorgeworfenen Angebotskoordinationen weder eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt, noch habe ihr Verhalten eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bezweckt. Ob dieser Darstellung gefolgt werden kann, wird im Folgenden geprüft.

B-5172/2019 Seite 47

#### **E. 6.5.5.1**

Beim gesetzlich verlangten Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung handelt es sich um alternative Tatbestandsvoraussetzungen. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 KG. Tatsächliche Auswirkungen der Abrede sind angesichts der Alternativität von Bezwecken und Bewirken nicht notwendig; es genügt, wenn sie eine solche Beschränkung bezwecken. Insofern gefährden Abreden, welche zwar noch ohne Auswirkungen auf den Wettbewerb geblieben sind, ihrem Wesen nach das Funktionieren des Wettbewerbs (vgl. zum Ganzen: BGE 147 II 72 E. 3.6, Hors-Liste

Medikamente Pfizer, m.H.; BGE 144 II 246 E. 6.4.2, Altimum; Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 9.3.1, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Umbricht, m.w.H., bestätigt mit Urteil des BGer 2C\_845/2018 vom 3. August 2020; Urteil des BVGer B-3618/2013 vom 24. November 2016 Rz. 303, Ticketvertrieb Hallenstadion; STOFFEL, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht V/2, 2. Aufl. 2023, S. 77 N. 28 [nachfolgend zit.: {AUTOR}, SIWR V/2]; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, a.a.O., N. 2.100).

#### **E. 6.5.5.2**

Die Frage, ob das der Beschwerdeführerin vorgeworfene Verhalten eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt, stellt sich folglich nur, wenn ein Bezwecken fehlt. Schloss die Vorinstanz gestützt auf das der Beschwerdeführerin vorgeworfene Verhalten zutreffend auf bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen, laufen die Ausführungen der Beschwerdeführerin zu den angeblich fehlenden tatsächlichen Auswirkungen eines koordinierten Verhaltens auf den Wettbewerb somit ins Leere. Während sich Ausführungen zu den entsprechenden Einwänden der Beschwerdeführerin in diesem Fall erübrigen, wäre weiterhin konkret zu prüfen, ob die der Beschwerdeführerin in den Einzelfällen vorgeworfenen Verhaltenskoordinationen tatsächlich rechtsgenüchlich bewiesen sind (vgl. E. 6.7 f.).

#### **E. 6.5.5.3**

Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben. Der Gehalt der Verhaltenskoordination, d.h. der Regelungsinhalt der Abrede, besteht in einer Einschränkung des Wettbewerbs, oder m.a.W. wohnt der wettbewerbsbeschränkende Zweck der Verhaltenskoordination inne. Dabei muss die Abrede objektiv geeignet sein, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Beeinträchtigung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Eine subjektive Absicht ist nicht notwendig. Genauso unerheblich ist

B-5172/2019 Seite 48 es, von welcher Abredepartei die Initiative zur Aufnahme des unternehmerischen Zusammenwirkens ausging (vgl. zum Ganzen: BGE 143 II 297 E. 5.4.2, Gaba; BGE 147 II 72 E. 3.5 f., Hors-Liste Medikamente Pfizer; BGE 144 II 246 E. 6.4.2, Altimum; STOFFEL, in: SIWR V/2, a.a.O., S. 78 f. N. 32, 34 f.; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, a.a.O., N. 2.101).

#### **E. 6.5.5.4**

Gemäss der Legaldefinition von Art. 4 Abs. 1 KG schützt das Kartellgesetz auch den potentiellen Wettbewerb, weshalb es ausreichend ist, dass Verhaltenskoordinationen den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen können. Einer Feststellung von darüber hinausgehenden Auswirkungen auf den Markt bedarf es für das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsabrede nicht. Eine die freie Preisbildung einschränkende Abrede stellt eine (bezweckte) Wettbewerbsbeeinträchtigung dar (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.4.2, Gaba; BGE 147 II 72 E. 3.5 f., Hors-Liste Medikamente Pfizer; BGE 144 II 246 E. 6.4.2, Altimum).

#### **E. 6.5.5.5**

Die der Beschwerdeführerin vorgeworfenen Angebotskoordinationen bestehen laut der angefochtenen Verfügung in tatsächlicher Hinsicht darin, dass sich die Beschwerdeführerin, die Foffa Conrad und die P. Lenatti (Fall Nr. 3) in den vorgeworfenen Fällen über ihr

Offertverhalten ausgetauscht hätten und je übereingekommen seien, der jeweiligen Bauherrschaft ein koordiniertes Angebot einzureichen (Verfügung, Rz. 200; Vernehmlassung, Rz. 12, 23). Zwischen den beteiligten Unternehmen hätten in allen Ausschreibungen übereinstimmende Willenserklärungen im Sinne eines natürlichen Konsenses vorgelegen, die Angebote und damit das Eingabeverhalten miteinander zu koordinieren (Verfügung, Rz. 198, 200, 223 Lemma 1). Konkret hätten die angeblich abredebeteiligten Unternehmen ihre Angebote dadurch koordiniert, dass die Beschwerdeführerin ihre eigenen Offerten der Foffa Conrad vorgängig zugestellt habe, sodass letztere den Auftraggebern (mit minimalem Aufwand) preislich koordinierte, höhere Angebote als die Beschwerdeführerin habe einreichen können (vgl. dazu die Beweisergebnisse der angefochtenen Verfügung zu den Fällen Nr. 1-8 und Nr. 10 in Verfügung Rz. 55, 69, 106, 122, 137, 150, 162, 186: "Konkret sollte die Foffa Conrad ein höheres Angebot einreichen als die [Beschwerdeführerin]" bzw. Verfügung Rz. 92 [Fall Nr. 3]: "Konkret sollten die Foffa Conrad und die P. Lenatti ihr Bietverhalten so gestalten, dass sie eine mögliche Zuschlagserteilung an die [Beschwerdeführerin] nicht gefährden wür-

B-5172/2019 Seite 49 den. Im Verhältnis zwischen der [Beschwerdeführerin] und der Foffa Conrad beinhaltet der Konsens auch eine preisliche Koordination der Angebote"). Die beteiligten Unternehmen hätten mit ihrem Verhalten den Zweck verfolgt, sich nicht zu konkurrenzieren. Ebenso hätten sie sich an die jeweiligen Abmachungen gehalten und sich auch tatsächlich nicht konkurrenziert (Verfügung, Rz. 200; Vernehmlassung, Rz. 12, 23).

#### **E. 6.5.5.6**

Diese vorgeworfenen Angebotskoordinationen betreffen (abgesehen von Fall Nr. 3 im Verhältnis zur P. Lenatti [vgl. Verfügung, Rz. 202, 224]) den Wettbewerbsparameter "Preis", welchem in den streitgegenständlichen Vergaben unstrittig eine entscheidende Bedeutung zukam. Mit der Vorinstanz und entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin liegt es auf der Hand, dass bereits der objektive Regelungsinhalt bzw. Gegenstand von solchen Angebotskoordinationen in einer bewussten Einschränkung des gesetzlich erwarteten (Vergabe-)Wettbewerbs besteht. Denn Anbieter, welche ihr Angebot wie in diesem Vorwurf nicht selbständig und unabhängig ausarbeiten, spiegeln dem Ausschreiber treuwidrig eine unabhängige Offerteingabe und damit einen vermeintlich unverfälschten Wettbewerb vor. Bei dieser Sachlage wird das zentrale Hauptziel des Vergaberechts, den wirksamen Wettbewerb unter den Anbietern zu fördern, verfehlt (vgl. Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 9.3.2, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Umbricht, m.w.H., bestätigt mit Urteil des BGer 2C\_845/2018 vom 3. August 2020).

#### **E. 6.5.5.7**

Auch muss sich die Beschwerdeführerin entgegenhalten lassen, dass sie, die Foffa Conrad und die P. Lenatti (Fall Nr. 3) mit Bezug auf die Vergabe der vorliegenden Bauprojekte – als je miteingeladene Bauunternehmen – von Beginn weg potentielle und später auch aktuelle Wettbewerberinnen waren (vgl. E. 6.4.8.2, E. 6.4.8.4 f., E. 6.4.9). Durch eine Angebotskoordination im Sinne des vorinstanzlichen Vorwurfs wurde bereits der – vom Kartellgesetz ebenfalls geschützte (E. 6.5.5.4) – potentielle Wettbewerb auf eine augenfällige Weise schwerwiegend beeinträchtigt. So entfiel bei Kontaktaufnahmen der potentiellen Konkurrentinnen und einer vorgängigen Zustellung der Offerten der Beschwerdeführerin an die betreffende Mitbewerberin die (sonst bestehende) Ungewissheit

über das Verhalten der Gegenseite grundsätzlich vollständig.

B-5172/2019 Seite 50

#### **E. 6.5.5.8**

Die vorgeworfene Angebotskoordination ermöglichte es der Foffa Conrad, preislich abgestimmte, höhere Angebote als die Beschwerdeführerin einzureichen. Im Gegenzug gelangte die Beschwerdeführerin durch das entsprechende Verhalten nach ihren eigenen Angaben zur strategisch entscheidenden Information, dass die Mitbewerberin – im Gegensatz zu ihr selber – kein ernsthaftes Interesse an der Ausführung der betreffenden Arbeiten hatte, sondern höher als sie eingeben wollte. Damit (und mit ihrem anschliessenden mitwirkenden Verhalten laut Vorwurf) entfiel für die Beschwerdeführerin der – unter Wettbewerbsbedingungen herrschende – Wettbewerbsdruck, ihre ansonsten unsichere Prognose über das mutmassliche Bietverhalten der Gegenseite in das eigene Angebot bzw. die eigene Preisfestlegung einfliessen zu lassen (vgl. E. 6.4.8.3).

#### **E. 6.5.5.9**

Gerade auch dieser (vgl. E. 6.5.5.8) – die Beschwerdeführerin begünstigende – Umstand (Wegfall der disziplinierenden Wirkung) verdeutlicht, dass die vorgeworfenen Verhaltenskoordinationen aus objektiver Sicht fraglos geeignet sind, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Beeinträchtigung des zentralen Wettbewerbsparameters "Preis" zu verursachen.

#### **E. 6.5.5.10**

Die von der Beschwerdeführerin gegen das Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung erhobenen Einwände (vgl. E. 6.5.4.1) betreffen die Motive, aus welchen die Beschwerdeführerin der Foffa Conrad und der P. Lenatti (Fall Nr. 3) ihre Offerten zur Verfügung gestellt haben will. Diese subjektiven Beweggründe für die vorgeworfenen Angebotskoordinationen sind – wie vorne erwähnt – mit Blick auf den objektivierten Zweckbegriff unerheblich (vgl. E. 6.5.5.3 f.). Ob die beteiligten Unternehmen eine wettbewerbswidrige Absicht dahingehend hatten, den Wettbewerb zu beschränken, ist für die Beurteilung, ob die Abreden eine Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bezweckten, ohne Relevanz, soweit die Abreden – wie dargelegt – objektiv geeignet waren, den Wettbewerb in Bezug auf einen relevanten Wettbewerbsparameter zu beeinträchtigen (vgl. in diesem Sinne auch: Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 9.3.11 ff., insbes. E. 9.3.14, Engadin IV).

B-5172/2019 Seite 51

#### **E. 6.5.5.11**

Insgesamt schloss die Vorinstanz somit zu Recht auf bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen. Die Frage, ob die der Beschwerdeführerin vorgeworfenen Verhaltensweisen zusätzlich auch eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkten, stellt sich angesichts der Alternativität der beiden Voraussetzungen nicht (vgl. E. 6.5.5.1 f.). Unter diesen Umständen zielen die Ausführungen der Beschwerdeführerin zu den angeblich fehlenden tatsächlichen Auswirkungen eines koordinierten Verhaltens auf den Wettbewerb (vgl. E. 6.5.1.2 f.) im vorliegenden Kontext (Art. 4 Abs. 1 KG) an der Sache vorbei. Auf die entsprechenden Darlegungen der Beschwerdeführerin ist nicht weiter einzugehen.

#### **E. 6.5.5.12**

Damit besteht auch kein Grund, den Sachverhalt unter dem Gesichtspunkt von Art. 4 Abs. 1 KG durch die beantragte ergänzende Befragung der Architekten und Bauleiter sowie des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin weiter abzuklären. Der entsprechende Beweisantrag der Beschwerdeführerin (vgl. E. 6.5.1.6) ist in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen. Der Vorwurf, die Vorinstanz habe diesbezüglich die Beweisregeln verletzt und den Sachverhalt unvollständig erhoben, ist unter dem Titel von Art. 4 Abs. 1 KG ebenfalls unbegründet.

#### **E. 6.5.6**

Zusammenfassend dringt die Beschwerdeführerin mit der Rüge, Wettbewerbsabreden lägen nicht vor, da selbst ein erwiesenes koordiniertes Verhalten zwischen den angeblich an den Abreden beteiligten Unternehmen keinen Einfluss auf den Wettbewerb gehabt habe, unter dem hier zu prüfenden Art. 4 Abs. 1 KG nicht durch. Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass es sich bei den der Beschwerdeführerin vorgeworfenen Angebotskordinationen um bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen handelt. Auf die zweite Stossrichtung der Rüge – der Wettbewerb sei weder erheblich beeinträchtigt noch beseitigt worden – ist unter dem Aspekt der Unzulässigkeit zurückzukommen (vgl. E. 6.5.3.3, E. 7, insbes. E. 7.4 f.).

B-5172/2019 Seite 52

#### **E. 6.6**

Weitere Argumentation gegen das Vorliegen von Wettbewerbsabreden

##### **E. 6.6.1**

Zusätzlich bestreitet die Beschwerdeführerin das Vorliegen von Wettbewerbsabreden mit der folgenden Argumentation:

##### **E. 6.6.1.1**

Die Vorinstanz schliesse zu Unrecht auf Wettbewerbsabreden, da sie den Vorwurf der Absprache betreffend mindestens drei der zehn Bauprojekte nicht ausreichend beweisen können. Insbesondere bezüglich der Projekte Nr. 5, Nr. 6 und Nr. 9 sei die der angefochtenen Verfügung zugrundeliegende Beweislage ungenügend. In diesen drei Fällen sei aufgrund der vorliegenden Beweismittel nicht klar, ob überhaupt ein Kontakt zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad stattgefunden habe (E. 6.3 Bst. c). Denn als Beweismittel dienen hier grundsätzlich einzig die Aussagen der Selbstanzeigerin Foffa Conrad und der Beschwerdeführerin, womit eine Absprache nicht belegt werden könne. Die Vorinstanz habe sich einseitig auf die Aussagen der Selbstanzeigerin gestützt, statt diese kritischer zu prüfen. Hätte sich die Vorinstanz sorgfältig mit den vorhandenen und verwertbaren Beweismitteln auseinandergesetzt, hätte sie laut der Beschwerdeführerin zum Schluss gelangen müssen, dass Zweifel an der von der Selbstanzeigerin behaupteten Sachlage bestehen und in Anwendung des Grundsatzes in dubio pro reo von der für die Beschwerdeführerin günstigeren Sachlage ausgehen müssen. Mit ihrem gegenteiligen Vorgehen habe die Vorinstanz den Sachverhalt ungenügend abgeklärt und den Grundsatz "in dubio pro reo" missachtet (Beschwerde, Rz. 115 [Fall Nr. 5], Rz. 143 [Fall Nr. 6], Rz. 195 [Fall Nr. 9]; Replik, Rz. 31, Rz. 109).

##### **E. 6.6.1.2**

In den übrigen Fällen (d.h. in den Fällen Nr. 1-4, Nr. 7, Nr. 8 und Nr. 10) räumt die Beschwerdeführerin ein, dass die ihr vorgeworfenen Kon- taktaufnahmen und E-Mail-Korrespondenzen tatsächlich stattgefunden ha- ben und die Beschwerdeführerin ihre vorkalkulierte Offerte der Foffa Con- rad – sowie im Fall Nr. 3 auch der P. Lenatti – je zukommen liess (Be- schwerde, Rz. 21; Rz. 68 [Fall Nr. 1], Rz. 71 [Fall Nr. 2], Rz. 81, 85 [Fall Nr. 3], Rz. 102 [Fall Nr. 4], Rz. 163 f. [Fall Nr. 7], Rz. 180 f. [Fall Nr. 8], Rz. 213 [Fall Nr. 10]). Im Fall Nr. 3 gelte es zu beachten, dass das entspre- chende E-Mail der Beschwerdeführerin an die P. Lenatti beim zuständigen Mitarbeiter offenbar nicht angekommen, im Spam-E-Mail-Ordner gelandet oder von diesem übersehen worden sei. Darauf sei aufgrund der rund 50%

B-5172/2019 Seite 53 höheren Offerteingabe der P. Lenatti im Vergleich zur Offerte der Be- schwerdeführerin in diesem Fall zu schliessen (vgl. E-Mail vom 3. Oktober 2008, wiedergegeben in Verfügung, Rz. 71, Beschwerde, Rz. 88, 90). Die Ausgangslage sei in der Regel immer dieselbe gewesen: Die Foffa Conrad sei zur Offertstellung eingeladen worden und habe – um den Schein zu wahren – mit möglichst kleinem Aufwand eine Offerte einreichen wollen, obwohl sie entweder keine Zeit zum Rechnen einer Offerte oder keine Kapazitäten gehabt habe oder lieber nähergelegene Aufträge habe ausführen wollen. Die Beschwerdeführerin habe der Foffa Conrad ihre Of- ferte auf deren Anfrage aus Goodwill zur Verfügung gestellt, damit die Be- rufskollegin mit möglichst kleinem Aufwand das Gesicht habe wahren und eine höhere Offerte als die Beschwerdeführerin habe einreichen können. Die Foffa Conrad habe sich um ihren Ruf in der Branche gefürchtet, dass sie als Unternehmen am "Rande der Kapazität" oder gar als "unprofessio- nell" wahrgenommen würde und dass sie bei einem weiteren Bauprojekt derselben Bauherrschaft nicht mehr eingeladen würde (Stellungnahme des Verwaltungsratspräsidenten der Beschwerdeführerin vom 24. Juni 2020 [Beilage Nr. 2 zur Eingabe vom 29. Juni 2020]; Beschwerde, Rz. 21; 23, Replik, Rz. 15, 18, 148).

### **E. 6.6.1.3**

Weiter hält die Beschwerdeführerin die Schlussfolgerung der Vor- instanz, dass zwischen den angeblich abredebeteiligten Unternehmen je- weils ein (natürlicher) Konsens bestanden habe, die Angebote miteinander zu koordinieren, für falsch (E. 6.3 Bst. d). Die Behauptung der Vorinstanz, wonach die Beschwerdeführerin und die Foffa Conrad (bzw. die P. Lenatti, Fall Nr. 3) bei den jeweiligen Ausschrei- bungen den übereinstimmenden Willen geäussert hätten, die Angebote zu koordinieren und dass keine vernünftigen Zweifel bestünden, dass die Foffa Conrad höher habe eingeben sollen als die Beschwerdeführerin, stimme nicht. Eine solche Einigung habe es nicht gegeben. Die Schluss- folgerung, dass sich das Verhalten der Parteien nur durch den gemeinsa- men Willen zur Koordination der Angebote erklären lasse, sei falsch. Der angebliche Konsens zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Con- rad (bzw. der P. Lenatti, Fall Nr. 3), die Angebote zu koordinieren, werde von der Vorinstanz konstruiert. Dieser Konsens sei nie vorhanden gewe- sen. Er lasse sich selbst dann nicht nachweisen, wenn davon ausgegan- gen werde, dass zwischen den angeblich abredebeteiligten Unternehmen Kontakte stattgefunden hätten und die Beschwerdeführerin ihre jeweilige Offerte der Berufskollegin zur Verfügung gestellt habe.

B-5172/2019 Seite 54

### **E. 6.6.2.1**

Soweit die Beschwerdeführerin die ihr vorgeworfene Sachlage mit den vorstehend genannten Ausführungen nicht ausdrücklich anerkennt (E. 6.6.1.2), richtet sich ihr weiterer Standpunkt gegen das Vorliegen von Wettbewerbsabreden hauptsächlich gegen das Beweisresultat der Vorinstanz. Denn, wie erwähnt (E. 6.5.5.5), bezeichnet es die Vorinstanz in tatsächlicher Hinsicht als erwiesen, dass die Beschwerdeführerin, die Foffa Conrad sowie die P. Lenatti (Fall Nr. 3) in den vorgeworfenen Fällen je übereingekommen seien, der Bauherrschaft ein koordiniertes Angebot ein- zureichen. In allen Ausschreibungen hätten zwischen den beteiligten Un- ternehmen übereinstimmende Willenserklärungen im Sinne eines natürli- chen Konsenses vorgelegen, die Angebote und damit das Eingabeverhal- ten miteinander zu koordinieren.

#### **E. 6.6.2.2**

Mit ihren Ausführungen (E. 6.6.1.1, E. 6.6.1.3) bestreitet die Be- schwerdeführerin diese Sachlage, womit sie sinngemäss rügt, die Vorinstanz vermöge den Beweis dafür nicht rechtsgenügend zu erbringen. Diese Kritik der Beschwerdeführerin bezieht sich auf alle vorgeworfenen Fälle, also sowohl auf jene mit bestrittenen Kontaktaufnahmen (E. 6.6.1.1, Fälle Nr. 5, Nr. 6 und Nr. 9) als auch auf jene mit eingeräumten Kontaktauf- nahmen und anschliessender anerkannter Übermittlung der Offerte der Be- schwerdeführerin an die Foffa Conrad bzw. die P. Lenatti (E. 6.6.1.2, Fälle Nr. 1-4, Nr. 7, Nr. 8 und Nr. 10). Selbst bei der in den letztgenannten Fällen weitgehend anerkannten Sachlage weist die Beschwerdeführerin das Vor- liegen eines Konsenses auf Koordination der Angebote zwischen der Be- schwerdeführerin und der Foffa Conrad (sowie der P. Lenatti im Fall Nr. 3) als nicht erstellt zurück.

#### **E. 6.6.2.3**

Die Begründetheit dieser weiteren Argumentation der Beschwerde- führerin gegen das Vorliegen von Wettbewerbsabreden ist daher im Rah- men einer Überprüfung der vorinstanzlichen Beweisergebnisse zu beurtei- len.

#### **E. 6.6.2.4**

Hierzu wird in einem ersten Schritt die rechtmässige Beweislage in den Fällen Nr. 5, Nr. 6 und Nr. 9 festgestellt (E. 6.7). Mit Bezug auf diese drei ("umfassend bestrittenen") Fälle stellt sich angesichts der Vorbringen der Beschwerdeführerin (E. 6.6.1.1) einerseits die Frage, ob (1) die Vorinstanz gestützt auf die vorliegenden Beweismittel die fraglichen Kon- takte zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad einschliess- lich die Übermittlung der Offerte der Beschwerdeführerin an die Foffa Con- rad zu Recht als erstellt erachtet hat.

B-5172/2019 Seite 55

#### **E. 6.6.2.5**

Ist dies der Fall, gilt es in den Fällen Nr. 5, Nr. 6 und Nr. 9 aufgrund der vorliegenden Argumentation der Beschwerdeführerin (E. 6.6.1.3) an- dererseits zu prüfen, ob (2) die Vorinstanz das Vorliegen eines gemeinsa- men Willens zur Koordination der Angebote (d.h. einen natürlichen Kon- sens bzw. eine Abstimmung im Sinne eines Einvernehmens über das Ein- gabeverhalten) gestützt auf die diesfalls gegebene Sachlage (Kontakte, Übermittlung der Offerte an die Wettbewerberin) zu Recht als rechtsgenüg- lich erstellt erachtet hat.

#### **E. 6.6.2.6**

Danach wird die Rechtmässigkeit der vorinstanzlichen Beweis- lage in den Fällen Nr. 1-4, Nr. 7, Nr. 8 und Nr. 10 beurteilt (E. 6.8). Bei die- sen (nur "teilweise bestrittenen") Fällen geht es aufgrund der vorliegenden Kritik der Beschwerdeführerin (einzig) um die Beurteilung der Frage, ob die Vorinstanz das (mit derselben Argumentation bestrittene) Vorliegen eines natürlichen Konsenses auf eine Angebotskoordination als rechtsgenügend nachgewiesen erachten durfte. Die der Beschwerdeführerin vorgeworfe- nen Kontakte mit der Wettbewerberin wie auch die Übermittlung ihrer Of- ferte an diese räumt die Beschwerdeführerin in diesen Fällen ein (E. 6.6.1.2).

#### **E. 6.6.2.7**

Das Bundesverwaltungsgericht nimmt diese Überprüfung der Be- weislagen im Folgenden grundsätzlich ebenfalls für jeden Einzelfall sepa- rat vor (vorgeworfene Einzelsubmissionsabsprachen; vgl. E. 6.2.2). Es be- steht keine Veranlassung, diesen unbestrittenen Ansatz der Vorinstanz zu beanstanden. Auch für das Bundesverwaltungsgericht lässt die Aktenlage keine Hinweise erkennen, gestützt auf die auf eine Gesamtabrede ge- schlossen werden müsste.

B-5172/2019 Seite 56

#### **E. 6.7**

Überprüfung Beweislage Fälle Nr. 5, 6 und 9 ("umfassend bestrit- ten")

##### **E. 6.7.1**

Fall Nr. 5: (...) (2010, Hochbau)

##### **E. 6.7.1.1**

In diesem Fall lud die private Bauherrin mehrere Bauunternehmen zur Einreichung einer Offerte bis am (...) ein. Gemäss der vorliegenden, unbestritten gebliebenen Offertzusammenstellung des beizgezogenen Ar- chitekturbüros nahmen die folgenden Bauunternehmen wie folgt je mit ei- ner Offerte an diesem Vergabewettbewerb teil (Vorinstanz, act. 51 [22- 0459]; Verfügung, Rz. 111): Unternehmen Offertsumme (inkl. MWST) Beschwerdeführerin Fr. (...) G1.\_\_\_\_\_ Fr. (...) G2.\_\_\_\_\_ Fr. (...) Foffa Conrad, (...) Fr. (...)

Den Zuschlag erhielt unstrittig die Beschwerdeführerin; dies nach einer Ab- gebotsrunde und mit dem günstigsten Angebot zum Preis von Fr. (...) (inkl. Mehrwertsteuer, Vorinstanz, act. 51 [22-0459]; Vorinstanz, act. 18 [22- 0459], Zeile 98; Verfügung, Rz. 112).

##### **E. 6.7.1.2**

Auch im vorliegenden Fall hält es die Vorinstanz für erwiesen, dass zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad (im Zuge einer entsprechenden Kontaktaufnahme mit anschliessender Übermittlung der Offerte der Beschwerdeführerin an die Foffa Conrad) ein natürlicher Kon- sens zustande gekommen ist, ihre beiden Angebote für das Bauprojekt zu koordinieren. Die Foffa Conrad sollte der Bauherrschaft laut der Vorinstanz ein höheres Angebot einreichen als die Beschwerdeführerin (Verfügung, Rz. 119, 122). Den beiden anderen (vorstehend genannten, E. 6.7.1.1) Mit- bewerbern wirft die Vorinstanz keine Beteiligung an einer Wettbewerbsab- rede vor. Sie konnten sich als unbeteiligte Aussenwettbewerber unstrittig nicht durchsetzen (Verfügung, Rz. 36, 122).

B-5172/2019 Seite 57

### **E. 6.7.1.3**

Mit Bezug auf dieses Beweisresultat im Fall Nr. 5 sind die folgenden Beweismittel relevant:

a) Selbstanzeige der Foffa Conrad – schriftliche Ergänzung vom 30. November 2012 Am 30. November 2012 reichte die Foffa Conrad dem Sekretariat eine schriftliche Ergänzung ihrer Selbstanzeige vom 12. November 2012 ein (vgl. A.c, Vorinstanz, act. IX C. 24 [25-0039]). Mit dieser Ergänzung übermittelte die Selbstanzeigerin dem Sekretariat eine ausführliche Tabelle, in der sie ihre (das Engadin betreffenden) Offerten der Jahre 2007 bis 2012 chronologisch auflistete; dies zusammen mit den folgenden Informationen: Eingabedatum, Verfahrensart, Bauherr-schaft, Bauobjekt, Hoch- oder Tiefbau, Arbeitsgattung, Eingabesumme, Zuschlagssumme, Zuschlagsempfänger. Verschiedene der in dieser Tabelle aufgeführten Bauprojekte meldete die Selbstanzeigerin dem Sekretariat als abgesprochen. Hierzu kennzeichnete sie das betreffende Bauprojekt in einer separaten Spalte mit einem Kreuz als "Absprache". Auch die Ausschreibung im Fall Nr. 5 markierte die Selbst-anzeigerin in der genannten Tabelle mit einem Kreuz als abgesprochenes Projekt (Vorinstanz, act. IX C.24 [25-0039], S. 36). "Initiator" dieser Abspra- che war laut den Angaben der Selbstanzeigerin (in einer weiteren Spalte) die Beschwerdeführerin (Vorinstanz, act. IX C. 24 [25-0039], S. 36). b) Selbstanzeige der Foffa Conrad – mündliche Ergänzung vom 12. No- vember 2012 (ursprüngliche Offert-Listen) Bereits zu einem früheren Zeitpunkt – im Rahmen der ersten mündlichen Ergänzung der Bonusmeldung am 12. November 2012 – hatte die Selbst- anzeigerin dem Sekretariat eine Liste mit ihren Offerten zwischen 2007 bis 2012 übergeben. Das vorliegende Bauprojekt (Fall Nr. 5) war darin eben- falls aufgeführt (Vorinstanz, act. IX C.14 [25-0039], S. 4; Vorinstanz, act. IX C.5 [25-0039]). In ihrem Begleitschreiben zur schriftlichen Ergänzung der Selbstanzeige vom 30. November 2012 (vgl. Bst. a) wies die Selbstanzei- gerin darauf hin, dass sie die bereits zur Verfügung gestellten Offert-Listen "nochmals sorgfältig überprüft und korrigiert" habe. Die nachgereichten Listen würden deswegen leicht von den ursprünglichen Listen abweichen (Vorinstanz, act. IX C.24 [25-0039], S. 1).

B-5172/2019 Seite 58 c) Selbstanzeige der Foffa Conrad – schriftliche Ergänzung vom 1. Feb- ruar 2013 Mit Eingabe vom 1. Februar 2013 beantwortete die Selbstanzeigerin innert erstreckter Frist verschiedene Fragen des Sekretariats (unterbreitet am 20. Dezember 2012; Vorinstanz, act. IX C.35 [25-0039]). Die Selbstanzeigerin bestätigte mit dieser Eingabe ihre Angaben mit Bezug auf die in der Ergänzung vom 30. November 2012 als abgesprochen ge- meldeten Bauprojekte (vgl. Bst. a). Ergänzend reichte die Selbstanzeigerin dem Sekretariat zu verschiedenen als "Absprache" gekennzeichneten Fäl- len Urkunden (wie Faxe oder E-Mails) zur Dokumentation der jeweiligen Sachverhalte ein. Bei verschiedenen als abgesprochen gemeldeten Fällen reichte die Selbstanzeigerin keine ergänzenden Urkunden ein. In diesen nicht weiter dokumentierten Fällen merkte die Selbstanzeigerin in der schriftlichen Ergänzung vom 1. Februar 2013 jeweils an, dass die E-Mail der Beschwerdeführerin gelöscht worden sei. Einen entsprechenden Ver- merk machte die Selbstanzeigerin unter anderem bei den drei im vorlie- genden Beschwerdeverfahren umfassend bestrittenen Fällen Nr. 5, Nr. 6 und Nr. 9 (Vorinstanz, act. IX C.35 [25-0039], S. 5). d) Selbstanzeige der Foffa Conrad – mündliche Ergänzung vom 27. Okto- ber 2015 (Befragung Verwaltungsratspräsident / Geschäftsführer) Der Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer der Selbstanzeigerin ergänzte die bisherigen Angaben der Selbstanzeigerin am 27. Oktober 2015 im Rahmen einer Befragung durch das Sekretariat mündlich (Vor- instanz, act. IX C. 61 [25-0039], insbes. Zeilen 592-613). Anlässlich der Befragung wies das Sekretariat den Befragten darauf hin, dass die Selbstanzeigerin die Fälle Nr. 5 und Nr. 9

als abgesprochen bezeichnet hat, diesbezüglich mit der schriftlichen Ergänzung vom 1. Februar 2013 (vgl. Bst. c) jedoch keine zusätzlichen Belege habe beibringen können (der ebenfalls umfassend bestrittene Fall Nr. 6 blieb an dieser Stelle unerwähnt; vgl. dazu aber E. 6.7.2.3). Auf die daran anschliessende Frage, warum die Selbstanzeigerin davon ausgegangen sei, dass das Bauprojekt von Fall Nr. 5 abgesprochen worden sei, antwortete der Vertreter der Selbstanzeigerin wie folgt (Vorinstanz, act. IX C.61 [25-0039], Zeilen 600- 606):

B-5172/2019 Seite 59 "Weil es so ist. Es kann sein, dass wir das mündlich gemacht haben ohne Mailverkehr. Nach Rücksprache mit Herrn [zuständiger Mitarbeiter der Selbstanzeigerin] sind wir zum Schluss gekommen, dass wenn es Mailverkehr gegeben hat, dieser wohl gelöscht worden ist. Wir haben beim Bauprojekt [Fall Nr. 5] aufgrund der Absprache mit der [Beschwerdeführerin] höher eingegeben. Beim Bauprojekt [Fall Nr. 9] ist es das Gleiche. Auch dort haben wir aufgrund der Absprache höher eingegeben als die [Beschwerdeführerin]." Darauf beantwortete der Befragte die Frage, ob er "irgendwelche Zweifel daran" habe, dass die Bauprojekte von Fall Nr. 5 und Fall Nr. 9 zwischen der Beschwerdeführerin und der Selbstanzeigerin abgesprochen worden seien, mit dem Wort "Nein" (Vorinstanz, act. IX C.61 [25-0039], Zeile 610). Weiter nannte er auf die anschliessenden Fragen die Namen der Bauherren in den Fällen Nr. 5 und Nr. 9 (Vorinstanz, act. IX C.61 [25-0039], Zeile 611-616). e) Parteieinvernahme der Beschwerdeführerin vom 14. März 2016 Am 14. März 2016 befragte das Sekretariat die Beschwerdeführerin, aussagend durch deren Geschäftsführer und Verwaltungsratspräsidenten, Herrn A. \_\_\_\_\_, als Partei. Gegenstand dieser Einvernahme bildeten – im Sinne der entsprechenden Ankündigung in der Vorladung – die im Raum stehenden Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit den Bauprojekten der Fälle Nr. 5 und Nr. 9 (vgl. B.e; Vorinstanz, act. 6, 18 [22- 0459]). Die Beschwerdeführerin stellt im vorliegenden Beschwerdeverfahren den Verfahrens Antrag, das Protokoll dieser Einvernahme sei aus dem Recht zu weisen (vgl. C.a). Zur Begründung bringt sie zusammenfassend vor, die Vorinstanz habe anlässlich der Einvernahme vom 14. März 2016 unzulässige Suggestivfragen gestellt und unterstellt, dass eine Absprache vorliege. Mit ihrer Befragungsweise habe die Vorinstanz den nemo tenetur-Grundsatz verletzt. Die Aussage der Beschwerdeführerin an der Befragung vom 14. März 2016 sei als Beweismittel daher (teilweise) nicht verwertbar. In den Teilen, die verwertbar seien, führe die Aussage zur Unschuldsvermutung "in dubio pro reo" (Beschwerde, Rz. 58, 63, 123; Replik, Rz. 6).

B-5172/2019 Seite 60 Die Vorinstanz beantragt die Abweisung des Verfahrens Antrags (vgl. C.c). Die erhobenen Beweismittel seien allesamt verwertbar. Wenn überhaupt komme ein Beweisverwertungsverbot nur für solche Antworten der Beschwerdeführerin am 14. März 2016 in Frage, die tatsächlich auf Suggestivfragen zurückzuführen seien. Dies könne jedoch für die allermeisten Antworten des Befragten ausgeschlossen werden. Zudem habe die Beschwerdeführerin den Vorwurf, die Vorinstanz habe ihr Suggestivfragen gestellt, verspätet erhoben. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Verbot des Rechtsmissbrauchs sei es nicht zulässig, formelle Rügen, die in einem früheren Verfahrens Stadium hätten geltend gemacht werden können, bei ungünstigem Verfahrensausgang später noch vorzubringen. Die Beschwerdeführerin habe das Beweisverwertungsverbot erst mit ihrer Stellungnahme vom 13. März 2019 zum Verfügungsantrag des Sekretariats vom 10. Januar 2019 (vgl. B.m) – d.h. drei Jahre nach der Durchführung der Einvernahme vom 14. März 2016 – geltend gemacht. Es seien keine

triftigen Gründe für dieses lange Zuwarten ersichtlich. Vielmehr habe sich die Beschwerdeführerin erst dann veranlasst gesehen, diesen Vorwurf zu erheben, als der für sie ungünstige Verfahrensausgang nach dem Versand des Antrags des Sekretariats absehbar gewesen sei. Dieses Vorgehen sei nicht schutzwürdig (Vernehmlassung, Rz. 4, 33, 35, 36; Verfügung, Rz. 27, 30; ergänzende Duplik, Ziff. 1). Die Aktenführungspflicht und der Grundsatz der Aktenvollständigkeit gebieten, dass einmal zu den Akten genommene Dokumente in den Akten zu belassen sind. Ausnahmen davon sind zwar denkbar: So kann eine Partei beantragen, ein nicht verwertbares Dokument aus den Akten zu entfernen, zumal dies schon präventiv verhindert, dass die Rechtsmittelinstanzen unverwertbare Beweismittel in ihre Würdigung einfließen lassen (vgl. für das Strafprozessrecht Art. 141 Abs. 5 der Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [StPO, SR 312.0]). Auch muss es zulässig sein, Eingaben nicht zu den Akten zu nehmen oder sie wieder aus den Akten zu entfernen, wenn sie irrtümlich aufgenommen worden sind oder offensichtlich nichts zur Sache beitragen. Die nachträgliche Entfernung von Akten muss jedoch die Ausnahme bilden (vgl. Urteil des BGer 2C\_779/2019 vom 29. Januar 2020 E. 3.3.2). Inwiefern rechtswidrig erlangte Beweismittel bei der Sachverhaltserhebung in Verwaltungs(beschwerde)verfahren verwendet werden dürfen, regeln weder das VwVG noch das Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (BZP, SR 273). Massgebend ist die Verfassungs-

B-5172/2019 Seite 61 rechtsprechung des Bundesgerichts. Danach ergibt sich aus dem Anspruch auf ein faires Verfahren nach Art. 29 Abs. 1 BV ein grundsätzliches Verwertungsverbot für widerrechtlich erlangte Beweismittel. Dieses Verbot gilt jedoch nicht absolut. Wo überwiegende Interessen an der Wahrheitsfindung und an der Durchsetzung des öffentlichen Rechts vorhanden sind, kann ausnahmsweise auch ein rechtswidrig erlangtes Beweismittel verwendet werden. Dabei ist das öffentliche Interesse an der Ermittlung der Wahrheit abzuwägen gegen das Interesse der betroffenen Person, dass der Beweis unverwertet bleibt. Ausserdem kann – ebenfalls unter Vorname einer Interessenabwägung – vom Beweisverwertungsverbot abgewichen werden, wenn ein Beweismittel an sich auch rechtmässig hätte beschafft werden können. Bei Beweismitteln, die lediglich unter Missachtung von Verfahrensvorschriften, nicht aber unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben wurden, ist somit eine Interessenabwägung vorzunehmen (vgl. AUER/ BINDER, in: DIKE-VwVG, a.a.O., Art. 12, N. 26; KRAUS-KOPF/WYSSLING, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 12, N. 225; WALDMANN, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 19, N. 19). Wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen werden, gelangt das Bundesverwaltungsgericht zum Ergebnis, dass die rechtmässige Beweislage in den Fällen Nr. 5 und Nr. 9 auch ohne Beizug des umstrittenen Einvernahmeprotokolls vom 14. März 2016 (Vorinstanz, act. 18 [22-0459]) feststeht. Die beiden mit der gerichtlichen Überprüfung der Beweislage zu klärenden Fragen (E. 6.6.2.4 f.) erfahren im Rahmen der Würdigung der übrigen Beweismittel, d.h. ohne Beizug und Auswertung der Aussagen der Beschwerdeführerin am 14. März 2016, eine eindeutige Antwort (vgl. E. 6.7.1.44 [Fall Nr. 5], E. 6.7.3.14 [Fall Nr. 9]). Es kann demnach offenbleiben, ob die Beschwerdeführerin die (ganze oder teilweise) Nichtverwertung des Einvernahmeprotokolls vom 14. März 2016 begründeterweise verlangt und sich die Vorinstanz zu Recht auf ein verspätetes Vorbringen dieses Verfahrensantrags beruft. Ausführungen zum Inhalt und konkreten Ablauf der strittigen Einvernahme und zu den diesbezüglichen Ausführungen der Parteien erübrigen sich. Der Verfahrensantrag der Beschwerdeführerin, das Protokoll der Einvernahme vom 14. März 2016 sei aus dem Recht

zu weisen, ist deshalb in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen.

B-5172/2019 Seite 62 f) Anhörung der Beschwerdeführerin am 13. Mai 2019 Am 13. Mai 2019 hörte auch die Vorinstanz die Beschwerdeführerin an (Art. 30 Abs. 2 KG; Vorinstanz, act. 107 [22-0459]; vgl. B.o). Die Beschwerdeführerin erhielt Gelegenheit, ihren Standpunkt im Rahmen eines Plädoyers vorzutragen. Nach den entsprechenden Ausführungen der Rechtsvertreterin äusserte sich zusätzlich auch der Verwaltungsratspräsident der Beschwerdeführerin. In seinen ergänzenden Ausführungen appellierte er an den gesunden Menschenverstand der Vorinstanz und betonte, dass er über den Verfügungsantrag des Sekretariats als nicht Jurist nur staunen könne. Die Ausführungen, vor allem diejenigen zu den "sogenannten 8 Absprachen" zwischen der Foffa Conrad und der Beschwerdeführerin, entsprächen absolut nicht der Wahrheit und seien mit viel Eventualitäten und Annahmen erweitert worden. Nach weiteren Bemerkungen und Kommentaren äusserte sich der Verwaltungsratspräsident der Beschwerdeführerin wie folgt zum "Ablauf der von ihnen genannten Absprachen" (Vorinstanz, act. 107 [22-0459], Beilage 2): "Es war bei allen 8 Objekten der exakt gleiche Ablauf: Fa. Foffa + Conrad wurde durch Planer / Bauherrschaft zur Offertstellung eingeladen. Fa. Foffa + Conrad hatte kein Interesse an der Ausführung dieser zu offerierenden Arbeit. Im Gegensatz zu meiner Praxis bei Einladungen zu Objekten, wo ich kein Interesse oder Zeit hatte, (...), fühlte sich F+C bei jeder Offerteinladung verpflichtet, eine Offerte einzureichen, selbst wenn die notwendigen Ressourcen wie Arbeitszeit zur Erstellung der Offerte fehlten. Also nahm F+C Kontakt mit R+H auf, von dem man auf Grund Ort, Firmensitz und Ort des Objektes annahm, dass er dieses Objekt rechnet, und bat um Zurverfügungstellung der Offerte, um Zeit sprich Ressourcen zu sparen und den Einladenden nicht zu enttäuschen. (...) Da bei allen Objekten immer mehrere andere Unternehmen mitofferierten, wurde der Wettbewerb nie beeinträchtigt, die Offerte der [Beschwerdeführerin] wurde auf Grund des Zurverfügungstellens der Offerte an F+C nie geändert. Bei allen Objekten fanden nach Offertstellung Abgebotsrunden auf verschiedene Arten statt. Ich verstehe nicht, warum die Personen, die die Abgebotsrunden durchgeführt haben, nicht befragt werden, und Sie sich dadurch ein Bild machen könnten, wie es in der Praxis effektiv aussieht und das Konstrukt, das Sie in meinem Fall Absprache und Wettbewerbsbeschränkung nennen, so in der Praxis gar nicht möglich ist."

B-5172/2019 Seite 63

#### **E. 6.7.1.4**

Wie im übrigen Verwaltungsverfahren gilt auch im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren der Untersuchungsgrundsatz, nach welchem die Rechtsanwendungsbehörde den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hat (Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 VwVG). Zur Sachverhaltsfeststellung kann die zuständige Behörde nötigenfalls Urkunden beiziehen, Auskünfte der Parteien einholen, Auskünfte oder Zeugnis von Drittpersonen einholen, Augenscheine durchführen sowie Gutachten von Sachverständigen einholen (Art. 12 Bst. a – e VwVG). Die Beweiskraft einer Parteiaussage bestimmt sich nach der Glaubwürdigkeit der Partei in Bezug auf die konkrete Aussage sowie nach den gesamten Umständen. Im Kartellverfahren stellen zweifellos auch Auskünfte und Urkunden von Selbstanzeigern Beweismittel dar, welche als Erkenntnisquellen zur Sachverhaltsermittlung beizuziehen sind (vgl. Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.4.2, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Umbricht, m.w.H., bestätigt mit Urteil des BGer 2C\_845/2018 vom 3. August 2020). Bei

belastenden Verfügungen ist die Verwaltung beweisschuldig (vgl. BGE 130 II 482 E. 3.2; CHRISTOPH AUER/ANJA MARTINA BINDER, in: DIKE-Kommentar VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 12, N. 17 ff. [nachfolgend zit.: {AUTOR}, DIKE- VwVG]; KRAUSKOPF/WYSSLING, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art.12, N. 229).

#### **E. 6.7.1.5**

Allgemein gelangt im Verwaltungsrecht das Regelbeweismass des vollen Beweises zur Anwendung. Nach diesem – in der kartellrechtlichen Rechtsprechung auch Überzeugungsbeweis genannten – Regelbeweismass gilt ein Beweis als erbracht, wenn ein Gericht oder eine Behörde nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Dabei genügt es, wenn keine ernsthaften Zweifel am Vorliegen eines rechtserheblichen Umstands bestehen oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen. In Einzelfällen sowie in bestimmten Bereichen des Verwaltungsrechts (u.a. im Sozialversicherungsrecht) wird der reduzierte Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als genügend erachtet. Die Behörde folgt dabei jener Sachverhaltsdarstellung, welche als die wahrscheinlichste aller Möglichkeiten erscheint. Solchen Beweiserleichterungen liegt die Überlegung zu Grunde, dass die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern darf, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten (vgl. zum Ganzen: BGE 130 III 321 E. 3.2; BGE 119 V 7 E. 3.c.bb; Urteil des BVGer B-4003/2016 vom

#### **E. 6.7.1.6**

In kartellrechtlichen Verfahren bestimmt sich das Beweismass nach dem in Frage stehenden Tatbestandselement. Der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügt, wenn es sich bei dem zu beweisenden Tatbestandselement um eine wirtschaftlich komplexe und schwer nachzuweisende Tatsache handelt. Hingegen ist der ordentliche Überzeugungsbeweis zu erbringen, soweit für den Nachweis einer rechtserheblichen Tatsache keine ökonomische Analyse erforderlich ist und der Nachweis auf Grundlage des Regelbeweismasses keine besonderen Beweisschwierigkeiten erwarten lässt (vgl. zum Ganzen: BGE 144 II 246 E. 6.4.4, Altimum; BGE 139 I 72 E. 8.3.2, Publigroupe; Urteile des BVGer B-4003/2016 vom 10. Mai 2022 E. 5.1.1.4, Sport im Pay-TV; B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.4.4.3 ff., Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Erne; B-552/2015 vom 14. November 2017 E. 3.2, Türbeschläge; B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 5.5.2, Nikon; B-3332/2012 vom 13. November 2015 E. 3.11.3, BMW; B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 162 f., Preispolitik ADSL; KRAUSKOPF/WYSSLING, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 12, N. 200, 204).

#### **E. 6.7.1.7**

Das erforderliche Beweismass kann nicht nur direkt, sondern auch indirekt gestützt auf Indizien erbracht werden. Indizien sind Tatsachen, die einen Schluss auf eine andere, unmittelbar erhebliche Tatsache zulassen. Beim Indizienbeweis wird vermutet, dass eine nicht bewiesene Tatsache gegeben ist, weil sich diese Schlussfolgerung aus bewiesenen Tatsachen (Indizien) nach der Lebenserfahrung aufdrängt. Der Indizienbeweis ist dem direkten Beweis gleichwertig, wobei ein Indiz, einzeln betrachtet, die Möglichkeit des Andersseins offenlässt, und daher auch den Zweifel enthält (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.4.4.6, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Erne, m.H. [u.a.] auf Urteil des BGer 6B\_332/2009 vom 4. August 2009 E. 2.3; KRAUSKOPF/WYSSLING, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 12, N. 200, m.H.).

### **E. 6.7.1.8**

Gegen die Zulässigkeit eines Indizienbeweises auch im Bereich kartellrechtlicher Sanktionen nach Art. 49a KG ist nichts einzuwenden: Selbst im Strafprozessrecht ist es zulässig, aus der Gesamtheit der verschiedenen Indizien, welche je für sich allein betrachtet nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf eine bestimmte Tatsache oder Täterschaft hindeuten und insofern Zweifel offenlassen, auf den vollen rechtsgenügenden Beweis von Tat oder Täter zu schliessen. Eine bundesrechtliche Regel, wonach Indizienbeweise nicht zulässig sind, besteht nicht (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.4.4.6, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Erne, m.w.H.).

B-5172/2019 Seite 65

### **E. 6.7.1.9**

Vorliegend gilt es nachfolgend in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob (1) die Beschwerdeführerin der Foffa Conrad ihre vorgerechnete Offerte im Fall Nr. 5 nach einem vorgängigen Kontakt zugestellt hat und ob (2) gegebenenfalls von einem gemeinsamen Willen der beiden Parteien zur Angebotskoordination (bzw. einer Abstimmung im Sinne eines Einvernehmens über das Eingabeverhalten) auszugehen ist (E. 6.6.2.4 f.). Diese zu beweisende Sachlage betrifft keine wirtschaftlich komplexen Tatsachen. Ihre Prüfung erfordert zudem keine ökonomische Analyse und stellt an die Beweisführung keine besonderen Beweisschwierigkeiten, weshalb hier der ordentliche Überzeugungsbeweis zu erbringen ist. Dies ist – wie die übrigen vorstehend beschriebenen allgemeinen Beweisregeln (E.6.7.1.4 ff.) – zu Recht unstrittig.

### **E. 6.7.1.10**

Die Beschwerdeführerin bestreitet hingegen grundlegend den Beweiswert der vorliegenden Auskünfte der Selbstanzeigerin Foffa Conrad. Zur Begründung beruft sich die Beschwerdeführerin wie folgt auf – laut ihr zu beachtende – allgemeine negative Auswirkungen des kartellrechtlichen Bonussystems auf die Glaubwürdigkeit von kooperierenden Unternehmen: Es verstehe sich von selbst, dass ein Selbstanzeiger unter grossem Zeit- druck stehe, der Behörde möglichst umfassend alle möglichen Absprachen offen zu legen. Denn lege der Selbstanzeiger eine Absprache, bei der er beteiligt gewesen sei, nicht offen, entfalle der Bonus. Nachvollziehbarerweise sei ein Selbstanzeiger deshalb geneigt, besser mehr zu melden als zu wenig, damit nicht ein anderer Beteiligter die Absprache offenlege. Er tue gut daran, so viel wie möglich als "abgesprochen" zu melden, ob dies nun zutreffe oder nicht. Das Bonussystem sei so ausgestaltet, dass der Selbstanzeiger möglichst schnell und möglichst viele einzelne Absprachen offenlegen müsse. Die Dynamik des Bonussystems gebe automatisch einen Anreiz, bei Unklarheiten oder Unsicherheiten, ob eine Absprache hinsichtlich eines bestimmten Projekts bestehe, dieses Projekt als "abgesprochen" zu melden. Dabei stünden die Chancen, besser wegzukommen, in jeder Konstellation gut, wenn man einen Sachverhalt anzeige, auch wenn er nicht relevant sei. Selbst wenn das kooperierende Unternehmen nicht Erstanzeiger sei – sondern bloss Zweit- oder Drittanzeiger –, bestehe der Anreiz, möglichst viele Projekte als abgesprochen zu melden. Dass sich ein Unternehmen einem Sanktionsrisiko aussetze, wenn es ein Projekt fälschlicherweise als abgesprochen melde, treffe nicht zu. Der Selbstanzeiger könne sich immer noch darauf berufen, dass er zunächst davon ausgegangen sei, dass ein bestimmtes Projekt

B-5172/2019 Seite 66 ebenfalls abgesprochen gewesen und sich im Laufe der Ermittlungen gezeigt habe, dass dies nicht der Fall gewesen sei. Das Bundesverwaltungsgericht habe sich mit der vorliegenden Problematik in den Urteilen in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau auseinandergesetzt. Es sei zum Schluss gelangt, dass die Wettbewerbsbehörden nicht einfach unkritisch auf die Richtigkeit der Angaben in den Selbstanzeigen vertrauen dürften. Für sich allein könnten die Beschuldigungen eines Selbstanzeigers nicht als massgebender oder sogar hinreichender Beweis für einen Wettbewerbsverstoss genügen. Die Behauptungen eines Selbstanzeigers seien nach dieser Rechtsprechung vielmehr stets durch weitere Beweismittel zu ergänzen und zu untermauern (m.H. auf Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018 E. 6.5.5.1, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Cellere). Die Ausführungen der Vorinstanz, dass das frühere Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen "Baubeschläge", welches diese Ausführungen betreffend Beweiswert einer Selbstanzeige ebenfalls beinhalte, vom Bundesgericht aufgehoben worden sei, seien nicht relevant. Die Schlussfolgerung, dass die angerufene Aussage des Bundesverwaltungsgerichts betreffend den Beweiswert einer Selbstanzeige in den Urteilen in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau damit ebenfalls keine Gültigkeit mehr haben solle, lasse sich nicht stützen. Im vorliegenden Fall habe diese Dynamik des kartellrechtlichen Bonussystems vermutlich ebenfalls exakt so gespielt: Die Selbstanzeigerin Foffa Conrad sei unter zeitlichem Druck gestanden, mit der Behörde zu kooperieren und möglichst alle vermeintlichen Absprachen zu melden. So habe sie auch das vorliegende Projekt von Fall Nr. 5 als "abgesprochen" bezeichnet. Diese erste Angabe habe offenbar gerade nicht auf einer fundierten internen Abklärung basiert, sondern sei vermutlich voreilig gemacht worden. Als dann keine E-Mail diesbezüglich gefunden werden können, habe der Vertreter der Selbstanzeigerin in seiner Befragung umso überzeugter die Meinung vertreten müssen, dass eine Absprache vorgelegen habe. Folglich sei der Aussage der Selbstanzeigerin im vorliegenden Fall Nr. 5 kein Beweiswert beizumessen.

B-5172/2019 Seite 67

#### **E. 6.7.1.11**

Demgegenüber betont die Vorinstanz, dass die Foffa Conrad ein klares, mehrfach bekräftigtes und bis heute nicht widerrufenes Geständnis zu diesem Fall abgelegt und die Beschwerdeführerin als Mittäterin genannt habe. Entgegen der Beschwerdeführerin stütze sich die Vorinstanz nicht einfach unkritisch auf die (schriftliche) Selbstanzeige, sondern habe die Glaubhaftigkeit der Sachverhaltsschilderung überprüft und sich ein persönliches Bild der involvierten Personen gemacht. Die Auffassung der Beschwerdeführerin, dass die Sachverhaltsschilderungen eines Selbstanzeigers nie allein für den hinreichenden Beweis genügen würden, sondern stets durch weitere Beweismittel untermauert werden müssten, sei mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung nicht vereinbar. Es sei in einem konkreten Fall sehr wohl möglich, primär auf die Aussagen einer Partei abzustellen, wenn diese – wie vorliegend – keine vernünftigen Zweifel am Vorhandensein einer rechtserheblichen Tatsache belassen. Das Befolgen von Beweisregeln, wie es die Beschwerdeführerin im Ergebnis fordere, sei nach schweizerischem Recht unzulässig. In den Urteilen in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau habe sich das Bundesverwaltungsgericht denn auch vom Aufstellen von Beweisregeln distanziert. In der von der Beschwerdeführerin zitierten Aussage habe es lediglich eine Erwägung aus dem früheren – vom Bundesgericht aufgehoben und insofern nicht mehr relevanten – Urteil

in Sachen Baubeschläge wiedergegeben.

#### **E. 6.7.1.12**

In den von der Beschwerdeführerin herangezogenen Urteilen vom 25. Juni 2018 in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau war der Beweiswert von Selbstanzeigen ebenfalls grundlegend in Frage gestellt worden. Verschiedene nicht kooperierende Unternehmen hatten der Vorinstanz mit vergleichbaren Argumenten wie die Beschwerdeführerin vorgeworfen, ohne näheres Hinterfragen auf die Richtigkeit der Anschuldigungen in den Selbstanzeigen vertraut zu haben. Die damals angefochtene Verfügung basiere einseitig auf den Bezichtigungen der Selbstanzeiger und auf den Bestätigungen dieser Angaben bei den Anhörungen der Selbstanzeiger. Ebenso beriefen sich die damaligen Beschwerdeführerinnen, wie die Beschwerdeführerin vorliegend, auf eine "Anreizwirkung" der Bonusregelung, welche die Glaubwürdigkeit der Auskünfte von Selbstanzeigern grundlegend in Frage stelle.

B-5172/2019 Seite 68 Es wurde beanstandet, dass die Vorinstanz die Gefahr von übermässigen Bezichtigungen in den Selbstanzeigen nicht erkannt habe. Es bestünden klare Anhaltspunkte, dass die Selbstanzeiger andere Unternehmen im Zweifelsfalle auch ohne genaue Kenntnis über die Beteiligung des betreffenden Unternehmens an einer Abrede mitangezeigt hätten (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.5.1, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Erne).

#### **E. 6.7.1.13**

Aufgrund dieser Kritik sah sich das Bundesverwaltungsgericht in den Urteilen in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau veranlasst, sich mit der Frage des Beweiswerts von Selbstanzeigen eingehend auseinander zu setzen (vgl. Urteile des BVGer B-771/2012 E. 6.5, Cellere; B-807/2012 E. 8.5, Erne; B-829/2012 E. 7.5, Granella; B-880/2012 E. 8.5, Umbricht, bestätigt mit Urteil des BGer 2C\_845/2018 vom 3. August 2020; nachfolgend wird stellvertretend das [ebenfalls in Rechtskraft erwachsene] Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, zitiert).

#### **E. 6.7.1.14**

Im Rahmen dieser Auseinandersetzung hielt das Bundesverwaltungsgericht zunächst fest, dass es sich zu den Anforderungen an die Beweisführung beim Vorliegen von Selbstanzeigen erstmals in den kartellrechtlichen Urteilen vom 23. September 2014 in Sachen Baubeschläge geäussert habe (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.5.3, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Erne, m.H. auf Urteile des BVGer B-8430/2010, Baubeschläge Koch; B-8399/2010, Baubeschläge Siegenia-Aubi und B-8404/2010, Baubeschläge SFS unimarket).

#### **E. 6.7.1.15**

Anschliessend beschrieb und würdigte das Bundesverwaltungsgericht diese bisherige Rechtsprechung (E. 6.7.1.14) in den Urteilen in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, und dies wie folgt: a) In den Urteilen vom 23. September 2014 in Sachen Baubeschläge hätten sich dem Bundesverwaltungsgericht die folgenden zwei Fragen gestellt (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.5.3, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Erne): – Erstens, ob beim Vorliegen einer Selbstanzeige in einem kartellrechtlichen Sanktionsverfahren die Anforderungen an das Beweismass aus prozessökonomischen Gründen herabgesetzt werden dürfen (m.H. auf Baubeschläge Koch

E. 5.4.2, Baubeschläge Sie- genia-Aubi E. 4.4.2);

B-5172/2019 Seite 69 – zweitens die Frage, welcher Beweiswert Aussagen in Selbstanzei- gen zukommt, welche Dritt-Unternehmen belasten und von diesen Dritten bestritten werden (m.H. auf Baubeschläge Koch E. 5.4.3, Baubeschläge Siegenia-Aubi E. 4.4.3). b) Die erste Frage (vgl. Bst. a) habe das Bundesverwaltungsgericht in den Urteilen vom 23. September 2014 in Sachen Baubeschläge verneint (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.5.4, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Erne). c) Diese Beurteilung bestätigte das Bundesverwaltungsgericht in den Ur- teilen in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau vorbehaltlos, könne das Vorliegen oder Fehlen von Selbstanzeigen doch keinen Einfluss darauf haben, welches Beweismass für den Nachweis eines rechtserheb- lichen Sachumstandes erforderlich sei, oder wer die objektive Beweislast und damit die Folgen der Beweislosigkeit trage (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.5.4.3, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Erne). d) Hinsichtlich der zweiten Frage (vgl. Bst. a), welche den Beweiswert von Selbstanzeigen betrifft, erwähnte das Bundesverwaltungsgericht in den Ur- teilen in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, dass es in den Urteilen vom 23. September 2014 in Sachen Baubeschläge zum Ergebnis gekommen sei, "die Beschuldigungen eines Selbstanzeigers würden für sich allein nicht als massgebender oder gar als hinreichender Beweis für einen Wettbewerbsverstoss genügen, wenn die belasteten Dritt-Unterneh- men die Beschuldigungen bestreiten. Die Behauptungen des Selbstanzei- gers seien vielmehr stets durch weitere Beweismittel zu ergänzen und zu untermauern. Auch bei einer Selbstanzeige seien umfassende Sachver- haltsabklärungen und Beweiserhebungen durchzuführen" (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.5.5.1, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Erne, m.H auf Baubeschläge Koch E. 5.4.34 und E. 7.4.1, Baubeschläge Siegenia-Aubi E. 4.4.34 und E. 6.4.1).

B-5172/2019 Seite 70 e) Dieses – von der Beschwerdeführerin vorliegend angerufene – dama- lige Ergebnis bestätigte das Bundesverwaltungsgericht in den weiteren Er- wägungen der Urteile in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau nur dem Grundsatz nach. Das Bundesverwaltungsgericht betonte einer- seits, dass die Wettbewerbsbehörden nicht einfach unkritisch auf die Rich- tigkeit der Angaben in den Selbstanzeigen vertrauen dürften. Zum anderen dürfe aber auch nicht unbesehen von der Richtigkeit der Angaben der nicht kooperierenden Unternehmen ausgegangen werden. Angezeigt seien eine vorsichtige Würdigung sowohl der Aussagen der Selbstanzeiger als auch der Aussagen der nicht kooperierenden Unternehmen (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.5.5.3, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Erne). f) Weiter hielt das Bundesverwaltungsgericht mit Bezug auf die allgemeine Verlässlichkeit von Auskünften von Selbstanzeigern als Resultat der vor- genommenen Analyse der jeweiligen Interessenlagen fest, dass das "frag- los egoistische Interesse eines einzelnen Selbstanzeigers, als einziger von einem Sanktionserlass oder zumindest von einer möglichst hohen Reduk- tion der Sanktion zu profitieren (...) für sich keinen begründeten Verdacht auf falsche Angaben bzw. falsche Beschuldigungen gegenüber Dritten her- vorzurufen" vermöge. Insofern dürften "an sich glaubwürdige Informatio- nen von Selbstanzeigern über weitere Kartellmitglieder grundsätzlich nicht leichtfertig als unzutreffend eingestuft werden, falls ein Dritt-Unternehmen die entsprechenden Informationen auf seine Mitbeteiligung bestreitet" (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.5.5.7, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Erne). g) Vor allem aber präzierte das

Bundesverwaltungsgericht in den Urteilen in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau ausdrücklich, dass un- besehen seiner Ausführungen in den Urteilen in Sachen Baubeschläge stets im konkreten Einzelfall und in freier Beweiswürdigung zu beurteilen sei, ob das verlangte Beweismass für die zu beweisende Tatsache auf- grund der vorliegenden Beweismittel insgesamt erfüllt sei. Bei den Aussa- gen der Selbstanzeiger wie bei den Aussagen der nicht kooperierenden Unternehmen handle es sich um Parteiauskünfte im Sinne von Art. 12 Bst. b VwVG, welche frei auf ihre Glaubhaftigkeit hin zu würdigen seien. Es ginge nicht an, für die Beurteilung der Beweislage eigentliche Beweis- regeln aufzustellen. Vielmehr gelte es "die vorliegenden Beweismittel im Einzelfall frei anhand der konkreten Umstände zu prüfen und zu bewerten, ohne sich dabei von einer schematischen Betrachtungsweise leiten zu las- sen" (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.5.5.4, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Erne).

B-5172/2019 Seite 71

#### **E. 6.7.1.16**

Aufgrund der sehr grossen Anzahl der in den damaligen Be- schwerdeverfahren zu beurteilenden Einzelfälle grenzte das Bundesver- waltungsgericht in den Urteilen in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau weiter vier vergleichbare "grundlegende Beweislagen" voneinan- der ab, um eine rechtsgleiche Rechtsanwendung gewährleisten zu können (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.5.5.9, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Erne).

#### **E. 6.7.1.17**

Darunter befindet sich die grundlegende Beweislage "a) Isolierte Information nur eines einzigen Selbstanzeigers". Diese zeichnet sich dadurch aus, dass eine (bestrittene) Aussage eines einzigen Selbstanzei- gers der gegenteiligen Aussage eines nicht kooperierenden Unternehmens gegenübersteht, ohne dass die Darstellung dieses Selbstanzeigers durch Informationen von anderen Selbstanzeigern oder ein anderes weiteres Be- weismittel (wie eine Urkunde) untermauert werden kann. Mit Bezug auf diese Ausgangslage gab das Bundesverwaltungsgericht in den Urteilen in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau einerseits zu bedenken, dass die Sachlage hier durchaus "häufig unklar bleiben" dürfte. Anderer- seits betonte das Bundesverwaltungsgericht aber unmissverständlich, dass auch in dieser Beweiskonstellation allein "die freie richterliche Beur- teilung der im konkreten Einzelfall vorliegenden Situation unter Beachtung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung (...)" massgeblich sei. Wie das Bundesverwaltungsgericht weiter festgehalten hat, muss ausdrücklich auch die "Glaubwürdigkeit und Überzeugungskraft einer isolierten und be- strittenen Auskunft eines einzigen Selbstanzeigers im Einzelfall anhand der konkreten Umstände" geprüft und frei bewertet werden (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.5.5.9 Bst. a, Strassen- und Tief- bau im Kanton Aargau, Erne).

B-5172/2019 Seite 72

#### **E. 6.7.1.18**

Der vorliegende Standpunkt der Beschwerdeführerin – wonach Auskünfte eines Selbstanzeigers laut der Rechtsprechung des Bundesver- waltungsgerichts angeblich stets zwingend durch weitere Beweismittel un- termuert werden müssten, sodass ein hinreichender Nachweis eines Wettbewerbsverstosses überhaupt denkbar sei – widerspricht

somit der soeben zitierten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Wie aus den vorstehenden Erwägungen hervorgeht, hat das Bundesverwaltungsgericht eine solche schematische Beurteilungsweise in den Urteilen in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau vom 25. Juni 2018 unmissverständlich zurückgewiesen. Die Behauptung der Beschwerdeführerin findet in diesen Urteilen keine Stütze; insbesondere auch nicht in der von der Beschwerdeführerin angerufenen Erwägung E. 6.5.5.1 aus dem Urteil B-771/2012 vom 25. Juni 2018, Cellere.

#### **E. 6.7.1.19**

Etwas Anderes lässt sich auch nicht aus den früheren Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. September 2014 in Sachen Baubeschläge ableiten. Es wird diesbezüglich auf die vorstehend dargestellte Präzisierung dieser früheren Rechtsprechung mit den Urteilen in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau verwiesen (E. 6.7.1.15 Bst. e). Darüber hinaus ist die Kritik der Beschwerdeführerin ohnehin auch angesichts der – von der Vorinstanz zu Recht angerufenen – Aufhebung der Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. September 2014 in Sachen Baubeschläge durch das Bundesgericht unbeachtlich (vgl. Urteile des BGer 2C\_1016/2014 und 2C\_1017/2014 vom 9. Oktober 2017, Baubeschläge Siegenia-Aubi bzw. Baubeschläge Koch; Urteil des BVGer B-8404/2010 vom 23. September 2014, Baubeschläge SFS unimarket, unangefochten in Rechtskraft erwachsen).

#### **E. 6.7.1.20**

Diese in den Urteilen vom 25. Juni 2018 in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau entwickelten Grundlagen zum Umgang mit Auskünften von Selbstanzeigern im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung werden mit dem vorliegenden Urteil bestätigt.

B-5172/2019 Seite 73

#### **E. 6.7.1.21**

Die somit unverändert zentrale Geltung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung bedeutet, dass weder das Bundesverwaltungsgericht noch die Vorinstanz an bestimmte starre Beweisregeln gebunden sind, welche ihm bzw. ihr vorschreiben würden, wie ein gültiger Beweis zustande kommt und welchen Beweiswert die einzelnen Beweismittel im Verhältnis zueinander haben. Massgeblich dafür, ob ein gültiger Beweis vorliegt, ist allein die Prüfung der konkreten Beweislage im Einzelfall. Welche Beweiskraft der Aussage eines Selbstanzeigers zukommt, hängt somit wesentlich von der Glaubwürdigkeit desselben sowie von den Gesamtumständen des zu beurteilenden Falls ab.

#### **E. 6.7.1.22**

Das geforderte Beweismass (d.h. vorliegend der Überzeugungsbeweis) kann folglich ohne Weiteres auch in Beweiskonstellationen erfüllt sein, in welchen die Aussage eines nicht kooperierenden Unternehmens der Aussage eines einzigen Selbstanzeigers gegenübersteht und zusätzliche Beweismittel fehlen. Es ist kein Grund ersichtlich, welcher es rechtfertigen würde, im Kartellrecht von dieser grundlegenden rechtlichen Ausgangslage abzuweichen (vgl. für die Zulässigkeit von entsprechenden Schuldsprüchen im Strafprozess WOLFGANG WOHLERS, in: Dönnatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, Art. 10 StPO, N. 27; BGE 143 III 297 E. 9.3.2; Urteil des BVGer B-4003/2016 vom 10. Mai 2022 E. 5.1.1.3, Sport im

Pay-TV, m.H. auf BVGE 2013/34 E. 6.2; AUER/ BINDER, in: DIKE-VwVG, a.a.O., Art. 12, N. 18).

### **E. 6.7.1.23**

In der Sache macht die Beschwerdeführerin mit Bezug auf die Streitfrage, ob im Fall Nr. 5 ein Kontakt zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad mit anschliessender Übermittlung der Offerte der Beschwerdeführerin stattgefunden hat, geltend, die freie Beweiswürdigung ergebe keine klare Schlussfolgerung, wie die Aussagen der Selbstanzeigerin zu werten seien. Deren Aussagen seien bezüglich des Vorhandenseins eines E-Mailverkehrs widersprüchlich: Zunächst habe die Selbstanzeigerin behauptet, dass sie die E-Mail gelöscht habe. An der Befragung vom 27. Oktober 2015 habe der Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer der Selbstanzeigerin dann aber ausgesagt, dass es sein könne, dass die "Absprache" mündlich und ohne E-Mailverkehr getroffen worden sei. Möglicherweise gebe es aber auch keine E-Mail, weil bezüglich dieses Projekts keine Vereinbarung getroffen worden sei. Die Vorinstanz halte diese Möglichkeit zu Unrecht lediglich für einen abstrakten und theoretischen Einwand.

B-5172/2019 Seite 74 Offenbar sei es zunächst auch für die Selbstanzeigerin alles andere als klar gewesen, ob es überhaupt je eine E-Mail gegeben habe in diesem Zusammenhang. Dennoch habe der Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer der Selbstanzeigerin an der Befragung vom 27. Oktober 2015 dann aber "keine Zweifel" daran gehabt, dass das Projekt abgesprochen gewesen sei. Mit dieser zum Ausdruck gebrachten Überzeugung habe er möglicherweise seine tatsächliche Unwissenheit überspielen wollen. Es sei gut möglich, dass er nur deshalb möglichst sicher habe erscheinen wollen, weil gerade klargeworden sei, dass die eigenen Aussagen widersprüchlich gewesen seien. Immerhin habe die Selbstanzeigerin das Projekt in der Selbstanzeige als abgesprochen angegeben, dann aber keine E-Mail dazu gefunden. Da für das – unter Zeitdruck als abgesprochen gemeldete – Projekt keine E-Mail habe gefunden werden können, habe der Vertreter der Selbstanzeigerin an der Befragung vom 27. Oktober 2015 umso überzeugter die Meinung vertreten müssen, dass eine Absprache vorgelegen habe. Woher er diese Überzeugung plötzlich genommen habe, werde nicht klar. Die Vorinstanz habe es unterlassen, kritischer nachzufragen und den Unstimmigkeiten nachzugehen. Sie hätte nach Ansicht der Beschwerdeführerin zumindest die Möglichkeit in Betracht ziehen müssen, dass die Selbstanzeigerin sich nicht mehr sicher gewesen sei, ob es eine Koordination gegeben habe. Der blosser Umstand, dass die Vorinstanz weitere Anzeigen dieser Selbstanzeigerin über andere Projekte als korrekt erachte, bedeute noch lange nicht, dass dies auch auf das vorliegende Projekt zutreffe. Aufgrund der Unschuldsvermutung seien sachverhaltsmässige Unklarheiten zu Gunsten der Beschwerdeführerin zu werten. Die geforderte "an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit" sei vorliegend nicht gegeben (vgl. zum Ganzen: Beschwerde, Rz. 115 ff., 130; Replik, Rz. 30, 48 Bst. a bis f).

### **E. 6.7.1.24**

Demgegenüber betont die Vorinstanz, dass die Aussagen der Selbstanzeigerin insgesamt sehr glaubhaft seien. Die von der Beschwerdeführerin erwähnten Unsicherheiten bezüglich des Vorhandenseins eines E-Mailverkehrs änderten daran nichts. Die Selbstanzeigerin habe die Sachverhaltsdarstellung konstant, mit Nachdruck und auch unmittelbar mündlich durch die direkt involvierte Person vorgebracht.

B-5172/2019 Seite 75 Ein konkreter Grund, weshalb die Selbstanzeigerin allfällige Unsicherheiten hätte verschweigen sollen, sei nicht ersichtlich. Im Gegenteil hätte die Selbstanzeigerin laut der Vorinstanz jederzeit – und explizit an der Befragung vom 27. Oktober 2015 – die Möglichkeit gehabt, allfällige Unklarheiten ohne Folgen offenzulegen. Auch eine Racheaktion gegen die Beschwerdeführerin oder eine Falschanschuldigung aus mangelnder Sorgfalt erscheine unrealistisch. Die Selbstanzeigerin und die Beschwerdeführerin seien in einem guten Verhältnis zueinander gestanden. Weiter habe die Selbstanzeigerin die von ihr angezeigten Sachverhalte über einen Zeitraum von mehreren Monaten überprüft und bereinigt. Dass sie den Verstoss im Fall Nr. 5 nur aus Zeitdruck angezeigt habe, überzeuge nicht. Ebenso sei die Selbstanzeigerin gemäss dem in der Untersuchung gewonnenen Eindruck sorgfältig vorgegangen und habe keinen einzigen Verstoss angezeigt, der sich nicht erhärtet habe. Die Beschwerdeführerin schildere abstrakte und theoretische Zweifel, welche immer möglich, aber nicht von Belang seien (vgl. zum Ganzen: Verfügung, Rz. 21 ff.; Vernehmlassung, Rz. 30, 31, 46, 47; Duplik, Rz. 30, 32; ergänzende Duplik, Ziff. 1).

#### **E. 6.7.1.25**

Wie den beschriebenen Beweismitteln (E. 6.7.1.3) zu entnehmen ist, besteht die Ausgangslage vorliegend darin, dass die Selbstanzeigerin mit ihrer Eingabe vom 1. Februar 2013 zu verschiedenen zuvor gemeldeten abgesprochenen Projekten Urkunden nachgereicht hat, während sie bei allen nicht weiter dokumentierten Fällen – so auch bei Fall Nr. 5 – darauf hinwies, dass die E-Mail der Beschwerdeführerin gelöscht worden, das Projekt aber gleichwohl, wie zuvor gemeldet, abgesprochen gewesen sei (E. 6.7.1.3 Bst. a-c). Das Sekretariat griff diesen Umstand – dass also die Selbstanzeigerin ihre Auskunft im vorliegenden Fall im Unterschied zu anderen Fällen nicht zusätzlich mit einer E-Mail untermauern konnte – an der Befragung der Selbstanzeigerin vom 27. Oktober 2015 auf, worauf der Vertreter der Selbstanzeigerin das vorliegende Bauprojekt unverändert, ohne zu zögern und mit Nachdruck als abgesprochen bestätigte. Gleichzeitig gab der Vertreter der Selbstanzeigerin sinngemäss zu bedenken, dass es sein könne, dass die Kontaktaufnahme zur Beschwerdeführerin in diesem Fall ohne Mailverkehr, d.h. mündlich, erfolgt sei. Die Selbstanzeigerin sei damals nach Rücksprache mit ihrem zuständigen Mitarbeiter zum Schluss gekommen, dass – wenn es Mailverkehr gegeben habe – dieser wohl gelöscht worden sei (E. 6.7.1.3 Bst. d).

B-5172/2019 Seite 76

#### **E. 6.7.1.26**

Mit dieser Antwort räumte die Selbstanzeigerin an der Befragung vom 27. Oktober 2015 ein, keine Gewissheit zu haben, ob die Kontaktaufnahme zwischen ihr und der Beschwerdeführerin im Fall Nr. 5 mündlich oder schriftlich erfolgt ist. Insofern trifft es zu, dass die Selbstanzeigerin ihren ursprünglich undifferenzierten Hinweis auf ein gelöscht E-Mail der Beschwerdeführerin im Fall Nr. 5 auf Nachfrage des Sekretariats hin relativiert hat. An der Kernauskunft, dass es sich um ein abgesprochenes Projekt handle, was die Selbstanzeigerin in diesem Fall aber nicht zusätzlich mit einer Urkunde belegen könne, ändert die Antwort der Selbstanzeigerin aber nichts. Nach dem Dafürhalten des Bundesverwaltungsgerichts kann in dieser Relativierung der Auskunft bezüglich des Vorhandenseins eines E-Mailverkehrs kein grundlegend widersprüchliches Aussageverhalten der Selbstanzeigerin erblickt werden. Die Widersprüche, welche die

Beschwerdeführerin im Aussageverhalten der Selbstanzeigerin erblickt und zur Begründung der angeblich fehlenden Beweiskraft ihrer Auskunft heranzieht, scheinen insgesamt konstruiert (vgl. sogleich). So bestehen zunächst keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass sich der vom Sekretariat befragte Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer der Selbstanzeigerin nicht mehr sicher war, ob es eine Koordination zwischen der Beschwerdeführerin und der Selbstanzeigerin gab in diesem Fall. Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass ein konkreter Grund, weshalb die Selbstanzeigerin diesbezügliche Unsicherheiten hätte verschweigen sollen, nicht ersichtlich ist. Die Beschwerdeführerin räumt diesbezüglich zu Recht auch selbst ein, dass Selbstanzeiger ihre ersten (möglicherweise unter Zeitdruck getätigten) Auskünfte während dem weiteren Verlauf einer Untersuchung ohne Weiteres ohne nachteilige Sanktionsfolgen korrigieren können, falls sich zeigen sollte, dass ein Projekt fälschlicherweise als abgesprochen gemeldet wurde (E. 6.7.1.10). Indem die Beschwerdeführerin gleichzeitig vorträgt, dass die Selbstanzeigerin an der Befragung vom 27. Oktober 2015 umso überzeugter die Meinung habe vertreten müssen, dass eine Absprache vorgelegen habe, da sie dieses Projekt (unter Zeitdruck) als abgesprochen gemeldet, dann aber keine E-Mail dazu gefunden habe (E. 6.7.1.23), widerspricht sich die Beschwerdeführerin selbst.

B-5172/2019 Seite 77

#### **E. 6.7.1.27**

Dass die Selbstanzeigerin die Art der Kontaktaufnahme im Fall Nr. 5 nicht mit letzter Gewissheit angeben konnte und dies nachträglich auch einräumte, scheint unter den gegebenen Umständen – insbesondere auch unter Berücksichtigung der Einbettung dieses Einzelfalls in eine gross angelegte kartellrechtliche Untersuchung mit vielen von der Selbstanzeigerin eingeräumten Abredebeteiligungen – nicht ungewöhnlich und stellt ihre Glaubwürdigkeit nicht grundlegend in Frage.

#### **E. 6.7.1.28**

Des Weiteren enthalten die Akten keine Hinweise, welche es nahelegen würden, an der allgemeinen Verlässlichkeit bzw. Glaubhaftigkeit der Selbstanzeigerin Foffa Conrad zu zweifeln. Was die Beschwerdeführerin diesbezüglich ausführt, geht nicht über ihre allgemeine Kritik am kartellrechtlichen Bonussystem hinaus, d.h. beschränkt sich auf ihre – durch nichts substantiierte – Annahme, die Selbstanzeigerin sei als kooperierendes Unternehmen voraussichtlich systembedingt dem Anreiz gefolgt, unter Zeitdruck und voreilig möglichst viele Projekte als abgesprochen zu melden, selbst wenn es sich dabei möglicherweise um Falschanschuldigungen handle.

#### **E. 6.7.1.29**

Diese pauschale Kritik der Beschwerdeführerin ist nicht stichhaltig. Ihr ist vorab entgegenzuhalten, dass das Interesse der Selbstanzeigerin Foffa Conrad, maximal von der kartellrechtlichen Kronzeugenregelung zu profitieren, für sich noch keinen begründeten Verdacht auf eine Falschinformation hervorzurufen vermag (E. 6.7.1.15 Bst. f). Dies gilt erst recht, da die Vorinstanz vorliegend unwidersprochen auf ein gutes Verhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und der Selbstanzeigerin hinweist und auch keine Anhaltspunkte für eine etwaige Racheaktion gegen die Beschwerdeführerin auszumachen sind.

#### **E. 6.7.1.30**

Darüber hinaus zeigt der zeitliche Ablauf der Beweisaufnahme (E. 6.7.1.3), dass die Selbstanzeigerin ihre Auskünfte zu Fall Nr. 5 über einen längeren Zeitraum erteilt und wiederholt mit Nachdruck bestätigt hat. Von einer voreiligen Auskunftserteilung der Selbstanzeigerin unter Zeit- druck kann nicht gesprochen werden. Zudem besteht keine Veranlassung, der Vorinstanz vorzuwerfen, dass sie die Selbstanzeigerin zum vorliegenden Fall ungenügend befragt hat. Unter den gegebenen Umständen durfte die Vorinstanz vielmehr davon ausgehen, dass eine zusätzliche Befragung der Selbstanzeigerin keine neuen Erkenntnisse hervorbringen würde (son- dern höchstens eine weitere Bekräftigung, dass das vorliegende Baupro- jekt unabhängig vom Vorliegen einer Urkunde abgesprochen war).

B-5172/2019 Seite 78 6.7.1.31 Im Übrigen hat die Vorinstanz zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit der Auskünfte der Selbstanzeigerin zu Recht auch ihren positiven Gesamt- eindruck mitberücksichtigt, welchen sie im Verlauf der Untersuchung von der Qualität der Kooperation der Selbstanzeigerin bzw. den für sie han- delnden natürlichen Personen gewonnen hat. Dass die Vorinstanz in die Gesamtbetrachtung des vorliegenden Einzelfalls auch ihre Erkenntnisse aus der weiteren Untersuchung einfliessen liess, war aufgrund des gebo- tenen Miteinbezugs der gesamten Umstände (E. 6.7.1.4, E. 6.7.1.21) an- gezeigt. Für das Bundesverwaltungsgericht besteht gestützt auf die vorlie- gende Aktenlage – dies auch unter Miteinbezug der nachfolgenden Fest- stellungen zur im Ergebnis ungenügenden Beweislage im Fall Nr. 9 (E. 6.7.3) – kein Grund, die von der Vorinstanz hervorgehobene, insgesamt sorgfältige Vorgehensweise der Selbstanzeigerin bzw. deren grundsätzlich hohe Glaubwürdigkeit abweichend einzuschätzen. 6.7.1.32 Demgegenüber verstrickt sich die Beschwerdeführerin in eine (weitere) Widersprüchlichkeit. So hat ihr Verwaltungsratspräsident der Vorinstanz anlässlich der Anhörung vom 13. Mai 2019 mit seinen ergän- zenden Ausführungen zum "Ablauf der von ihnen genannten Absprachen" ausdrücklich zu verstehen gegeben, dass es "bei allen 8 Objekten der exakt gleiche Ablauf" gewesen sei (E. 6.7.1.3 Bst. f). Gleichzeitig bekräf- tigte der Verwaltungsratspräsident der Beschwerdeführerin gegenüber der Vorinstanz auch unmissverständlich, dass die Foffa Conrad bei diesen acht Objekten Kontakt mit der Beschwerdeführerin aufgenommen und die Be- schwerdeführerin "um Zurverfügungstellung der Offerte" gebeten habe, "um Zeit sprich Ressourcen zu sparen und den Einladenden nicht zu ent- täuschen". Die Ausführungen des Verwaltungsratspräsidenten der Be- schwerdeführerin gegenüber der Vorinstanz lassen zudem keine Zweifel daran, dass der von ihm beschriebene identische Ablauf stets auch die Übermittlung der Offerte der Beschwerdeführerin an die Foffa Conrad um- fasste (E. 6.7.1.3 Bst. f). Gleichzeitig veranschaulichen die Ausführungen des Verwaltungsratspräsidenten am Anhörungstermin, dass er jede kartell- rechtliche Problematik dieser von ihm bestätigten Vorgehensweise zurück- weist.

B-5172/2019 Seite 79 6.7.1.33 Es liegt auf der Hand, dass sich das von der Beschwerdeführerin beschriebene, "bei allen 8 Objekten" identische, Grundmuster auf die acht Einzelsubmissionsabsprachen bezieht, welche die Vorinstanz (im Sinne des Verfügungsantrags) sanktioniert hat (vgl. B.p). Da der vorliegend strit- tige Fall Nr. 5 ebenfalls sanktioniert wurde, können die ergänzenden Aus- führungen der Beschwerdeführerin an der Anhörung grundsätzlich nicht anders gedeutet werden, als dass auch dieser Fall laut der eigenen Dar- stellung der Beschwerdeführerin nach demselben Grundmuster wie die sieben anderen sanktionierten Fälle verlaufen ist. Diese Klarstellung lässt sich mit dem gegenteiligen Parteistandpunkt der Beschwerdeführerin – dass ein

Kontakt mit der Foffa Conrad und die Übermittlung der Offerte der Beschwerdeführerin an jene im Fall Nr. 5 mangels Vorliegens einer die Auskunft der Selbstanzeigerin untermauernden E-Mail nicht rechtsgenü- lich erstellt sein soll – nicht vereinbaren.

6.7.1.34 Zusammenfassend kann die Verlässlichkeit der Auskünfte der Selbstanzeigerin im Fall Nr. 5 trotz der beschriebenen Relativierung ihrer ursprünglichen Auskunft weitestgehend bestätigt werden, während die Ar- gumentation der Beschwerdeführerin insgesamt vorgeschoben erscheint. Die Darstellung der Beschwerdeführerin, dass es der Vorinstanz im Fall Nr. 5 mangels Vorliegens einer den Vorgang weiter dokumentierenden E- Mail nicht gelungen sei, den vorgeworfenen Kontakt zwischen der Foffa Conrad und der Beschwerdeführerin mit anschliessender Übermittlung der Offerte der Beschwerdeführerin an die Foffa Conrad nachzuweisen, er- weist sich im Sinne der vorstehenden Erwägungen als nicht stichhaltige Schutzbehauptung.

6.7.1.35 Unter Würdigung aller Umstände hat das Bundesverwaltungsge- richt in Übereinstimmung mit der Einschätzung der Vorinstanz unabhängig vom Vorliegen einer Urkunde in der Form einer E-Mail insgesamt keine Zweifel daran, dass sich die Beschwerdeführerin auch im Fall Nr. 5 nach dem von ihr beschriebenen "exakt gleichen Ablauf" (E. 6.7.1.3 Bst. f, vgl. auch E. 6.6.1.2) verhalten und der Foffa Conrad nach einem vorgängigen Kontakt ihre Offerte zur Verfügung gestellt hat. Ob die Kontaktaufnahme mündlich oder schriftlich per E-Mail erfolgte, ist nicht rechtserheblich und kann offengelassen werden.

B-5172/2019 Seite 80 6.7.1.36 Damit hat die Vorinstanz die Kontaktaufnahme zwischen der Be- schwerdeführerin und der Foffa Conrad einschliesslich die anschliessende Übermittlung der Offerte der Beschwerdeführerin an die Foffa Conrad im Fall Nr. 5 im Ergebnis zu Recht als (mit dem Überzeugungsbeweis) erstellt erachtet. Der Vorinstanz ist diesbezüglich weder eine ungenügende Abklä- rung des Sachverhalts noch eine Missachtung des Grundsatzes in "dubio pro reo" vorzuwerfen.

6.7.1.37 Es gilt somit weiter zu prüfen, ob bei dieser Sachlage mit der Vorinstanz von einem gemeinsamen Willen der beiden Parteien zur Koor- dination der Angebote (bzw. einer Abstimmung im Sinne eines Einverneh- mens über das Eingabeverhalten) auszugehen ist (E.6.6.2.5). Die Be- schwerdeführerin bestreitet dies wie erwähnt (E. 6.6.1.3) selbst dann, wenn wie vorliegend feststeht, dass die Beschwerdeführerin ihre Offerte der Foffa Conrad zur Verfügung gestellt hat.

6.7.1.38 Die Beschwerdeführerin begründet ihren Standpunkt wie folgt: Für die Schlussfolgerung der Vorinstanz fehle die unabdingbare zweiseitige Ei- nigung oder Abstimmung, überhaupt eine Angebotskoordinierung vorneh- men zu wollen. Der Konsens der Parteien habe sich nie auf eine Koordina- tion der Angebote bezogen, sondern lediglich auf die Tatsache, dass die eine Partei der anderen die bereits fertiggestellte Offerte zukommen lassen solle, damit sich die andere Partei das Berechnen der Offerte für ein Pro- jekt, das sie überhaupt nicht habe übernehmen wollen, habe sparen kön- nen. Die Vorinstanz schliesse von einer Handlung der Beschwerdeführerin aus Gefälligkeit unzulässig auf eine angeblich gemeinsame Absicht. Die Vorinstanz missachte, dass die Foffa Conrad die Entscheidung, eine hö- here Offerte eingeben zu wollen und die Beschwerdeführerin somit nicht zu konkurrenzieren, bereits vor der Kontaktaufnahme mit der Beschwerde- führerin gefällt habe. Die Foffa Conrad habe jeweils aus "eigener und freier Entscheidung" beschlossen, der Bauherrschaft bei den jeweiligen Aus- schreibungen ein höheres Angebot zu unterbreiten, sodass ein Zuschlag praktisch ausgeschlossen sei. Dies sei keine Einigung, preislich koordi- nierte Angebote einzureichen.

B-5172/2019 Seite 81 Ob die Foffa Conrad ihr Angebot selbst gerechnet habe oder nicht, ob jemand der Foffa Conrad bei der Berechnung geholfen habe, oder ob sie für die Berechnung fremde Unterlagen beigezogen, telefoniert, korrespondiert und sich über die Berechnung ausgetauscht habe, sei nicht entscheidend. Massgebend sei allein die davor bestehende Absicht, dass die Foffa Conrad ein möglichst hohes Angebot habe einreichen wollen, um den Zuschlag nicht zu erhalten. Die Vorinstanz habe diese Intention der Foffa Conrad nicht richtig abgeklärt. Mit ihrer unzutreffenden Schlussfolgerung habe sie den Sachverhalt unvollständig erhoben und Art. 4 Abs. 1 KG verletzt (Beschwerde, Rz. 22 ff., 34 f., 37; Wiederholung der Argumentation bei den Ausführungen zu den Einzelfällen, vgl. z.B. Beschwerde, Rz. 78 [Fall Nr. 3], 132 [Fall Nr. 5], 149 f. [Fall Nr. 6], 182 f. [Fall Nr. 8], 215 [Fall Nr. 10]; Republik, Rz. 10, 12 ff., 19 Bst. b und c, 23 f., 47). 6.7.1.39 Die Vorinstanz bekräftigt, dass die Beschwerdeführerin mit der Foffa Conrad im Einvernehmen ein preislich koordiniertes Angebot eingereicht habe. Indem die Beschwerdeführerin behaupte, dass es zwischen ihr und der Foffa Conrad keine Abmachung gegeben habe, dass letztere eine höhere Offerte abgebe, verkenne sie, dass es im Kontext von Submissionen den üblichen Abläufen und Verhaltensweisen zuwiderlaufe, wenn ein Unternehmen einem Konkurrenzunternehmen seine Offerte zustelle oder Eingabepreise bekannt gebe. Damit decke ein Unternehmen seine Absichten zum Eingabeverhalten auf und riskiere, vom Konkurrenzunternehmen in der Ausschreibung unterboten zu werden. Dass die Beschwerdeführerin der Foffa Conrad während der Ausschreibung ihre Offerte zugesandt bzw. ihren Offertpreis bekanntgegeben habe, sei mit einem typischen Verhalten in Konkurrenzverhältnissen nicht vereinbar. Dieses Verhalten lasse sich nur durch den gemeinsamen Willen zur Koordination des Angebots erklären. Dazu komme, dass es auch gemäss den wiederholten Aussagen der Foffa Conrad jeweils darum gegangen sei, ein höheres Angebot einzureichen als dasjenige der Beschwerdeführerin. Die Argumentation der Beschwerdeführerin widerspreche darüber hinaus auch ihren eigenen Ausführungen, wonach die Foffa Conrad "höher" habe eingeben respektive ein "höheres" Angebot habe unterbreiten wollen (m.H. auf Beschwerde, Rz. 28, 32, 35 und 71). Eigenständig habe sich die Foffa Conrad einzig für ein "hohes" Angebot entscheiden können, wobei sowohl die Foffa Conrad als auch die Beschwerdeführerin im Ungewissen über das Offertverhalten der jeweils anderen Seite wäre.

B-5172/2019 Seite 82 Ein "höheres" Angebot könne die Foffa Conrad (bzw. die Beschwerdeführerin ein entsprechend ein "tieferes" Angebot) erst durch eine Koordination der Angebote im gegenseitigen Einvernehmen einreichen (Vernehmlassung, Rz. 12, 22; Duplik, Rz. 26). 6.7.1.40 Diesen Überlegungen der Vorinstanz ist beizupflichten. Gibt eine Wettbewerberin einer Konkurrentin während einer (privaten oder öffentlichen) Ausschreibung wie vorliegend das eigene Konkurrenzangebot und damit ihre vertrauliche Wettbewerbsstrategie bekannt, so weiss sie bzw. nimmt sie billigend in Kauf, dass die Konkurrentin die zur Verfügung gestellten Geschäftsgeheimnisse dazu verwenden wird, um ihr eigenes Verhalten im laufenden Vergabewettbewerb darauf abzustimmen. Auch vorliegend bestehen keine Zweifel daran, dass die Beschwerdeführerin wie die Foffa Conrad wussten und sich darin einig waren, dass die Übermittlung des Angebots der Beschwerdeführerin an die Foffa Conrad zur Folge haben wird, dass diese der Bauherrschaft im Fall Nr. 5 ein höheres Angebot als die Beschwerdeführerin wird einreichen können. 6.7.1.41 Ein Wettbewerbsteilnehmer, der sich wie die Beschwerdeführerin verhält und das eigene, verbindliche (E. 6.4.8.6 ff.), Angebot an einen anderen Wettbewerbsteilnehmer übermittelt, um diesem zu ermöglichen oder zu

erleichtern, ein preislich höheres (also weniger konkurrenzfähiges) Angebot als das eigene Angebot einzureichen, wirkt bewusst und gewollt mit dem betreffenden Konkurrenzunternehmen zusammen. In diesem Zusammenwirken ist entgegen der nicht nachvollziehbaren Argumentation der Beschwerdeführerin eine einvernehmliche Verhaltenskoordination zu erblicken. Diese lässt die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des Wettbewerbs treten und widerspricht dem Selbstständigkeitspostulat. Von einer unabhängigen Preisgestaltung eines einzelnen Unternehmens – bzw. einer autonomen Eingabe eines chancenlosen, hohen, Angebots durch die Foffa Conrad – kann bei dieser Sachlage keine Rede sein.

B-5172/2019 Seite 83 6.7.1.42 Anders würde es sich höchstens verhalten, falls die Beschwerdeführerin aufzeigen und belegen könnte, dass sie sich umgehend gegen die von ihr ins Feld geführte Anfrage der Mitbewerberin Foffa Conrad, ihr das eigene Angebot im Sinne einer Gefälligkeit zur Verfügung zu stellen, verwehrt hätte. Dies ist vorliegend aber unstrittig nicht der Fall. Im Gegenteil hat sich die Beschwerdeführerin der von ihr angerufenen Anfrage der Wettbewerberin gerade ausdrücklich angeschlossen. Die Beschwerdeführerin hat sich insofern mit der von ihr geltend gemachten, angeblich bereits vorbestehenden, "Intention" der Foffa Conrad einverstanden erklärt. Dies verdeutlicht zusätzlich, dass die Beschwerdeführerin und die Foffa Conrad die Ungewissheit über ihr zukünftiges Verhalten im Vergabewettbewerb um das Bauprojekt im Fall Nr. 5 gemeinsam beseitigt haben. 6.7.1.43 Zusammenfassend ist im Fall Nr. 5 somit mit der Vorinstanz von einem gemeinsamen Willen beider Parteien zur Koordination der Angebote (bzw. einer Abstimmung im Sinne eines Einvernehmens über das Eingabeverhalten) auszugehen. Die Beweisanforderungen des Überzeugungsbeweises sind erfüllt. Die Einwände der Beschwerdeführerin sind unbegründet. 6.7.1.44 Demnach ist das Beweisresultat der Vorinstanz im Fall Nr. 5 im Ergebnis zu bestätigen. Die Vorinstanz hält es gestützt auf die vorliegende Aktenlage zu Recht für erwiesen, dass zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad im Zuge einer vorgängigen Kontaktaufnahme mit anschließender Übermittlung der Offerte der Beschwerdeführerin an die Foffa Conrad ein natürlicher Konsens zustande gekommen ist, ihre beiden Angebote für das Bauprojekt zu koordinieren. Auch bestehen keine Zweifel daran, dass die Foffa Conrad der Bauherrschaft im Fall Nr. 5 gemäss ihrem Einvernehmen über das Eingabeverhalten ein höheres Angebot als die Beschwerdeführerin einreichen wird.

B-5172/2019 Seite 84

## **E. 6.7.2**

Fall Nr. 6: "(...), (...)" (2011, Tiefbau)

### **E. 6.7.2.1**

Bei diesem Vergabewettbewerb bewarben sich gestützt auf die vorliegenden Akten die folgenden Bauunternehmen wie folgt um die Ausführung des Tiefbauprojekts (Vorinstanz, act. 61 [22-0459]; Verfügung, Rz. 129): Unternehmen Offertsumme (inkl. MWST) Eingang bei der Bauherrschaft G3. \_\_\_\_\_ Fr. (...) 31. (...) 2011 G4. \_\_\_\_\_ Fr. (...) 31. (...) 2011 ARGE G5. \_\_\_\_\_, Fr. (...) 28. (...) 2011 Beschwerdeführerin Fr. (...) 28. (...) 2011 G2. \_\_\_\_\_ Fr. (...) 28. (...) 2011 Foffa Conrad, (...) Fr. (...) 31. (...) 2011

Den Zuschlag erhielt die G3. \_\_\_\_\_ zum oben genannten Preis (Vorinstanz, act. 61 [22-0459], Antwort auf Fragen 6 und 7; Verfügung, Rz. 130).

### **E. 6.7.2.2**

Die Vorinstanz hält es auch in diesem Fall für erwiesen, dass zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad (im Zuge einer entsprechenden Kontaktaufnahme mit anschliessender Übermittlung der Offerte der Beschwerdeführerin an die Foffa Conrad) ein natürlicher Konsens zustande gekommen ist, ihre beiden Angebote für das Bauprojekt zu koordinieren. Die Foffa Conrad sollte der Bauherrschaft laut der Vorinstanz ein höheres Angebot einreichen als die Beschwerdeführerin (Verfügung, Rz. 134, 137).

B-5172/2019 Seite 85 Den vier anderen (vorstehend genannten, E. 6.7.2.1.) Mitbewerbern wirft die Vorinstanz keine Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede vor. Während die G3.\_\_\_\_\_ unstrittig als unbeteiligte Aussenwettbewerberin mit dem günstigsten Angebot obsiegt, konnten sich weder die drei anderen unbeteiligten Aussenwettbewerber noch die Beschwerdeführerin bzw. die Foffa Conrad durchsetzen (Verfügung, Rz. 134, 136 f.).

### **E. 6.7.2.3**

Mit Bezug auf dieses Beweisresultat im Fall Nr. 6 sind die folgenden Beweismittel relevant:

a) Selbstanzeige der Foffa Conrad – schriftliche Ergänzung vom 30. November 2012 Die Selbstanzeigerin meldete die Ausschreibung im Fall Nr. 6 in der Tabelle vom 30. November 2012 – in welcher sie ihre (das Engadin betreffenden) Offerten der Jahre 2007 bis 2012 zusammen mit weiteren Informationen chronologisch aufgelistete (E. 6.7.1.3 Bst. a) – als abgesprochenes Projekt (Vorinstanz, act. IX C.24 [25-0039], S. 43). b) Selbstanzeige der Foffa Conrad – schriftliche Ergänzung vom 1. Februar 2013 Mit ihrer schriftlichen Ergänzung vom 1. Februar 2013 bestätigte die Selbstanzeigerin ihre Angaben mit Bezug auf die in der Ergänzung vom 30. November 2012 als abgesprochen gemeldeten Bauprojekte. Gleichzeitig merkte die Selbstanzeigerin bei verschiedenen als abgesprochen gemeldeten Fällen an, dass die E-Mail der Beschwerdeführerin gelöscht worden sei, und lieferte entsprechend keine die Auskunft ergänzende Urkunde (vgl. bereits Fall Nr. 5 [E. 6.7.1.3 Bst. c]). Einen entsprechenden Vermerk machte die Selbstanzeigerin auch beim Fall Nr. 6 (Vorinstanz, act. IX C.35 [25-0039], S. 5; E. 6.7.1.3 Bst. c [Fall Nr. 5]). c) Beschlagnahme E-Mail der Beschwerdeführerin an die Foffa Conrad vom (...) 2011 mit Anhang "O(...)" Bereits zu einem früheren Zeitpunkt – anlässlich der am 31. Oktober 2012 bei der Foffa Conrad durchgeführten Hausdurchsuchung (vgl. A.b) – hatte das Sekretariat bei der Foffa Conrad im Zusammenhang mit dem vorliegend interessierenden Fall Nr. 6 eine E-Mail des Verwaltungsratspräsidenten und Geschäftsführers der Beschwerdeführerin an Herrn C.\_\_\_\_\_ (Kalkulator der Foffa Conrad) gefunden und beschlagnahmt.

B-5172/2019 Seite 86 Die E-Mail trägt den Betreff "[...]". Ausser der Signatur der Beschwerdeführerin enthält sie keinen Begleittext. Der E-Mail angefügt war ein Anhang mit der Bezeichnung "O(...)". Gemäss dem aufgedruckten Versanddatum übermittelte der Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer der Beschwerdeführerin die E-Mail am (...) 2011 an den Kalkulator der Foffa Conrad. Den Anhang "O(...)" selbst hat die Vorinstanz nicht aufgefunden, d.h. er liegt nicht bei den Akten (Vorinstanz, act. III. C.103 [22-0433]; Vorinstanz, act. II.016 [Durchsuchungs- und Beschlagnahmeprotokoll]). d) Selbstanzeige der Foffa Conrad – mündliche Ergänzung vom 20. August 2015 (Befragung Kalkulator) Am 20. August 2015 ergänzte der Kalkulator der Selbstanzeigerin die bisherigen Angaben der Selbstanzeigerin im Rahmen einer Befragung durch das Sekretariat mündlich (Vorinstanz, act. IX C. 53 [25-0039], insbes. Zeilen 189-241). Mit Bezug auf

den vorliegend interessierenden Fall Nr. 6 konfrontierte das Sekretariat den Kalkulator mit der vorstehend erwähnten, an ihn gerichteten, E-Mail des Verwaltungsratspräsidenten und Geschäftsführers der Beschwerdeführerin vom (...) 2011 (vgl. Bst. c). Auf die Frage, wozu das im Anhang der E-Mail verwendete Datei-Format in der Regel verwendet werde, sagte der Befragte, dass dieses Format "für die Devisierung, das Ausmass oder für die Offertstellung" sei. Es werde für alles verwendet, für die internen und externen Verrechnungen. Beim vorliegenden Bauprojekt werde es sich um (...) gehandelt haben. Er sei sich nicht sicher. Weiter gefragt, weshalb ihm der Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer der Beschwerdeführerin diese E-Mail mit einer solchen Datei im Anhang geschickt habe, antwortete der Befragte, dies werde "auf Anweisung von [I.\_\_\_\_\_]" gewesen sein. An die E-Mail erinnere er sich nicht. Dies sei schon fast fünf Jahre her. Darauf gab das Sekretariat dem anwesenden Rechtsvertreter der Selbstanzeigerin Gelegenheit, Ergänzungsfragen an seine Mandantschaft zu stellen. In Wahrnehmung dieser Option richtete der Rechtsvertreter (u.a.) die Ergänzungsfrage an den Kalkulator, ob er unter einer Schutzofferte verstehe, "dass man, wenn man von jemandem eingeladen wird und keine Offerte eingeben möchte, trotzdem eine Offerte ohne Interesse macht, um in Zukunft nicht vergessen zu werden?" Der Kalkulator beantwortete diese Frage mit "Ja" (Vorinstanz, act. IX C.53 [25-0039], Zeile 214-217). Weiter stellte der Rechtsvertreter die Ergänzungsfrage, was abstrakt Gründe sein könnten, dass ein anderes Unternehmen solche Dateien per

B-5172/2019 Seite 87 E-Mail an den Kalkulator der Selbstanzeigerin schicke? Der Befragte antwortete hierauf Folgendes (Vorinstanz, act. IX C.53 [25-0039], Zeilen 233 f.): "Es könnte wieder eine ARGE sein. Es könnte auch sein, dass wir das selbst nicht gerechnet haben und trotzdem eingeben wollten. Da gibt es verschiedene Möglichkeiten." Darauf richtete der Rechtsvertreter die folgende Frage an den von ihm vertretenen Kalkulator der Selbstanzeigerin (Vorinstanz, act. IX C.53 [25-0039], Zeilen 235-237): "Ist es wie bei der vorherigen Aussage betreffend das E-Mail von Ihnen an [F.\_\_\_\_\_], dass man sich den Aufwand für die Berechnung für die Kalkulation ersparen wollte und trotzdem eingeben wollte?" Diese Frage beantwortete der Befragte mit einem "Ja" (Vorinstanz, act. IX C.53 [25-0039], Zeile 238). Anschliessend fragte der Rechtsvertreter, ob es "weitere Möglichkeiten für einen Anhang in diesem Detailgrad" gebe. Auf diese Anschlussfrage ergänzte der Befragte, dass es auch sein könne, "um den Preis zu heben". Eher unwahrscheinlich sei es, dass es darum gegangen sei, "ein Ausmass zu machen" (Vorinstanz, act. IX C.53 [25-0039], Zeilen 239-241). e) Selbstanzeige der Foffa Conrad – mündliche Ergänzung vom 27. Oktober 2015 (Befragung Verwaltungsratspräsident / Geschäftsführer) Anlässlich der Befragung des Verwaltungsratspräsidenten und Geschäftsführers der Selbstanzeigerin am 27. Oktober 2015 (Vorinstanz, act. IX C. 61 [25-0039], insbes. Zeilen 465-491) wies das Sekretariat den Befragten darauf hin, dass die Selbstanzeigerin den Fall Nr. 6 als abgesprochen bezeichnet hat, diesbezüglich in der schriftlichen Ergänzung vom 1. Februar 2013 (vgl. Bst. b) aber keine zusätzlichen Belege eingereicht, sondern vermerkt habe, dass die E-Mail der Beschwerdeführerin gelöscht worden sei. Gleichzeitig legte das Sekretariat dem Befragten die an der Hausdurchsuchung bei seinem Unternehmen beschlagnahmte E-Mail vom (...) 2011 (vgl. Bst. c) vor.

B-5172/2019 Seite 88 Auf die Frage, ob es sich bei dieser E-Mail um diejenige handle, welche die Selbstanzeigerin gelöscht habe, konsultierte der Befragte seine Unterlagen.

Darauf antwortete er wie folgt (Vorinstanz, act. IX C.61 [25-0039], Zeilen 474-477): "Ja, die Foffa Conrad AG hat bei diesem Bauprojekt eingegeben. Es wird sich um das Mail von der Rocca + Hotz AG handeln, welches die Zahlen der Rocca + Hotz AG beinhaltet. Die Foffa Conrad AG hat daraufhin höher eingegeben als die Rocca + Hotz AG. Das Bauprojekt ist ja in [...] und somit im Oberengadin." Die weitere Frage, ob es vorgängig einen Kontakt zwischen der Beschwerdeführerin und der Selbstanzeigerin gegeben habe, beantwortete der Befragte mit den Worten "Ich nehme es an" (Vorinstanz, act. IX C.61 [25-0039], Zeilen 478-480). Er denke, dass diese E-Mail auf die Initiative der Beschwerdeführerin geschickt worden sei. Deren Interesse an der Einreichung einer Offerte durch die Selbstanzeigerin habe darin bestanden, dass damit noch eine zusätzliche Unternehmung eine Offerte eingebe, welche höher als diejenige der Beschwerdeführerin sei. Die Selbstanzeigerin habe eingeben wollen (Zeilen 483-486). Weiter nannte der Befragte die Mitoffrierende G3.\_\_\_\_\_ (vgl. E. 6.7.2.1) als mögliche Zuschlagsempfängerin (Vorinstanz, act. IX C.61 [25-0039], Zeile 489). f) Einvernahme Geschäftsführer / Verwaltungsratspräsident der Beschwerdeführerin am 29. Oktober 2015 Kurz darauf – am 29. Oktober 2015 – befragte das Sekretariat auch den Geschäftsführer und Verwaltungsratspräsidenten der Beschwerdeführerin (Vorinstanz, act. IV.026 [22-0433], insbes. Zeilen 456-521). Mit Bezug auf den vorliegend interessierenden Fall Nr. 6 konfrontierte das Sekretariat auch ihn mit der erwähnten, von seiner E-Mailadresse abgehenden, E-Mail vom (...) 2011 an den Kalkulator der Selbstanzeigerin (vgl. Bst. c). Auf die Frage, was er dazu sage, antwortete der Geschäftsführer und Verwaltungsratspräsident der Beschwerdeführerin zunächst, dass es ihm unverständlich sei. Sie hätten ein Projekt gemacht und dies mit einer ARGE offeriert und sonst mit niemandem. Er glaube nicht, dass diese E-Mail etwas mit dem Bauprojekt (...) [Fall Nr. 6] zu tun habe (Vorinstanz, act. IV.026 [22-0433], Zeilen 473 -476).

B-5172/2019 Seite 89 Darauf sah der Befragte in seinen Unterlagen nach, worauf er bestätigte, dass sich die der E-Mail angefügte Offerte "O-(...)" seines Wissens nach "schon auf das (...)" beziehe. Es mache aber keinen Sinn für ihn. Ihm sei unklar, was dies mit der Firma Foffa Conrad zu tun habe. Weshalb er ihr die Offerte habe zukommen lassen, wisse er nicht. Er sehe keinen Zusammenhang (Vorinstanz, act. IV.026 [22-0433], Zeilen 481-497). Auf die daran anschliessende Frage, was genau er dem Kalkulator der Selbstanzeigerin als Anhang zur E-Mail geschickt habe, antwortete der Befragte (Vorinstanz, act. IV.026 [22-0433], Zeilen 498 – 502): "Es handelt sich wohl um eine Offerte. Manchmal tauschen wir uns unter den Unternehmen auch aus, wie viel etwa ein Bauprojekt kostet. Vielleicht habe ich der Foffa Conrad AG meinen Devis geschickt, weil sie diesen für ein anderes Bauprojekt gebraucht hat. Ich kann es mir fast nicht anders erklären." Weiter wies der Befragte darauf hin, dass es sich um eine Anfrage für ein Generalunternehmerangebot gehandelt habe und er glaube, dass sie sich in einem zweiten Schritt nach der Offertöffnung mit der G6.\_\_\_\_\_ (als ARGE) zusammengetan hätten. Das Bauprojekt sei wohl von der G3.\_\_\_\_\_ ausgeführt worden (Vorinstanz, act. IV.026 [22-0433], Zeilen 460, 514). g) Anhörung der Beschwerdeführerin am 13. Mai 2019 Von Relevanz für die Beurteilung des Beweisresultats im Fall Nr. 6 sind schliesslich auch die bereits an anderer Stelle wiedergegebenen (E. 6.7.1.3 Bst. f [Fall Nr. 5]) ergänzenden Ausführungen des Verwaltungsratspräsidenten und Geschäftsführers der Beschwerdeführerin anlässlich der Anhörung durch die Vorinstanz am 13. Mai 2019. Es wird hier darauf verwiesen.

#### **E. 6.7.2.4**

Die Beschwerdeführerin macht wie erwähnt geltend, aufgrund der vorliegenden Beweismittel sei nicht klar, ob im vorliegenden Fall Nr. 6 überhaupt ein Kontakt zwischen ihr und der Foffa Conrad stattgefunden habe (so ausdrücklich Replik, Rz. 109, vgl. dies relativierend nachfolgend E. 6.7.2.9 ff.). Auch die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach bewiesen sei, dass zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad ein natürlicher Konsens zustande gekommen sei, ihre Angebote für das Bauprojekt im Fall Nr. 6 zu koordinieren, sei falsch (E. 6.6.1.1, E. 6.6.1.3, E. 6.3 Bst. c und d). Bei ihrer Herleitung der Beweisbegründung greife die Vorinstanz bloss ein einzelnes Element auf, nämlich die – vom Verwaltungsratspräsidenten und Geschäftsführer der Beschwerdeführerin an den Kalkulator der Foffa Conrad gesendete – E-Mail vom (...) 2011. Der E-Mail sei eine Offerte angehängt gewesen, die E-Mail habe aber keinen Begleittext gehabt. Das blosses Vorhandensein einer E-Mail, ohne weitere Erklärung, könne offensichtlich nicht eine genügende Beweislage für eine kartellrechtlich relevante Absprache liefern. Zudem habe die Vorinstanz bei ihrer Beweiswürdigung diverse widersprüchliche Aussagen der zum vorliegenden Sachverhalt befragten Personen nicht berücksichtigt. So habe der Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer der Selbstanzeigerin das Projekt zwar als "abgesprochen" angegeben. Diese Aussage sei jedoch unter dem Druck einer Selbstanzeige entstanden, was den Beweiswert der Aussage erheblich mindere. In diesem Zusammenhang wiederholt die Beschwerdeführerin ihre – an anderer Stelle zusammengefasste und ausführlich gewürdigte (E. 6.7.1.10, E. 6.7.1.28 ff. [Fall Nr. 5]) – allgemeine Kritik am kartellrechtlichen Bonus-System und bestreitet gestützt darauf auch im vorliegenden Fall generell den Beweiswert der Auskünfte der Selbstanzeigerin. Weiter habe sich der Kalkulator der Selbstanzeigerin bei seiner Befragung nicht an die E-Mail vom (...) 2011 erinnern können. Auf die erneute Nachfrage hin habe er sogar gesagt, dass er denke, diese E-Mail sei im Zusammenhang mit einer Arbeitsgemeinschaft gestanden. Aus der Befragung des Kalkulators der Selbstanzeigerin gehe hervor, dass er sich nicht habe erinnern können, weshalb er die E-Mail von der Beschwerdeführerin erhalten hatte. Die Aussagen der beiden Vertreter der Selbstanzeigerin seien in sich offensichtlich widersprüchlich.

B-5172/2019 Seite 91 Eine kartellrechtswidrige Absprache werde auch durch die Aussage des Geschäftsführers und Verwaltungsratspräsidenten der Beschwerdeführerin am 29. Oktober 2015 in keiner Weise bestätigt. Dieser sei ebenfalls davon ausgegangen, dass es sich bei der E-Mail vom (...) 2011 möglicherweise um eine E-Mail im Zusammenhang mit einer Arbeitsgemeinschaft gehandelt habe. Weshalb er die E-Mail der Foffa Conrad habe zukommen lassen, könne er sich dagegen nicht erklären. Ein Beweismittel zulasten der Beschwerdeführerin lasse sich auch aus dieser Aussage nicht ableiten. Eine näher liegende Interpretation der verschiedenen Aussagen sei eher, dass die E-Mail vom (...) 2011 tatsächlich im Zusammenhang mit einer Arbeitsgemeinschaft versendet worden sei. Immerhin hätten zwei befragte Personen unabhängig voneinander diese Aussage gemacht. Die Vorinstanz liege falsch, wenn sie meine, die Beschwerdeführerin müsse diese Version des Sachverhaltes beweisen. Entscheidend sei, dass die Vorinstanz ihre Version des Sachverhaltes nicht genügend nachweisen könne. Im Zweifel sei von dem für das Unternehmen günstigeren Sachverhalt auszugehen. Ein Austausch von Preisinformationen reiche nicht, um einen Konsens der Parteien, ihre Angebote für das Bauprojekt im Fall Nr. 6

zu koordinieren, nachzuweisen. Mit ihrer Schlussfolgerung verletze die Vorinstanz die Grundsätze des Beweisrechtes (vgl. zum Ganzen: Beschwerde, Rz. 143 ff.; Replik, Rz. 50 Bst. a und b; abschliessende Stellungnahme [29. Juni 2020], Rz. 6f.).

#### **E. 6.7.2.5**

Die Vorinstanz betont, dass es sich bei der von der Beschwerdeführerin an die Foffa Conrad gesandten E-Mail vom (...) 2011 um ein gewichtiges objektives Beweismittel handle. Ein Zusammenhang dieser E-Mail mit der Bildung einer Arbeitsgemeinschaft zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad sei nicht ersichtlich. Dies unterstreiche auch die zeitliche Abfolge. So sei dem vorliegenden Offertdeckblatt der Beschwerdeführerin zu entnehmen, dass die der Bauherrschaft (per [...] 2011 eingereichte [E. 6.7.2.1]) Offerte der Beschwerdeführerin am (...) 2011 datiert und von der Beschwerdeführerin am (...) 2011 unterzeichnet worden sei. Die strittige E-Mail habe der Geschäftsführer und Verwaltungsratspräsident der Beschwerdeführerin jedoch erst am (...) 2011 an die Foffa Conrad verschickt, also fünf Tage nachdem die Beschwerdeführerin ihr Angebot als einzelnes Unternehmen (ohne Arbeitsgemeinschaft) unterbreitet habe.

B-5172/2019 Seite 92 Weiter habe der Geschäftsführer und Verwaltungsratspräsident der Beschwerdeführerin zwar einen möglichen Konnex zur Bildung einer Arbeitsgemeinschaft mit der G6. \_\_\_\_\_ erwähnt, nicht aber mit der Foffa Conrad. Die Selbstanzeigerin habe glaubhaft bestätigt, dass es zu einer Angebotskoordination gekommen sei. Und der Geschäftsführer und Verwaltungsratspräsident der Beschwerdeführerin habe an der Einvernahme vom 29. Oktober 2015 eine Absprache mit der Foffa Conrad nicht bestritten. Die Argumentation der Beschwerdeführerin erweise sich als Schutzbehauptung und breche in sich zusammen (vgl. zum Ganzen: Vernehmlassung, Rz. 51; Duplik, Rz. 35 f.).

#### **E. 6.7.2.6**

Auch im vorliegenden Fall gilt es in tatsächlicher Hinsicht mit dem Beweismass des ordentlichen Überzeugungsbeweises zu prüfen, ob (1) die Beschwerdeführerin der Foffa Conrad ihre vorgerechnete Offerte im Fall Nr. 6 nach einem vorgängigen Kontakt zugestellt hat und ob (2) gegebenenfalls von einem gemeinsamen Willen der beiden Parteien zur Angebotskoordination (bzw. einer Abstimmung im Sinne eines Einvernehmens über das Eingabeverhalten) auszugehen ist (E. 6.6.2.4 f.; E. 6.7.1.7).

#### **E. 6.7.2.7**

Wie im zuvor geprüften Fall Nr. 5 (E. 6.7.1) hat die Selbstanzeigerin Foffa Conrad den Wettbewerbsbehörden auch die Ausschreibung im vorliegend interessierenden Fall Nr. 6 als abgesprochenes Projekt gemeldet. Ebenfalls hat sie diese Auskunft im Verlauf der Untersuchung mit dem Hinweis bestätigt, dass sie über keine schriftlichen Dokumente zur Untermauerung ihrer Angabe verfüge ("E-Mail der Beschwerdeführerin gelöscht", E. 6.7.2.3 Bst. a und b).

#### **E. 6.7.2.8**

Die Beweislage des vorliegenden Falles unterscheidet sich aber dadurch deutlich von jener im Fall Nr. 5, dass die Wettbewerbsbehörden im vorliegenden Fall an der Hausdurchsuchung vom 31. Oktober 2012 bei der Foffa Conrad die E-Mail des Verwaltungsratspräsidenten und Geschäftsführers der Beschwerdeführerin an den Kalkulator der Foffa Conrad vom (...) 2011 mit dem Betreff "[...]" inklusive dem

angefügten Anhang mit der Bezeichnung "O(...)" gefunden und beschlagnahmt haben (E. 6.7.2.3 Bst. c). Die Vorinstanz betont zu Recht, dass mit diesem Dokument, zu welchem sie alle Beteiligten befragt hat, ein gewichtiges zusätzliches objektives Beweismittel im Recht liegt. Dass es die Selbstanzeigerin ihrer Selbstanzeige nicht ergänzend zur Dokumentation der Auskunft beilegen konnte, erstaunt aufgrund der zum damaligen Zeitpunkt bereits erfolgten Beschlagnahme des Dokuments deshalb grundsätzlich nicht.

B-5172/2019 Seite 93

#### **E. 6.7.2.9**

Als weiterer Unterschied zum Fall Nr. 5 stellt die Beschwerdeführerin vorliegend (unter den gegebenen Umständen nachvollziehbarerweise) nicht vollkommen in Abrede, dass es zwischen ihr und der Foffa Conrad im Zusammenhang mit der Vergabe des vorliegenden Bauprojekts zu einem Kontakt gekommen ist.

#### **E. 6.7.2.10**

So ist gestützt auf die vorliegenden Akten seitens der Beschwerdeführerin unstrittig und steht auch ausser Frage, dass der Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer der Beschwerdeführerin die fragliche E-Mail am (...) 2011 zusammen mit dem Anhang "O(...)" an den Kalkulator der Foffa Conrad übermittelt hat (Beschwerde, Rz. 148; Vorinstanz, act. IV.026 [22-0433], Zeilen 481-497 [E. 6.7.2.3 Bst. f]).

#### **E. 6.7.2.11**

Ebenso hat die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde bestätigt, dass es sich beim (aktenmässig nicht vorliegenden) Anhang "O(...)" der E-Mail vom (...) 2011 um eine "Offerte" gehandelt hat (Beschwerde, Rz. 148).

#### **E. 6.7.2.12**

Weiter räumte der Geschäftsführer und Verwaltungsratspräsident der Beschwerdeführerin an seiner Befragung vom 29. Oktober 2015 ein, dass sich die der Foffa Conrad übermittelte Offerte "schon auf das (...)", mithin das vorliegende Bauprojekt, bezogen habe (E. 6.7.2.3 Bst. f).

#### **E. 6.7.2.13**

Ausgehend davon – und gestützt auch auf die Mitwürdigung der Aussagen des Kalkulators der Foffa Conrad an der Befragung vom 20. August 2015 (E. 6.7.2.3 Bst. d), welche nichts Anderes nahelegen – besteht kein Grund anzuzweifeln, dass es sich beim Anhang "O(...)" – welcher die Beschwerdeführerin der Foffa Conrad am (...) 2011 zukommen liess – um eine Offerte handelte, und zwar um eine Offerte, welche das Bauprojekt von Fall Nr. 6 betraf.

#### **E. 6.7.2.14**

Bei diesem Zwischenresultat steht auch fest, dass ein Kontakt betreffend die Vergabe des vorliegend strittigen Bauprojektes zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad – welche sich beide je mit einem eigenen Angebot um die Arbeitsausführung bewarben (E. 6.7.2.1) – stattgefunden hat.

B-5172/2019 Seite 94

#### **E. 6.7.2.15**

Davon ausgehend macht die Beschwerdeführerin zu ihrer Verteidigung letztlich hauptsächlich geltend, dass es aufgrund der Aussagen ihres Verwaltungsratspräsidenten

und Geschäftsführers sowie des Kalkulators der Selbstanzeigerin gegenüber den Wettbewerbsbehörden (E. 6.7.2.3 Bst. d und f) naheliegender sei, die Übermittlung der Offerte durch die Beschwerdeführerin an die Foffa Conrad im Bauprojekt von Fall Nr. 6 als im Zusammenhang mit einer Arbeitsgemeinschaft stehend zu interpretieren.

#### **E. 6.7.2.16**

Die Beschwerdeführerin beruft sich damit auf eine kartellrechtlich grundsätzlich unproblematische bzw. prokompetitive Motivation, welche sie im Fall Nr. 6 zur Übermittlung der Offerte an ihre Wettbewerberin bewogen habe (vgl. in diesem Sinne auch die Dispositiv-Ziffer 1.2 der angefochtenen Verfügung, laut welcher die Unterlassungsanordnung gemäss Dispositiv-Ziffer 1 den "Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit (...) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften" ausdrücklich nicht erfasst [vgl. zur Rechtmässigkeit der Massnahmen E. 8]). Da es naheliegender sei, die vorliegenden Beweismittel so zu interpretieren, sei im Zweifel von dieser – für sie günstigeren – Sachverhaltsvariante auszugehen. Hingegen hält es die Beschwerdeführerin angesichts der laut ihr "näher liegenden" Übermittlung ihrer E-Mail an die Foffa Conrad "im Zusammenhang mit einer Arbeitsgemeinschaft" sinngemäss nicht für erstellt, dass sie die Offerte im Fall Nr. 6 wie sonst "aus Gefälligkeit" an die Foffa Conrad übermittelt hat, um ihr das Einreichen eines (eigenen) höheren Angebots als jenes der Beschwerdeführerin zu ermöglichen. Insofern bestreitet die Beschwerdeführerin vorliegend einen Sachverhaltsverlauf im Sinne des sonst eingeräumten, jeweils "exakt gleichen" Grundmusters (E. 6.7.1.3 Bst. f).

#### **E. 6.7.2.17**

Dieser Argumentation der Beschwerdeführerin kann nicht gefolgt werden. Zwar liegt es auf der Hand, dass potentielle Mitglieder einer Arbeitsgemeinschaft (nachfolgend auch: ARGE) etwa im Zusammenhang mit der Abklärung, ob eine Zusammenarbeit im Rahmen einer ARGE aus betriebs- und volkswirtschaftlicher Sicht sinnvoll ist, nicht darum herumkommen, zumindest gewisse an sich vertrauliche Informationen preiszugeben (vgl. Urteil des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018 E. 7.7.5.21 Bst. e, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Granella).

B-5172/2019 Seite 95

#### **E. 6.7.2.18**

Von Unternehmen, welche sich – wie vorliegend (sinngemäss) die Beschwerdeführerin – darauf berufen, sensible Geschäftsgeheimnisse bzw. Preisinformationen betreffend einem Bauprojekt mit Wettbewerbern ausgetauscht zu haben, um aus einem gesamtwirtschaftlich zweckmässigen und kaufmännisch vernünftigen Grund eine ARGE zu bilden und der Bauherrschaft gemeinsam mit den ARGE-Partnern ein optimiertes Angebot zu unterbreiten, ist aber zu erwarten, dass sie diese Vorgehensweise bzw. den (allein ihnen bekannten) unternehmerischen Hintergrund der angestrebten Kooperation gegenüber den Wettbewerbsbehörden gegebenenfalls (auch unaufgefordert) nachvollziehbar erläutern und stichhaltig dokumentieren.

#### **E. 6.7.2.19**

Diese Obliegenheit bildet ohne Weiteres Bestandteil der Mitwirkungspflicht der Parteien nach Art. 13 VwVG, welche den Untersuchungsgrundsatz einschränkt und sich insbesondere auf Tatsachen erstreckt, die eine Partei besser kennt als die Behörden und die

diese ohne Mitwirkung der Betroffenen gar nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erheben können (vgl. BGE 143 II 425 E. 5.1, m.H.; Urteil des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018 E. 7.4.1, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Granelle, m.w.H.).

#### **E. 6.7.2.20**

Die vorliegenden – bis heute unsubstantiiert gebliebenen und vagen – Hinweise der beiden befragten Unternehmensvertreter (E. 6.7.2.3 Bst. d und f) auf einen allenfalls denkbaren Zusammenhang der beschlagnahmten Offerte mit der Bildung einer Arbeitsgemeinschaft – auf welche sich die Beschwerdeführerin beruft – erfüllen diese Anforderungen an die nachvollziehbare Erläuterung und stichhaltige Dokumentation (E. 6.7.2.17 ff.) einer angerufenen, kartellrechtlich angeblich unproblematischen, Kooperation im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft augenscheinlich nicht.

#### **E. 6.7.2.21**

Die Verteidigung der Beschwerdeführerin bzw. die herangezogenen Aussagen der beiden Unternehmensvertreter finden auch in der objektiven Aktenlage keinen Rückhalt. Denn die Akten beinhalten weder ein Angebot einer Arbeitsgemeinschaft bestehend aus der Beschwerdeführerin und der G6. \_\_\_\_\_ – welche nach der Aussage des Verwaltungsratspräsidenten und Geschäftsführers der Beschwerdeführerin "in einem zweiten Schritt nach der Offertöffnung" entstanden sein soll [E. 6.7.2.3 Bst. f)] – noch sonstige Anhaltspunkte für eine solche Kooperation. Zudem vermag die Beschwerdeführerin nicht zu erklären, warum sie die Offerte an die

B-5172/2019 Seite 96 Foffa Conrad übermittelt hat, welche an der angeblichen Arbeitsgemeinschaft überhaupt nicht beteiligt gewesen sein soll.

#### **E. 6.7.2.22**

Im Gegensatz dazu wird die Korrektheit der vorinstanzlichen Einschätzung namentlich durch den – aktenmässig belegten – zeitlichen Ablauf bestärkt. Dieser zeigt, dass die Foffa Conrad ihr Angebot am (...) 2011 bei der Bauherrschaft eingereicht hat (E. 6.7.2.1), also einen Tag nach dem Erhalt der Offerte der Beschwerdeführerin als Anhang zur E-Mail vom (...) 2011 und wenige Tage, nachdem die Beschwerdeführerin der Bauherrschaft (am [...] 2011) ihr eigenes Angebot (allein) eingereicht hatte (E. 6.7.2.1).

#### **E. 6.7.2.23**

Zusammenfassend ist kein nachvollziehbarer Hinweis ersichtlich, dass die Offerte "O(...)" im Zusammenhang mit der Bildung einer Arbeitsgemeinschaft zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad stehen könnte. Ernsthafte Zweifel am Vorliegen des von der Vorinstanz als erwiesen erachteten Sachverhalts ergeben sich nicht. Weder die Aussagen des Kalkulators der Selbstanzeigerin gegenüber den Wettbewerbsbehörden (E. 6.7.2.3 Bst. d) noch die weiteren gerügten, angeblichen Widersprüchlichkeiten vermögen solche Zweifel hervorzurufen.

#### **E. 6.7.2.24**

Dies gilt erst recht, da sich die pauschalen Vorbehalte der Beschwerdeführerin gegenüber der Verlässlich- bzw. Glaubhaftigkeit der Selbstanzeigerin Foffa Conrad sowie ihre allgemeine Kritik am kartellrechtlichen Bonussystem als nicht stichhaltig erwiesen haben (E. 6.7.1.28 ff.). Im Kontext des vorliegenden Falles bringt die Beschwerdeführerin nichts vor, was über das diesbezüglich bereits ausführlich Abgehandelte hinausgeht. Des

Weiteren ist auch an dieser Stelle auf den andernorts beschriebenen und gewürdigten Widerspruch im Aussageverhalten der Beschwerdeführerin zum "Ablauf der von ihnen genannten Absprachen" anlässlich der Anhörung vom 13. Mai 2019 hinzuweisen. Die dortigen Überlegungen (E. 6.7.1.32 f.; E. 6.7.2.3 Bst. g) gelten auch für den vorliegenden Fall.

#### **E. 6.7.2.25**

Unter Würdigung aller Umstände hat das Bundesverwaltungsgericht in Übereinstimmung mit der Einschätzung der Vorinstanz keine Zweifel daran, dass sich die Beschwerdeführerin auch im Fall Nr. 6 nach dem von ihr beschriebenen "exakt gleichen Ablauf" (E. 6.7.1.3 Bst. f, vgl. auch E. 6.6.1.2) verhalten und der Foffa Conrad nach einem vorgängigen Kontakt ihre Offerte (per E-Mail vom [...] 2011) zur Verfügung gestellt hat, damit diese eine höhere Offerte als die Beschwerdeführerin einreichen konnte.

B-5172/2019 Seite 97 Die Argumentation der Beschwerdeführerin, dass es der Vorinstanz im Fall Nr. 6 gestützt auf die vorliegende Beweislage nicht gelungen sei, den vorgeworfenen Kontakt zwischen der Foffa Conrad und der Beschwerdeführerin mit anschliessender Übermittlung der Offerte der Beschwerdeführerin an die Foffa Conrad nachzuweisen, wird als nicht stichhaltige Schutzbehauptung zurückgewiesen.

#### **E. 6.7.2.26**

Dabei ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz in Bezug auf die Frage der Übermittlung der Offerte im geltend gemachten Zusammenhang einer Arbeitsgemeinschaft keine weiteren Sachverhaltsermittlungen vorgenommen hat. Nach dem Dargelegten wäre in erster Linie die Beschwerdeführerin selbst in der Lage und aufgrund ihrer Mitwirkungspflicht auch verpflichtet gewesen, den Wettbewerbsbehörden zum Hintergrund der angeblichen Arbeitsgemeinschaft schlüssigere Angaben zu machen (E. 6.7.2.17 ff.). Dass sie dies nicht getan hat, belegt die Unbegründetheit ihrer Argumentation.

#### **E. 6.7.2.27**

Damit hat die Vorinstanz die Kontaktaufnahme zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad einschliesslich die anschliessende Übermittlung der Offerte der Beschwerdeführerin an die Foffa Conrad auch im Fall Nr. 6 zu Recht als (mit dem Überzeugungsbeweis) erstellt erachtet. Die Rüge, die Vorinstanz verletze mit ihrer Schlussfolgerung die Grundsätze des Beweisrechtes, ist unbegründet.

#### **E. 6.7.2.28**

Somit gilt es weiter zu prüfen, ob bei dieser Sachlage mit der Vorinstanz von einem gemeinsamen Willen der beiden Parteien zur Koordination der Angebote (bzw. einer Abstimmung im Sinne eines Einverständnisses über das Eingabeverhalten) auszugehen ist (E.6.6.2.5).

#### **E. 6.7.2.29**

Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, ist mit Hinweis auf das bereits unter Fall Nr. 5 Ausgeführte im Ergebnis haltlos. Es wird auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen, welche aufgrund der gleichen Sachlage und identischen Argumentation auch für den vorliegenden Fall Geltung haben (E. 6.7.1.37 ff., insbes. E. 6.7.1.40 ff.). Auch vorliegend bestehen keine Zweifel, dass die Beschwerdeführerin und die Foffa Conrad die

Ungewissheit über ihr zukünftiges Verhalten im Vergabewettbewerb um das Bauprojekt im Fall Nr. 6 gemeinsam beseitigt haben.

B-5172/2019 Seite 98

### **E. 6.7.2.30**

Zusammenfassend ist somit mit der Vorinstanz auch im Fall Nr. 6 von einem gemeinsamen Willen beider Parteien zur Koordination der Angebote (bzw. einer Abstimmung im Sinne eines Einvernehmens über das Eingabeverhalten) auszugehen. Die Beweisanforderungen des Überzeugungsbeweises sind erfüllt. 6.7.2.31 Insgesamt ist das Beweisresultat der Vorinstanz im Fall Nr. 6 deshalb zu bestätigen. Die Vorinstanz hält es gestützt auf die vorliegende Aktenlage zu Recht für erwiesen, dass zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad im Zuge einer vorgängigen Kontaktaufnahme mit anschließender Übermittlung der Offerte der Beschwerdeführerin an die Foffa Conrad ein natürlicher Konsens zustande gekommen ist, ihre beiden Angebote für das Bauprojekt zu koordinieren. Auch bestehen keine Zweifel daran, dass die Foffa Conrad der Bauherrschaft im Fall Nr. 6 gemäss ihrem Einvernehmen über das Eingabeverhalten ein höheres Angebot als die Beschwerdeführerin einreichen wird.

B-5172/2019 Seite 99

### **E. 6.7.3**

Fall Nr. 9: (...), (...) (2011, Hochbau)

#### **E. 6.7.3.1**

Dieser Fall betrifft gleichzeitig die beiden privaten Hochbauprojekte D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_. Zur Abklärung der Sachlage wandte sich die Vorinstanz mit einem Auskunftsbegehren an den Architekten und Vertreter der beiden Bauherren. Laut dessen Angaben sind beim Bauprojekt D.\_\_\_\_\_ die folgenden Angebote eingegangen (Verfügung, Rz. 167; Vorinstanz, act. 65 [22-0459]): Unternehmen Offertsumme (inkl. MWST) P. Lenatti, (...) Fr. (...) G4.\_\_\_\_\_ Fr. (...) G3.\_\_\_\_\_ Fr. (...) Foffa Conrad, (...) Fr. (...) Beschwerdeführerin Fr. (...)

Betreffend den Verlauf des Projekts E.\_\_\_\_\_ beschränkt sich die Antwort des Architekten auf den Hinweis, dass die Angebote von D.\_\_\_\_\_ "übernommen worden" seien (Verfügung, Rz. 168; Vorinstanz, act. 65 [22-0459]). Unstrittig ist, dass der Zuschlag in beiden Projekten nach Verhandlungen an die G4.\_\_\_\_\_ ging. Der Zuschlagspreis habe schliesslich Fr. (...) für D.\_\_\_\_\_ und Fr. (...) für E.\_\_\_\_\_ betragen, wobei der Umfang von D.\_\_\_\_\_ verringert worden sei. Weiter weist die angefochtene Verfügung gestützt auf die Auskunft des Architekten darauf hin, dass sich die P. Lenatti und die G3.\_\_\_\_\_ im Verlauf der Ausschreibung zurückgezogen hätten (Verfügung, Rz. 168; Antworten auf Fragen 3c, 6-9).

B-5172/2019 Seite 100

#### **E. 6.7.3.2**

Die Vorinstanz bezeichnet es auch betreffend die beiden Bauprojekte von Fall Nr. 9 als erwiesen, dass zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad (im Zuge von entsprechenden Kontaktaufnahmen mit anschließender Übermittlung der Offerte der Beschwerdeführerin an die Foffa Conrad) ein (natürlicher) Konsens zustande gekommen ist, ihre Angebote zu koordinieren (Verfügung, Rz. 171, 174). Laut der Vorinstanz lässt sich

bei diesen Projekten allerdings nicht mit hinreichender Bestimmtheit eruieren, "ob bzw. bei welchem Unternehmen hierdurch die Chancen auf die Zuschlagserteilung hätten aufrechterhalten werden sollen" (Verfügung, Rz. 171). Mit anderen Worten bezeichnet es die Vorinstanz im Fall Nr. 9 als "unklar, ob bzw. welches Unternehmen durch die Abrede hätte 'geschützt' werden sollen" bzw. "welchem Unternehmen welche Rolle im Rahmen der Angebotskoordination zugeordnet worden" sei (vgl. Verfügung, Rz. 170, 368, 371). Konkret gab es gemäss dem Beweisergebnis der Vorinstanz zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad im Fall Nr. 9 zwar "eine preisliche Angebotskoordinierung", dies aber "ohne festzulegen, welches Angebot höher ausfallen sollte" (Verfügung, Rz. 172, 174, 202, Lemma 3).

### **E. 6.7.3.3**

Mit Bezug auf dieses Beweisresultat sind die folgenden Beweismittel relevant: a) Selbstanzeige der Foffa Conrad – schriftliche Ergänzung vom 30. November 2012 Die Selbstanzeigerin kennzeichnete die beiden Bauprojekte von Fall Nr. 9 in ihrer Tabelle vom 30. November 2012 (E. 6.7.1.3 Bst. a) je mit einem Kreuz als abgesprochen (Vorinstanz, act. IX C.24 [25-0039], S. 42). b) Selbstanzeige der Foffa Conrad – schriftliche Ergänzung vom 1. Februar 2013 Mit ihrer schriftlichen Ergänzung vom 1. Februar 2013 (E. 6.7.1.3 Bst. c) bestätigte die Selbstanzeigerin ihre Angaben mit Bezug auf die am 30. November 2012 als abgesprochen gemeldeten Projekte. Auch betreffend Fall Nr. 9 merkte die Selbstanzeigerin an, dass die E-Mail der Beschwerdeführerin gelöscht worden sei (Vorinstanz, act. IX C.35 [25-0039], S. 5).

B-5172/2019 Seite 101 c) Selbstanzeige der Foffa Conrad – mündliche Ergänzung vom 27. Oktober 2015 (Befragung Verwaltungsratspräsident / Geschäftsführer) Im Rahmen seiner Befragung am 27. Oktober 2015 durch das Sekretariat (E. 6.7.1.3 Bst. d) sagte der Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer der Selbstanzeigerin mit Bezug auf den Fall Nr. 9 Folgendes aus (Vorinstanz, act. IX C. 61 [25-0039], Zeilen 605 f.): "Beim Bauprojekt [D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_], [...] ist es das Gleiche. Auch dort haben wir aufgrund der Absprache höher eingegeben als die [Beschwerdeführerin]." Anschliessend verneinte der Befragte die Frage, ob er Zweifel an der im Fall Nr. 9 gemeldeten Absprache habe (Vorinstanz, act. IX C.61 [25-0039], Zeile 610). Weiter nannte er bezüglich beiden Bauprojekten die Namen der Bauherren (Vorinstanz, act. IX C.61 [25-0039], Zeile 614-616). d) Parteieinvernahme der Beschwerdeführerin vom 14. März 2016 Anlässlich der Parteieinvernahme vom 14. März 2016 (E. 6.7.1.3 Bst. e) befragte das Sekretariat den Geschäftsführer und Verwaltungsratspräsidenten der Beschwerdeführerin auch zum möglichen Wettbewerbsverstoss im Fall Nr. 9 (Vorinstanz, act. 18 [22-0459]). Wie erwähnt (E. 6.7.1.3 Bst. e [Fall Nr. 5]) stellt die Beschwerdeführerin den Verfahrensantrag, das Protokoll dieser Einvernahme sei aus dem Recht zu weisen. Diesbezüglich wird auf das bereits Dargelegte verwiesen (E. 6.7.1.3 Bst. e [Fall Nr. 5], vgl. auch nachfolgend E. 6.7.3.13). e) Anhörung der Beschwerdeführerin am 13. Mai 2019 Schliesslich sind die ergänzenden Ausführungen des Verwaltungsratspräsidenten und Geschäftsführers der Beschwerdeführerin anlässlich der Anhörung durch die Vorinstanz am 13. Mai 2019 (E. 6.7.1.3 Bst. f) zu beachten.

B-5172/2019 Seite 102

### **E. 6.7.3.4**

Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz auch im Fall Nr. 9 eine unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts vor. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz basiere erneut auf einer sehr dürftigen Beweislage, welche einzig aus der Aussage der Foffa Conrad sowie der Aussage der Beschwerdeführerin bestehe, und bei der nicht einmal klar sei, ob überhaupt ein Kontakt zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad stattgefunden habe (so ausdrücklich Replik, Rz. 109). Dass zwischen den beiden Parteien ein natürlicher Konsens zustande gekommen sei, ihre Angebote zu koordinieren, lasse sich aus der mangelhaften Beweislage nicht ableiten. Auch in diesem Fall kritisiert die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz einseitig auf die Aussagen der Selbstanzeigerin Foffa Conrad abstelle, ohne deren Aussagen kritisch genug geprüft zu haben. Konkret beruft sich die Beschwerdeführerin auf die Aussage des Verwaltungsratspräsidenten und Geschäftsführers der Selbstanzeigerin an der Befragung am 27. Oktober 2015, wo dieser erklärte, aufgrund der Absprache auch bei den beiden Bauprojekten D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ ein höheres Angebot als die Beschwerdeführerin eingegeben zu haben. Dies treffe aber gerade nicht zu, habe die Selbstanzeigerin beim Bauprojekt D.\_\_\_\_\_ (mit Fr. [...]) doch eine tiefere Offerte als die Beschwerdeführerin (mit Fr. [...]) eingegeben. Die Aussage des Verwaltungsratspräsidenten und Geschäftsführers der Selbstanzeigerin an der Befragung am 27. Oktober 2015 sei offensichtlich falsch. Aufgrund einer solchen Aussage, welche im Rahmen einer Selbstanzeige abgegeben worden sei und als einziges Beweismittel dienen solle, lasse sich keine Absprache beweisen. Die Vorinstanz gehe darauf nicht ein. Sie hätte den Verwaltungsratspräsidenten und Geschäftsführer der Selbstanzeigerin mit diesem Widerspruch konfrontieren und hier weiter nachfragen müssen. Die Vorinstanz habe für diesen Vorwurf keine Erklärung. Weitere Beweismittel, die das Vorhandensein einer Absprache beweisen würden, lägen nicht vor (vgl. zum Ganzen: Beschwerde, Rz. 194 ff.; Replik, Rz. 57 Bst. a, b und c).

B-5172/2019 Seite 103

#### **E. 6.7.3.5**

Die Vorinstanz weist den Vorwurf der unrichtigen Sachverhaltsfeststellung im Fall Nr. 9 zurück. Sie sei von der Richtigkeit der Aussagen des Verwaltungsratspräsidenten und Geschäftsführers der Selbstanzeigerin überzeugt, "was die Angebotskoordination angeht". Es liege auch in diesem Fall ein klares, mehrfach bekräftigtes und bis heute nicht widerrufenes Geständnis der Selbstanzeigerin vor. Anzeichen, dass sich diese fälschlicherweise selber und damit auch die Beschwerdeführerin belastet habe, seien auch hier nicht ersichtlich. Eine heikle "Aussage-gegen-Aussage-Konstellation", welche konkrete, unüberwindbare Zweifel am Geständnis aufkommen lassen könnte, sei nicht gegeben. Zwar sei die Aussage des Verwaltungsratspräsidenten und Geschäftsführers der Selbstanzeigerin, dass die Selbstanzeigerin ein höheres Angebot als die Beschwerdeführerin habe einreichen sollen, vor dem Hintergrund des beim Bauprojekt D.\_\_\_\_\_ tatsächlich leicht tieferen Angebots der Selbstanzeigerin zu relativieren. Es bestünden gestützt auf die Auskunft der Selbstanzeigerin aber keine vernünftigen Zweifel daran, dass zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad bei beiden Bauprojekten ein Konsens zustande gekommen sei, ihre Angebote zu koordinieren. Die Einwände der Beschwerdeführerin überzeugten nicht. Ihr Vorwurf, dass die Vorinstanz bei der Selbstanzeigerin kritischer hätte nachfragen müssen, sei unbegründet. Denn die Vorinstanz habe an der Befragung vom 27. Oktober 2015 beim Verwaltungsratspräsidenten und Geschäftsführer der Selbstanzeigerin

explizit nachgefragt, warum er von einer Absprache ausgehe und ob er irgendwelche Zweifel am Vorliegen einer Absprache habe. Insofern habe sich die Vorinstanz auch in diesem Fall nicht einfach unkritisch auf die Selbstanzeige gestützt, sondern die Glaubhaftigkeit der Sachverhaltsschilderung ebenfalls überprüft (vgl. zum Ganzen: Verfügung, Rz. 170, 171; Vernehmlassung, Rz. 62).

B-5172/2019 Seite 104

#### **E. 6.7.3.6**

Das von der Vorinstanz im Fall Nr. 9 selbst relativierte Beweisergebnis (E. 6.7.3.2) ändert nichts daran, dass in tatsächlicher Hinsicht auch hier mit dem Beweismass des ordentlichen Überzeugungsbeweises zu prüfen ist, ob (1) die Beschwerdeführerin der Foffa Conrad ihre vorgerechnete Offerte nach einem vorgängigen Kontakt zugestellt hat und ob (2) gegebenenfalls von einem gemeinsamen Willen der beiden Parteien zur Angebotskoordination (bzw. einer Abstimmung im Sinne eines Einvernehmens über das Eingabeverhalten) auszugehen ist (E. 6.6.2.4 f.; E. 6.7.1.7). Diese Fragen sind mit Bezug auf beide Vergaben (D. \_\_\_\_\_ und E. \_\_\_\_\_) zu beantworten.

#### **E. 6.7.3.7**

Zunächst präsentiert sich die beweismässige Ausgangslage im Fall Nr. 9 grundsätzlich vergleichbar wie in den Fällen Nr. 5 und Nr. 6: Die Selbstanzeigerin Foffa Conrad meldete den Wettbewerbsbehörden die Ausschreibung der beiden Bauprojekte als abgesprochen, worauf sie ihre Auskunft mit dem Hinweis bestätigte, dass sie über keinen untermauerten Beleg verfüge ("E-Mail der Beschwerdeführerin gelöscht", E. 6.7.3.3 Bst. a und b). Ebenso bekräftigte der Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer der Selbstanzeigerin, keine Zweifel an den im Fall Nr. 9 gemeldeten Absprachen zu haben (E. 6.7.3.3 Bst. c).

#### **E. 6.7.3.8**

Im Gegensatz zu den Fällen Nr. 5 und Nr. 6 bleibt der rechtserhebliche Sachverhalt hinsichtlich der Vergaben D. \_\_\_\_\_ und E. \_\_\_\_\_ aber in mehrfacher Hinsicht unklar. Grundlegende Unklarheiten ergeben sich vorab aus dem Umstand, dass die Vorinstanz darauf verzichtet hat, den Verlauf der beiden Vergabewettbewerbe separat darzustellen. Vielmehr geht die angefochtene Verfügung gestützt auf den oben erwähnten Hinweis des Architekten, dass die Angebote von D. \_\_\_\_\_ "übernommen worden" seien (E. 6.7.3.1), in starker Vereinfachung von einem identischen Verlauf der beiden Vergabewettbewerbe aus. Dies ist mit Blick auf die gebene Untersuchungspflicht ungenügend und widerspricht vor allem auch der übrigen Aktenlage. Danach gibt die Foffa Conrad der Vorinstanz ausdrücklicherweise an, sie habe die beiden Projekte zu je unterschiedlichen Preisen offeriert (D. \_\_\_\_\_ zu Fr. (...) und E. \_\_\_\_\_ zu Fr. (...); Vorinstanz, act. IX.C.24 [25-0039], S. 42). Da stichhaltige Belege fehlen, ist unklar, wie es sich mit den Offerteingaben im Projekt E. \_\_\_\_\_ tatsächlich verhält.

B-5172/2019 Seite 105

#### **E. 6.7.3.9**

Weiter betont die Beschwerdeführerin zu Recht, dass die Aussage des Verwaltungsratspräsidenten und Geschäftsführers der Selbstanzeigerin an der Befragung vom 27. Oktober 2015, die Selbstanzeigerin habe aufgrund der Absprache mit der Beschwerdeführerin bei beiden Bauprojekten eine "höhere" Offerte als die

Beschwerdeführerin eingegeben (E. 6.7.3.3 Bst. c), der Darstellung in der angefochtenen Verfügung widerspricht. Da- nach reichte die Selbstanzeigerin beim Bauprojekt D.\_\_\_\_\_ mit Fr. (...) eine tiefere Offerte als die Beschwerdeführerin (Fr. [...]) ein (E. 6.7.3.1; Verfügung, Rz. 167).

#### **E. 6.7.3.10**

Während die Vorinstanz die unbefriedigende Situation hinsichtlich der Offerteingaben im Bauprojekt E.\_\_\_\_\_ nicht erwähnt, räumt sie den Widerspruch in der Aussage des Verwaltungsratspräsidenten und Ge- schäftsführers der Selbstanzeigerin an der Befragung vom 27. Oktober 2015 zur Rangliste der Angebote im Bauprojekt D.\_\_\_\_\_ ein. Allerdings ist die Vorinstanz auch dieser Unklarheit unstrittig nicht nachgegangen. Ih- rer Argumentation (E. 6.7.3.5) ist entgegenzuhalten, dass die Auskunft der Selbstanzeigerin zu beiden Bauprojekten aufgrund des ungeklärt gebliebe- nen Widerspruchs deutlich an Gewicht verliert. Der Beschwerdeführerin ist hier zuzustimmen, dass die Vorinstanz die entsprechende Aussage nicht kritisch genug geprüft hat. Die Vorinstanz hätte den Verwaltungsratspräsi- denten und Geschäftsführer der Selbstanzeigerin zusätzlich zu den gestell- ten Fragen mit dem genannten Widerspruch konfrontieren müssen, um die aufgekomenen Zweifel zu klären. Unter den gegebenen Umständen ist die Verlässlichkeit der Auskunft der Selbstanzeigerin zu Fall Nr. 9 reduziert.

#### **E. 6.7.3.11**

Somit liegt im Fall Nr. 9 als Beweismittel einzig die – in ihrer Be- weiskraft reduzierte – Auskunft der Selbstanzeigerin Foffa Conrad vor, wel- che durch kein weiteres Beweismittel untermauert und von der Beschwer- deführerin bestritten wird. Dazu kommen weitere grundlegende Unklarhei- ten hinsichtlich der Offerteingaben im nur oberflächlich behandelten Bau- projekt E.\_\_\_\_\_. Zwar verstrickt sich auch die Beschwerdeführerin in eine Widersprüchlichkeit, indem ihr Verwaltungsratspräsident anlässlich der Anhörung vom 13. Mai 2019 auf den "bei allen 8 Objekten exakt glei- chen Ablauf" verweist (E. 6.7.1.32 f., 6.7.3.3 Bst. e). Insgesamt kann ange- sichts der beschriebenen Widersprüche und der dürftigen Beweislage aber nicht zweifelsfrei darauf geschlossen werden, dass auch die Vergaben D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ im Sinne dieses Grundmusters verlaufen sein müssen.

B-5172/2019 Seite 106

#### **E. 6.7.3.12**

Dies bedeutet gleichzeitig, dass auch die Frage, ob die Beschwer- deführerin der Foffa Conrad ihre vorgerechnete Offerte in den Bauprojek- ten D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ nach einem vorgängigen Kontakt jeweils erwiesenermassen zugestellt hat, mit Bezug auf beide Bauprojekte ver- neint werden muss. Das Beweismass des ordentlichen Überzeugungsbe- weises wird diesbezüglich in beiden Fällen nicht im erforderlichen Ausmass erreicht. Damit besteht bei beiden Bauprojekten von vornherein kein Raum, der es erlauben würde, die zweite Frage zu bejahen, nämlich, ob gegebenenfalls von einem gemeinsamen Willen der beiden Parteien zur Angebotskoordination (bzw. einer Abstimmung im Sinne eines Einverneh- mens über das Eingabeverhalten) auszugehen ist (E. 6.7.3.6). Mangels er- wiesenem Kontakt zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad mit anschliessendem Austausch der Offerten kann auch darauf nicht mit der erforderlichen Überzeugung geschlossen werden.

### **E. 6.7.3.13**

Abgesehen davon ist ohnehin unklar, welches preisliche Element die von der Vorinstanz (zu Unrecht) als erwiesen bezeichnete "preisliche Angebotskoordinierung" überhaupt hätte beinhalten sollen, wenn die entsprechende Angebotskoordination im Sinne der vorinstanzlichen Darstellung (E. 6.7.3.2) keine Festlegung beinhaltet hat, "welches Angebot höher ausfallen sollte". Auch vor diesem Hintergrund überzeugt das Beweisergebnis der Vorinstanz im Fall Nr. 9 nicht. Beweiserhebungen, durch welche der rechtserhebliche Sachverhalt betreffend die beiden privaten Hochbauprojekte aus dem Jahr 2011 nachträglich in einem befriedigenden Ausmass aufgeklärt werden könnte, sind nicht ersichtlich. Eine ergänzende Befragung der Selbstanzeigerin lässt aus heutiger Sicht keine wesentlich neuen Erkenntnisse erwarten.

### **E. 6.7.3.14**

Insgesamt kann das Beweisresultat der Vorinstanz im Fall Nr. 9 somit nicht bestätigt werden. Aufgrund der gegebenen Beweislage verbleiben dem Bundesverwaltungsgericht erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel, dass zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad im Zuge von entsprechenden Kontaktaufnahmen mit anschliessender Übermittlung der Offerte der Beschwerdeführerin an die Foffa Conrad ein natürlicher Konsens zustande gekommen ist, ihre Angebote in den beiden Bauprojekten D. \_\_\_\_\_ und E. \_\_\_\_\_ zu koordinieren. Auch eine "preisliche Angebotskoordinierung, ohne festzulegen, welches Angebot höher ausfallen sollte" kann der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit Fall Nr. 9 nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden. Der Wettbewerbsverstoss, welchen die Vorinstanz der Beschwerdeführerin im Fall Nr. 9 vorwirft, hat im Folgenden daher unberücksichtigt zu bleiben.

B-5172/2019 Seite 107

## **E. 6.8**

Überprüfung Beweislage Fälle Nr. 1 – 4, Nr. 7, 8 und 10 ("teilweise bestritten")

### **E. 6.8.1**

Somit ist nachfolgend die Rechtmässigkeit der vorinstanzlichen Beweislage in den Fällen Nr. 1-4, Nr. 7, Nr. 8 und Nr. 10 zu prüfen. Bei diesen nur "teilweise bestrittenen" Fällen räumt die Beschwerdeführerin wie erwähnt (E. 6.6.1.2) ein, dass die der Beschwerdeführerin vorgeworfenen Kontaktaufnahmen bzw. E-Mail-Korrespondenzen stattgefunden haben und die Beschwerdeführerin ihre Offerte der Foffa Conrad sowie der P. Lenatti (Fall Nr. 3) jeweils zukommen liess.

### **E. 6.8.2**

Eine Veranlassung, diese Eingeständnisse der Beschwerdeführerin anzuzweifeln, besteht nicht. Die Kontaktaufnahmen und Übermittlungen der jeweiligen Offerte der Beschwerdeführerin an die Wettbewerberin in den Fällen Nr. 1-4, Nr. 7, Nr. 8 und Nr. 10 sind daher als rechtsgenügend erstellt zu betrachten. Dies gilt namentlich auch für den Fall Nr. 3, bei welchem die Beschwerdeführerin ihre Offerte anerkanntermassen ausser an die Foffa Conrad auch an die P. Lenatti übermittelt hat (Beschwerde, Rz. 81, 85). Der Begleittext der entsprechenden E-Mail der Beschwerdeführerin vom 3. Oktober 2008 an die beiden Konkurrentinnen ist unmissverständlich. Er lautet wie folgt (Vorinstanz, act. III. C.001, [22-0433], S. 6; Vorinstanz, act. IX.C.035 [25-0039], S. 15 f.): "Hallo [Vorname Mitarbeiter P. Lenatti] und [Vorname Mitarbeiter Foffa Conrad] Beiliegend meine Offerte

mit Berücksichtigung der [Name Region] Konkurrenz rel-scharf gerechneten Preisen. Ich bitte Euch um Anhebung Eurer Offerte um 5 – 10%.

Gruss und Dank [sig. Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer der Beschwerdeführerin]"

### **E. 6.8.3**

Wie bereits ausgeführt (E. 6.6.2.6), bleibt bei den Fällen Nr. 1-4, Nr. 7, Nr. 8 und Nr. 10 damit nur noch zu prüfen, ob die Vorinstanz das Vorliegen eines natürlichen Konsenses bezüglich einer Angebotskoordinierung zu Recht als rechtsgenügend nachgewiesen erachtet hat.

B-5172/2019 Seite 108

### **E. 6.8.4**

Die Beschwerdeführerin bestreitet dies auch in diesen Fällen selbst dann, wenn wie vorliegend feststeht, dass die Beschwerdeführerin ihre Offerte der Foffa Conrad und der P. Lenatti (Fall Nr. 3) jeweils erwiesenermassen zur Verfügung gestellt hat. Was die strittige Angebotskoordination mit der Foffa Conrad in diesen Fällen betrifft, bringt die Beschwerdeführerin nichts Neues vor, sondern wiederholt auch diesbezüglich ihren bereits an anderer Stelle zusammengefassten Standpunkt (vgl. E. 6.6.1.3; E. 6.7.1.37 f.; E. 6.7.2.28 f.). Eine ergänzende Kritik trägt die Beschwerdeführerin lediglich gegen die ihr im Fall Nr. 3 vorgeworfene Angebotskoordination (auch) mit der P. Lenatti vor. Diesbezüglich macht die Beschwerdeführerin geltend, die P. Lenatti habe von der oben erwähnten E-Mail der Beschwerdeführerin vom 3. Oktober 2008 (E. 6.8.2) und somit vom Offertpreis der Beschwerdeführerin keine Kenntnis gehabt. Darauf sei zu schliessen, weil die P. Lenatti im Fall Nr. 3 im Vergleich zur Beschwerdeführerin eine rund 50% höhere Offerte eingegeben habe. Es sei davon auszugehen, dass die E-Mail der Beschwerdeführerin vom 3. Oktober 2008 beim Mitarbeiter der P. Lenatti nicht angekommen, im Spam-E-Mail-Ordner gelandet oder von diesem übersehen worden sei. Unter diesen Umständen könne nicht auf einen Konsens zwischen der Beschwerdeführerin und der P. Lenatti über eine koordinierte Offerteingabe geschlossen werden (Beschwerde, Rz. 88 ff.).

### **E. 6.8.5**

Die Vorinstanz hält mit Verweis auf die angefochtene Verfügung und die sich wiederholende Argumentation der Beschwerdeführerin an ihren Beweisresultaten in den Fällen Nr. 1-4, Nr. 7, Nr. 8 und Nr. 10 fest (Vernehmlassung, Rz. 37 ff., 55 ff.).

### **E. 6.8.6**

Die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts unter Fall Nr. 5 zum Vorliegen einer Angebotskoordination bei erwiesener Übermittlung der Offerte der Beschwerdeführerin an die Wettbewerberin (E. 6.7.1.37 ff., insbesondere E. 6.7.1.40 ff.) haben auch für die hier zu erfolgende Prüfung der Beweislage in den Fällen Nr. 1-4, Nr. 7, Nr. 8 und Nr. 10 Geltung. Angesichts der gleichen Sachlage und identischen Argumentation der Beschwerdeführerin erweist sich ihr Standpunkt auch in diesem Zusammenhang als haltlos. Es ist kein Grund ersichtlich, der es nahelegen würde anzuzweifeln, dass die Beschwerdeführerin und die Foffa Conrad die Ungewissheit über ihr zukünftiges Verhalten auch in diesen Fällen im Sinne des vorinstanzlichen Vorwurfs gemeinsam beseitigt haben.

B-5172/2019 Seite 109

### **E. 6.8.7**

Unter diesen Umständen ist auch in den Fällen Nr. 1-4, Nr. 7, Nr. 8 und Nr. 10 von einem gemeinsamen Willen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad zur Koordination der Angebote (bzw. einer Abstimmung im Sinne eines Einvernehmens über das Eingabeverhalten) auszugehen. Die Beweisanforderungen des Überzeugungsbeweises sind auch diesbezüglich erfüllt.

### **E. 6.8.8**

Was das Vorliegen eines natürlichen Konsenses auf eine Angebotskoordination zwischen der Beschwerdeführerin und der P. Lenatti im Fall Nr. 3 betrifft, trifft zwar zu, dass das Angebot der P. Lenatti jenes der Beschwerdeführerin deutlich übersteigt (vgl. Vorinstanz, act. III. C.001, [22-0433], S. 6; Vorinstanz, act. IX.C.035 [25-0039], S. 16 [Offertöffnungsprotokoll]; Auflistung der Offertsummen in Verfügung, Rz. 71). Dies ändert aber nichts daran, dass der Versand der E-Mail der Beschwerdeführerin vom 3. Oktober 2008 mit dem Angebot der Beschwerdeführerin im Anhang unmissverständlich darauf abzielte, die P. Lenatti zur Einreichung eines um 5-10% höheren Angebots zu bewegen. Damit wirkte die Beschwerdeführerin auch in diesem Fall im klaren Widerspruch zum Selbständigkeitspostulat bewusst und gewollt mit einer Konkurrentin zusammen. Darauf ist unabhängig davon zu schliessen, dass die P. Lenatti die Aufforderung der Beschwerdeführerin möglicherweise nicht wunschgemäss befolgt oder allenfalls nicht einmal zur Kenntnis genommen hat. Wie es sich damit verhält, ist für die Beurteilung des Verhaltens der Beschwerdeführerin – welches in jedem Fall die Wettbewerbszielsetzung unterläuft – irrelevant. Die ergänzende Kritik der Beschwerdeführerin gegen die ihr im Fall Nr. 3 vorgeworfene Angebotskoordination mit der P. Lenatti ist in diesem Sinne deshalb unbeachtlich.

### **E. 6.8.9**

Insgesamt hält es die Vorinstanz in den Fällen Nr. 1-4, Nr. 7, Nr. 8 und Nr. 10 demnach zu Recht für erwiesen, dass zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad im Zuge einer vorgängigen Kontaktaufnahme mit anschliessender Übermittlung der Offerte der Beschwerdeführerin an die Foffa Conrad ein natürlicher Konsens zustande gekommen ist, ihre Angebote für das jeweilige Bauprojekt zu koordinieren. Auch bestehen keine Zweifel daran, dass die Foffa Conrad der Bauherrschaft in diesen Fällen gemäss ihrem Einvernehmen über das Eingabeverhalten ein höheres Angebot als die Beschwerdeführerin einreichen wird. Im Fall Nr. 3 erweist es sich zusätzlich als erstellt, dass die Beschwerdeführerin (neben der Foffa Conrad) auch bewusst und gewollt mit der P. Lenatti zusammenwirkte, um ihr Angebot auch mit dieser Konkurrentin zu koordinieren.

B-5172/2019 Seite 110

## **E. 6.9**

Ergebnis Wettbewerbsabreden

### **E. 6.9.1**

Zusammenfassend steht gestützt auf die vorstehenden Erwägungen fest, dass der angebliche Wettbewerbsverstoss der Beschwerdeführerin im Fall Nr. 9 nicht rechtsgenügend nachgewiesen ist (E. 6.7.3.14). Alle übrigen Argumente der Beschwerdeführerin gegen das Vorliegen von Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG (vgl. Übersicht in E. 6.3) sind gemäss dem Dargelegten als unbegründet zurückzuweisen (E. 6.4 ff.). An-

Gesichtspunkte, welche die Darstellung der Vorinstanz in Frage stellen könnten, liegen nicht vor.

### **E. 6.9.2**

Somit stuft die Vorinstanz das erwiesene Verhalten der Beschwerdeführerin in den Fällen Nr. 5 (E. 6.7.1.44), Nr. 6 (E. 6.7.2.31) wie in den Fällen Nr. 1-4, Nr. 7, Nr. 8 und Nr. 10 (E. 6.8.9) im Ergebnis je zutreffend als Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG ein. Im Folgenden ist demnach zu prüfen, ob es sich dabei um unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 KG handelt.

#### 7. Unzulässigkeit der Wettbewerbsabreden

##### 7.1 Grundlagen

##### 7.1.1 Unzulässig sind nach Art. 5 Abs. 1 KG einerseits Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lassen, sowie andererseits Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. In diesem Fall ist eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ausgeschlossen (vgl. Urteil des BGer 2C\_39/2020 vom 3. August 2022 E. 8.1, Diffulivre; BGE 147 II 72 E. 6.1, Hors-Liste Medikamente Pfizer; BGE 143 II 297 E. 4.1, Gaba; BGE 129 II 18 E. 3, Sammelrevers).

##### 7.1.2 Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann zum einen direkt nachgewiesen werden. Sie kann sich zum anderen auch über die vom Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 3 KG aufgelisteten Tatbestände für horizontale bzw. über die von ihm in Art. 5 Abs. 4 KG für vertikale Abreden vorgesehenen Tatbestände ergeben, bei denen vermutet wird, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt wird. Diese gesetzliche Vermutung ist widerlegbar (vgl. Urteil des BGer 2C\_39/2020 vom 3. August 2022 E. 8.2, Diffulivre; BGE 147 II 72 E. 6.1, E. 6.5 Hors-Liste Medikamente Pfizer; BGE 143 II 297 E. 4.1, Gaba).

##### 7.1.3 Nach Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs namentlich bei den folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen: – Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG); – Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG).

##### 7.1.4 Führt die Abrede zu keiner Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, so ist zu prüfen, ob sie den Wettbewerb auf dem relevanten Markt nach Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt und gegebenenfalls durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann (vgl. Urteil des BGer 2C\_39/2020 vom 3. August 2022 E. 8.2, Diffulivre; BGE 143 II 297 E. 5, Gaba).

##### 7.1.5 Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfüllen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich auch das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. Urteil des BGer 2C\_39/2020 vom 3. August 2022 E. 8.3, Diffulivre; BGE 147 II 72 E. 6.5, Hors-Liste Medikamente Pfizer; BGE 144 II 194 E. 4.3.1, BMW; BGE 143 II 297 E. 5.6, Gaba; ZÄCH/HEIZMANN, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 443 ff.). Die Frage, ob ein Vermutungstatbestand (Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG) vorliegt, ist daher nicht nur für die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wichtig, sondern auch für die Frage, ob eine Abrede den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigt (vgl. BGE 147 II 72 E. 6.1, Hors-Liste Medikamente Pfizer).

#### 7.2 Ergebnis der Vorinstanz

Die Vorinstanz qualifiziert alle gemäss dem vorstehenden Zwischenergebnis vorliegenden Wettbewerbsabreden (E. 6.9) als nach Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig. Zusammenfassend bejaht die Vorinstanz je den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG, wobei sie die Wettbewerbsabreden zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa

Conrad in den Fällen Nr. 1-8 und Nr. 10 als horizontale Geschäftspartner- und Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG qualifiziert (Verfügung, Rz. 224). Die Wettbewerbsabrede im Fall Nr. 3 zwischen der Beschwerdeführerin und der P. Lenatti wertet die Vorinstanz einzig als Geschäftspartnerabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG (Verfügung, Rz. 224).

B-5172/2019 Seite 112 In einem Fall – im Fall Nr. 2 – habe die Wettbewerbsabrede zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs geführt (Verfügung, Rz. 204, 215, 224). In allen anderen Fällen erachtet die Vorinstanz die Vermutung von Art. 5 Abs. 3 KG als widerlegt (Verfügung, Rz. 216, 224). Die entsprechenden Abreden qualifiziert die Vorinstanz als unzulässig, da sie den Wettbewerb auf dem relevanten Markt (Bauleistungen im Zusammenhang mit dem jeweiligen Bau- projekt im Engadin sowie allenfalls angrenzenden Gebieten [vgl. B.p]) erheblich beeinträchtigt hätten und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen liessen (Verfügung, Rz. 204, 220, 222 ff.). 7.3 Vorliegen der Vermutungstatbestände (Art. 5 Abs. 3 KG) Im Folgenden wird zunächst geklärt, ob sich die Vorinstanz zu Recht auf das Vorliegen der Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 KG beruft. 7.3.1 Die Vorinstanz begründet ihre Einschätzung (E. 7.2) wie folgt: 7.3.1.1 Vorab handle es sich bei der Beschwerdeführerin, der Foffa Conrad wie der P. Lenatti (Fall Nr. 3) um Unternehmen der gleichen Marktstufe, welche als Anbieter von Hoch- und/oder Tiefbauleistungen ohne die erfolgten Angebotskoordinationen miteinander im Wettbewerb gestanden wären. Die erstellten Wettbewerbsabreden (E. 6.9.2) seien somit horizontale – von Art. 5 Abs. 3 KG grundsätzlich erfasste – Wettbewerbsabreden (Verfügung, Rz. 202, Lemma 1). 7.3.1.2 Auf den Tatbestand der Geschäftspartnerabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG in den Fällen Nr. 1-8 und Nr. 10 schliesst die Vorinstanz, weil die Beschwerdeführerin, die Foffa Conrad und die P. Lenatti (Fall Nr. 3) jeweils festgelegt hätten, "bei welchem Unternehmen die Chancen an der Zuschlagserteilung aufrechterhalten werden sollten". Dies habe unter den Abredeteilnehmern eine Zuordnung von Auftraggebern und Auftraggeberinnen zur Folge gehabt, was den Tatbestand der Geschäftspartnerabrede erfülle (Verfügung, Rz. 202, Lemma 2).

B-5172/2019 Seite 113 7.3.1.3 Weiter wertet die Vorinstanz die Wettbewerbsabreden zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad in den Fällen Nr. 1-8 und Nr. 10 deshalb gleichzeitig auch als Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, weil es der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad in all diesen Fällen erwiesenermassen um eine preisliche Abstimmung ihrer Angebote gegangen sei. Typischerweise hätten sich die beiden Abredeteilnehmern auf den Preis des tieferen Angebots geeinigt und seien übereingekommen, dass das andere Unternehmen einen höheren Preis offeriere (Verfügung, Rz. 202, Lemma 3). 7.3.1.4 Im Unterschied dazu hätten sich die Beschwerdeführerin und die P. Lenatti im Fall Nr. 3 nur dahingehend geeinigt, dass letztere ihr Bietverhalten so habe gestalten sollen, dass eine mögliche Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin nicht gefährdet sei (Verfügung, Rz. 202, Lemma 3). Der Konsens zwischen der Beschwerdeführerin und der P. Lenatti habe im Fall Nr. 3 nicht zwingend auf eine preisliche Abstimmung der Angebote gezielt, sondern hätte auch durch Angebotsverzicht vollzogen werden können (Verfügung, Rz. 202, Lemma 3). Insofern erfülle diese Wettbewerbsabrede den Tatbestand der Preisabrede nicht, sondern lediglich jenen der Geschäftspartnerabrede (Verfügung, Rz. 202, Lemma 3). 7.3.2 Das Bundesverwaltungsgericht folgerte in der Rechtsprechung in Sachen Wettbewerbsabreden

im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau bezüglich der auch hier vorzunehmenden Beurteilung, dass Zuschlagsmanipulationen durch Wettbewerber, welche die freie Entscheidungsfindung der potentiellen Vertragspartner treuwidrig untergraben, bei gleichzeitig gegenseitiger Einigung, wer jeweils das preislich höhere bzw. tiefere Angebot einreichen soll, als Preis- und Geschäftspartnerabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG zu qualifizieren sind (vgl. stellvertretend: Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.2, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Umbricht, bestätigt mit Urteil des BGer 2C\_845/2018 vom 3. August 2020). Jedes Unternehmen hat seine Entscheidungen über die konkrete Ausgestaltung der für die Marktgegenseite massgeblichen Wettbewerbsparameter im Sinne des Selbständigkeitspostulats eigenständig zu treffen, d.h. ohne sich mit einem anderen Unternehmen über diese Ausgestaltung auszutauschen oder zu einigen. Der Preis einer Dienstleistung oder eines Produkts stellt dabei unstrittig ein relevanter Wettbewerbsfaktor und in vielen Branchen das wesentliche Kriterium für eine Auswahlentscheidung der Nachfrager dar (vgl. in diesem Sinne BGE 147 II 72 E. 3.5, Hors-Liste Medikamente Pfizer; BGE 129 II 18, E. 5.1, Sammelrevers). Gerade mit Bezug auf die Vergabe der Baudienstleistungen in den vorliegend

B-5172/2019 Seite 114 interessierenden Fällen handelte es sich beim Preis nach einhelliger Darstellung der Parteien um den entscheidenden Wettbewerbsparameter. 7.3.3 Mit ihren oben zusammengefassten Ausführungen (E. 7.3.1) begründet die Vorinstanz ihren Standpunkt zum Vorliegen der Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 KG schlüssig sowie in Übereinstimmung mit der erwähnten Rechtsprechung wie den vorliegend massgebenden Beweisresultaten. Aus diesen geht namentlich hervor, dass die Zuschlagsmanipulationen der Beschwerdeführerin in Kooperation mit der Foffa Conrad jeweils auch die preisliche Abstimmung ihrer Angebote umfasst hat (E. 6.7.1.44 [Fall Nr. 5]), (E. 6.7.2.31 [Fall Nr. 6]) (E. 6.8.9 [Fälle Nr. 1-4, Nr. 7, Nr. 8 und Nr. 10]). 7.3.4 Die Beschwerdeführerin macht zum Vorliegen der Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 KG keine substantiierten Ausführungen. Sie ist nicht in der Lage, gegen die Darstellung der Vorinstanz etwas Stichhaltiges vorzutragen. Auf die unbegründete Argumentation der Beschwerdeführerin gegen das Bestehen einer Wettbewerbssituation bzw. das angebliche Fehlen jeglicher Wettbewerbswirkungen ist an dieser Stelle nicht mehr zurückzukommen (E. 6.4 f.). 7.3.5 Im Ergebnis ist die Einschätzung der Vorinstanz somit zu bestätigen. Wie von dieser geltend gemacht, sind die Wettbewerbsabreden zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad in den Fällen Nr. 1-8 und Nr. 10 je als horizontale Geschäftspartner- und Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG zu qualifizieren. Ebenso steht angesichts des vorliegenden Beweisresultats ausser Frage, dass die Vorinstanz hinsichtlich der Wettbewerbsabrede zwischen der Beschwerdeführerin und der P. Lenatti im Fall Nr. 3 zumindest den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG zu Recht bejaht. In all diesen Fällen greift die in Art. 5 Abs. 3 KG verankerte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs.

B-5172/2019 Seite 115 7.4 Unzulässigkeit der Wettbewerbsabreden in den Fällen Nr. 1, Nr. 3 - Nr. 8 und Nr. 10 Nachfolgend wird geprüft, ob die Vorinstanz die Unzulässigkeit der Wettbewerbsabreden in den Fällen Nr. 1, Nr. 3 - Nr. 8 und Nr. 10 – bei welchen die Vorinstanz die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG als widerlegt erachtet – zu Recht infolge erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung und fehlender Rechtfertigung bejaht (E. 7.2). 7.4.1 7.4.1.1 Was zunächst die Widerlegung der

Vermutung von Art. 5 Abs. 3 KG betrifft, betont die Vorinstanz, dass sich die Abredeteilnehmer erwiesenermassen an die getroffenen Abmachungen gehalten hätten. Dadurch sei jeglicher Innenwettbewerb zwischen den Abredeteilnehmern entfallen. Eine Vermutungswiderlegung aufgrund von verbliebenem Innenwettbewerb stehe daher nicht zur Diskussion (Verfügung, Rz. 212 f.). Die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung sei allerdings aufgrund von ausreichendem Aussenwettbewerb als widerlegt zu betrachten. Dabei unterscheidet die Vorinstanz die zwei folgenden Konstellationen: a) Fälle Nr. 1, Nr. 4 und Nr. 5 In diesen drei Fällen hätten die Beschwerdeführerin und die Foffa Conrad den Zuschlag mit der Angebotskoordination erfolgreich steuern können. Denn die Beschwerdeführerin habe den Zuschlag wie beabsichtigt erhalten. Jedoch habe es in diesen drei Fällen neben den beiden Abredeteiligten jeweils zumindest eine weitere Offerte eines nicht abredeteiligten Unternehmens gegeben. So geht die Vorinstanz etwa beim Bauprojekt Nr. 5 davon aus, dass neben den Abredeteilnehmern auch die G2.\_\_\_\_\_ sowie die G1.\_\_\_\_\_ mitgeboten haben. Es sei nicht ersichtlich, dass die jeweiligen Mitofferenten in Bezug auf die fraglichen Bauprojekte nur schwache Aussenwettbewerber gewesen seien. Die G1.\_\_\_\_\_ habe zum Beispiel bei mehreren Projekten durchaus deutlich tiefer offeriert als die beiden abredeteiligten Unternehmen. Es sei daher anzunehmen, dass von den Aussenwettbewerbern eine gewisse disziplinierende Wirkung ausgegangen sei. Eine wettbewerbsbeseitigende Wirkung der Abreden könne bei dieser Sachlage nicht bejaht werden. Die Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG sei in den Fällen Nr. 1, Nr. 4 und Nr. 5 somit trotz der erfolgreichen Zuschlagssteuerung als widerlegt zu betrachten (Verfügung, Rz. 214, Lemma 2).

B-5172/2019 Seite 116 b) Fälle Nr. 3, Nr. 6 - Nr. 8, Nr. 10 In diesen fünf Fällen hätten die Abredeteilnehmer den Zuschlag durch die Angebotskoordination nicht erfolgreich steuern können. Der Zuschlag sei hier nicht an die Beschwerdeführerin gegangen, sondern an einen (nicht abredeteiligten) Aussenwettbewerber. Zwar habe die Abrede ihren Zweck zumindest teilweise erfüllt; nämlich, dass sich die Abredeteilnehmer im Innenverhältnis nicht konkurrenziert hätten. Dass sich letztlich ein Drittunternehmen habe durchsetzen können, zeige aber, dass der Aussenwettbewerb hinreichend gewesen sei, um eine wettbewerbsbeseitigende Wirkung der Abrede zu verhindern. Die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung sei daher auch in diesen fünf Fällen durch Aussenwettbewerb widerlegt (Verfügung, Rz. 214, Lemma 3). 7.4.1.2 Die Beschwerdeführerin bestreitet im Rahmen ihrer allgemeinen Argumentation bekanntlich grundlegend jede Beeinflussung des Wettbewerbs (E. 6.5). Diese Argumentation mündet, wie erwähnt (E. 6.5.3.2 f.), auch in der Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin, die vorliegenden Wettbewerbsabreden hätten den Wettbewerb weder erheblich beeinträchtigt noch beseitigt. Auf die obigen Ausführungen der Vorinstanz zur Widerlegung der Vermutung von Art. 5 Abs. 3 KG in den Fällen Nr. 1, Nr. 3 - Nr. 8 und Nr. 10 (E. 7.4.1.1) geht die Beschwerdeführerin nicht konkret ein. Sinn gemäss verneint aber auch die Beschwerdeführerin eine Vermutungswiderlegung gestützt auf einen hinlänglichen Innenwettbewerb zwischen den Abredeteiligten, habe die Foffa Conrad doch tatsächlich kein einziges Mal versucht, die Beschwerdeführerin zu unterbieten, um den Auftrag zu erhalten. Dies beweise aber lediglich, dass die Foffa Conrad nie die Absicht zur Ausführung der Bauprojekte gehabt habe (Replik, Rz. 7 Bst. b; vgl. zu diesem unbegründeten Argument ausführlich E. 6.4, E. 6.4.9). Ebenso geht die Beschwerdeführerin übereinstimmend mit der Vorinstanz davon aus, dass es teilweise zusätzliche Angebote von Aussenwettbewerbern gab, welchen der Zuschlag in den von der Vorinstanz genannten Fällen (E. 7.4.1.1 Bst. b) jeweils auch

unstrittig erteilt wurde (E. 6.5.3.4).

B-5172/2019 Seite 117 7.4.1.3 Insofern stellt die Beschwerdeführerin die Ausführungen der Vorinstanz zur Vermutungswiderlegung in den Fällen Nr. 1, Nr. 3 - Nr. 8 und Nr. 10 letztlich (begründet) nicht in Frage. Dafür besteht auch kein Grund. Denn was die Vorinstanz mit Bezug auf beide von ihr unterschiedenen Fall- konstellationen (E. 7.4.1.1 Bst. a und b) ausführt, stimmt nicht nur mit der Aktenlage, sondern ohne Weiteres auch mit den Anforderungen überein, welche die Rechtsprechung für die Beurteilung der Vermutungswiderle- gung bei erfolgreichen und erfolglosen Submissionsabsprachen aufgestellt hat (vgl. dazu stellvertretend: Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.4.2 f. und E. 10.4.5 f., Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Umbricht, bestätigt mit Urteil des BGer 2C\_845/2018 vom 3. August 2020). Namentlich geht die Vorinstanz in Übereinstimmung mit dieser Rechtspre- chung korrekt davon aus, dass die Aussenwettbewerber selbst bei den er- folgreich verlaufenen Abreden (Fälle Nr. 1, Nr. 4 und Nr. 5) einen gewissen Konkurrenzdruck auf die Abredeteiligen ausgeübt haben dürften, so- dass eine wettbewerbsbeseitigende Wirkung auch hier verneint werden muss. 7.4.1.4 Für die weitere Prüfung ist daher mit der Vorinstanz davon auszu- gehen, dass die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung von Art. 5 Abs. 3 KG in den Fällen Nr. 1, Nr. 3 - Nr. 8 und Nr. 10 aufgrund von ausreichen- dem Aussenwettbewerb widerlegt worden ist. 7.4.2 7.4.2.1 Nachfolgend ist somit zu prüfen, ob die Wettbewerbsabreden in den Fällen Nr. 1, Nr. 3 - Nr. 8 und Nr. 10 den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt haben (E. 7.1.4). Die Beschwer- deführerin bestreitet dies sinngemäss mit ihrer gegen das Bestehen jegli- cher Wettbewerbswirkungen gerichteten Argumentation (E. 6.5.1). 7.4.2.2 Die Vorinstanz entgegnet der Beschwerdeführerin, sie verkenne die Gaba-Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. BGE 143 II 297), wo- nach Wettbewerbsabreden wie die vorliegenden (Art. 5 Abs. 3 KG) grund- sätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstands erheblich sind (E. 7.1.5). Für die Qualifikation als unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG sei nicht vorausgesetzt, dass die Abreden tatsächlich negative Folgen für den Wettbewerb hätten. Es genüge, dass der Wettbewerb potentiell beeinträch- tigt werde (m.H. auf BGE 143 II 297, E. 5.4.2, Gaba).

B-5172/2019 Seite 118 Den vorliegenden Wettbewerbsabreden sei ein nicht unbedeutendes Schädigungspotential immanent. Darauf habe auch das Bundesverwal- tungsgericht in seinen Urteilen in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau geschlossen (m.H. auf Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.3.3, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Cellere). Ele- mente, welche auf eine Ausnahme von der grundsätzlichen Erheblichkeit dieser Wettbewerbsabreden hinweisen würden, seien keine ersichtlich. Es handle sich hier nicht um Bagatellfälle. Zudem seien die Abreden auch um- gesetzt worden, wodurch jeglicher Innenwettbewerb zwischen den jeweili- gen Abredeteilnehmern entfallen sei. Entgegen der Beschwerdeführerin liege im Verhältnis zwischen den Parteien somit auch eine tatsächliche Wettbewerbsbeschränkung vor. Im Übrigen decke sich die Behauptung der Beschwerdeführerin, dass die Abreden nur für die erste Angebotsrunde gegolten hätten und bei Abge- botsrunden keine Koordinierung mehr erfolgt sei, nicht mit der Beweislage. Denn danach sei erstellt, dass die Foffa Conrad auch im Rahmen von all- fälligen Abgebotsrunden nicht versucht habe, die Beschwerdeführerin im Nachhinein zu unterbieten, um den Auftrag zu erhalten. Entweder habe es gar keine Abgebotsrunden gegeben, oder die Foffa Conrad habe nicht da- ran teilgenommen. Die Beschwerdeführerin könne kein konkretes Projekt bezeichnen, bei dem die Foffa Conrad die Absprache mit der

Beschwerdeführerin im Rahmen von Abgebotsrunden unterlaufen hätte. Abgesehen davon bewirke selbst die hier nicht gegebene Situation – bei welcher die Eingaben "nur" bei der ersten Angebotsrunde, aber nicht bei Abgebotsrunden, koordiniert werden – eine tatsächliche Wettbewerbsbeschränkung. Denn auch ein abgesprochener Preis aus der ersten Angebotsrunde verankere – vergleichbar mit dem sog. Ankereffekt des ersten Angebots bei Vergleichsverhandlungen – den (überhöhten) Ausgangspunkt für die Abgebote (vgl. zum Ganzen: Verfügung, Rz. 218, 219, 220, 223 Lemma 4; Vernehmlassung, Rz. 26, 27, 28).

B-5172/2019 Seite 119 7.4.2.3 Die Beschwerdeführerin hält an ihrem Standpunkt der angeblich fehlenden Wettbewerbsbeeinflussung fest (E. 6.5.1) und bestreitet sinngemäss die Anwendbarkeit der Gaba-Rechtsprechung des Bundesgerichts. Dabei behauptet die Beschwerdeführerin erneut, dass die Parteien durch ihre Kontaktaufnahmen und E-Mail-Korrespondenzen kein kollusives Verhalten vereinbart hätten. Der vorliegende Sachverhalt sei daher entscheidend anders gelagert als jener in der Gaba-Streitsache. Kartellrechtlich relevante Vereinbarungen lägen hier nicht vor. Somit fehle die Grundlage, auf welcher das Bundesgericht seine Argumentation der bereits ausreichen den potentiellen Wettbewerbsbeeinträchtigung aufbaue. Eine potentielle Wettbewerbsbeeinträchtigung liege aufgrund des laut der Beschwerdeführerin angeblich fehlenden Willens der Parteien, den Wettbewerb zu beeinflussen, nicht vor. Auch hätten die Parteien nicht tatsächlich darauf verzichtet, sich zu konkurrenzieren. Eine Wirkung im Markt, die auf ein koordiniertes Verhalten der beteiligten Unternehmen zurückzuführen sei, könne nicht nachgewiesen werden. Namentlich habe die erste Angebotsrunde auf die Erteilung des Zuschlags und auf den Endpreis aufgrund den gewöhnlich folgenden weiteren Preisverhandlungen in Abgebotsrunden nur einen relativ geringen oder gar keinen Einfluss gehabt. Die Vorinstanz habe den Sachverhalt diesbezüglich unvollständig erhoben und die entsprechenden Beweisanträge der Beschwerdeführerin ungerechtfertigt abgewiesen. Die Argumentation der Vorinstanz mit dem "Ankereffekt" des ersten abgesprochenen Angebots überzeuge nicht. Könne ein Anbieter nicht sichergehen, dass er das tiefste Angebot abgegeben habe, sei ein solcher Effekt ausgeschlossen. Eine Koordinierung mit bloss einem Anbieter nütze der Beschwerdeführerin kaum etwas. Um einen Ankereffekt zu erlangen, hätte die Beschwerdeführerin ihr Angebot mit allen Anbietern koordinieren müssen (vgl. zum Ganzen: Replik, Rz. 26 Bst. a und b; Replik, Rz. 27 Bst. d).

B-5172/2019 Seite 120 7.4.2.4 Diesen Ausführungen der Beschwerdeführerin kann nicht gefolgt werden. Denn wie erwähnt (E. 7.1.5), erfüllen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nach der konstanten Gaba-Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich auch das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. Urteil des BGer 2C\_39/2020 vom 3. August 2022 E. 8.3, Diffulivre; BGE 147 II 72 E. 6.5, Hors-Liste Medikamente Pfizer; BGE 144 II 194 E. 4.3.1, BMW; BGE 143 II 297 E. 5.6, Gaba). Was die Beschwerdeführerin zur angeblich nicht gegebenen Anwendbarkeit dieser Rechtsprechung auf die vorliegende Sachlage vorbringt, verfährt nicht, liegen gemäss dem Dargelegten doch in den Fällen Nr. 1-8 und Nr. 10 je Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG vor (E. 7.3.5). Damit gelangen die vom Bundesgericht im Gaba-Urteil entwickelten Grundsätze entgegen der Beschwerdeführerin zur Anwendung. 7.4.2.5 Wie die Vorinstanz des Weiteren richtig betont, genügt es nach der Gaba-Rechtsprechung, wenn Wettbewerbsabreden nach Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen, dass die Abreden der gesetzlichen Abredetypen den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen können (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.4.2, E. 5.6, Gaba;

ZÄCH/HEIZMANN, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 291, 442). Ein Nachweis tatsächlicher Auswirkungen oder der Umsetzung einer Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG ist für die Folgerung auf eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG nicht erforderlich (vgl. BGE 143 II 297, E. 5.4.2, Gaba). Im Übrigen erfüllen solche Abreden das Erheblichkeitskriterium nach Art. 5 Abs. 1 KG ohne Bezug auf einen Markt (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.5, Gaba). Eine Einzelfallbeurteilung erfolgt gegebenenfalls im Rahmen der Effizienzprüfung nach Art. 5 Abs. 2 KG (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.3.2, E. 5.5, E. 7.1, Gaba, m.H.). 7.4.2.6 Entgegen der Beschwerdeführerin ist die potentielle Wettbewerbsbeeinträchtigung der vorliegenden Abreden – welche bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen darstellen (E. 6.5.5.11) – evident. Bereits mit dem Abschluss der Wettbewerbsabreden in den Fällen Nr. 1, Nr. 3 - Nr. 8 und Nr. 10 haben die Abredeteiligen die unbeeinflusste Wahlmöglichkeit der Bauherrschaften als mögliche Vertragspartner je treuwidrig und verdeckt untergraben. Der vorausgesetzte Vergabewettbewerb wurde dadurch von Beginn weg potentiell verfälscht (vgl. dazu auch die Ausführungen unter E. 6.5.5.6 ff., insbesondere E. 6.5.5.9 sowie ausführlich: Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 9.3.2, 10.3.3, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Umbricht, bestätigt mit Urteil des BGer 2C\_845/2018 vom 3. August 2020).

B-5172/2019 Seite 121 7.4.2.7 Ausgehend davon ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass die vorliegenden Abreden den Wettbewerb auch in jenen Fällen potentiell beeinträchtigen konnten, bei welchen den abgesprochenen Erstangeboten Abgebotsrunden bzw. weitere Preisverhandlungen folgten. Die Bejahung der potentiellen Wettbewerbsbeeinträchtigung verlangt im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung gerade nicht, dass der tatsächliche Einfluss der ersten Angebotsrunde auf die Erteilung des Zuschlags und den Endpreis im Einzelfall nachgewiesen bzw. quantifiziert werden müsste. Insofern verzichtete die Vorinstanz im Zusammenhang mit dem weiteren Verlauf der Ausschreibungen zu Recht auf weitere Sachverhaltsabklärungen. Dass sie die entsprechenden Beweisanträge der Beschwerdeführerin abgewiesen hat, ist nicht zu beanstanden. 7.4.2.8 Abgesehen davon steht gemäss den vorstehenden Erwägungen ohnehin fest, dass die Foffa Conrad die Abreden tatsächlich konsequent eingehalten und auch im weiteren Verlauf der Ausschreibungen nicht versucht hat, die Beschwerdeführerin zu unterbieten (E. 7.4.1.2). Die Wettbewerbsabreden in den Fällen Nr. 1, Nr. 3 - Nr. 8 und Nr. 10 beeinträchtigten den Wettbewerb daher mit der Vorinstanz auch tatsächlich, indem sie (zu-) mindest jeglichen Innenwettbewerb zwischen den Abredeteiligen beseitigt haben (vgl. in diesem Sinne auch E. 6.5.5.7 sowie Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 12.1.6, Engadin IV). 7.4.2.9 Ein Grund zur Annahme, dass die Erheblichkeitsschwelle von Art. 5 Abs. 1 KG ausnahmsweise nicht erreicht ist, besteht nicht. Von Bagatellfällen kann nicht gesprochen werden. Die vorliegenden Wettbewerbsabreden überschreiten die Erheblichkeitsschwelle von Art. 5 Abs. 1 KG vielmehr sowohl unabhängig von der Anzahl der Abredeteiligen als auch unabhängig davon, ob die Zuschlagsmanipulation im Ergebnis glückte oder misslang (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 12.1.4 f., Engadin IV; Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.3.3, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Umbricht, bestätigt mit Urteil des BGer 2C\_845/2018 vom 3. August 2020). Auch die von der Beschwerdeführerin angerufenen weiteren Preisverhandlungen bzw. Abgebotsrunden eröffnen nach dem vorstehend Gesagten keinen Raum für die Annahme eines Bagatellfalls. Insbesondere geht die Beschwerdeführerin fehl, wenn sie suggeriert, eine Wettbewerbsbeschränkung habe höchstens bei Angebotskoordinationen mit allen Anbietern eintreten können.

B-5172/2019 Seite 122 7.4.2.10 Demzufolge ist mit der Vorinstanz darauf zu schliessen, dass die Wettbewerbsabreden in den Fällen Nr. 1, Nr. 3 - Nr. 8 und Nr. 10 den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt haben. Eine solche Beeinträchtigung ist unzulässig, wenn sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lässt. 7.4.3 7.4.3.1 Gerechtfertigt sind Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 2 KG, wenn sie (1) notwendig sind, (2) um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen und (3) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Diese drei Voraussetzungen müssen für die Rechtfertigung einer Wettbewerbsabrede kumulativ erfüllt sein, wobei es genügt, wenn lediglich einer der Effizienzgründe (2) vorliegt. Notwendig ist eine Abrede, wenn sie verhältnismässig ist, was voraussetzt, dass die Abrede geeignet, erforderlich und in dem Sinne zumutbar ist, dass sie den Wettbewerb im Verhältnis zum angestrebten Ziel nicht übermässig einschränkt (vgl. BGE 147 II 72 E. 7.2, Hors-Liste Medikamente Pfizer; BGE 143 II 297 E. 7.1, Gaba, je m.H.). 7.4.3.2 Die Beschwerdeführerin bringt keine Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG vor. Sinngemäss macht sie zu ihrer "Rechtfertigung" geltend, dass eine selbständige Erstellung und Berechnung einer Offerte für die Foffa Conrad (bzw. die P. Lenatti, Fall Nr. 3) viel Arbeit bedeutet und hohe Kosten zur Folge gehabt hätte, welche ohne Interesse am Zuschlag nur nutzlose Aufwendungen gewesen wären. Es sei daher rational und ökonomisch sinnvoll gewesen, den Aufwand so gering wie möglich zu halten. Wenn die Foffa Conrad einfach eine kurze Berechnung mit möglichst hohen Zahlen eingereicht hätte, wäre dies gemäss der Beschwerdeführerin als sehr unprofessionell aufgefallen und die Foffa Conrad wäre Gefahr gelaufen, sich mit einem unverhältnismässig hohen Angebot "lächerlich" zu machen, was äusserst rufschädigend sein könne. Aus diesem Grund mache es Sinn, dass die Foffa Conrad ein etwas höheres Angebot als die Beschwerdeführerin habe einreichen und sich gleichzeitig den Aufwand für die Berechnung der Offerte habe ersparen wollen (Stellungnahme des Verwaltungsratspräsidenten der Beschwerdeführerin vom 24. Juni 2020 [Beilage Nr. 2 zur Eingabe vom 29. Juni 2020]; Beschwerde, Rz. 23, 85, 102, 163 f., 180 f., 213; Replik, Rz. 15, 18, 148).

B-5172/2019 Seite 123 7.4.3.3 In dieser Argumentation ist offensichtlich kein gesetzlicher Effizienzgrund zu erblicken. Schon gar nicht ist ersichtlich, inwiefern die vorliegenden Preisabreden und Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern zur Erreichung der in Art. 5 Abs. 2 KG genannten Effizienzziele notwendig sein sollten. Wie die Vorinstanz korrekt festhält, ist eine Rechtfertigung der Wettbewerbsabreden in den Fällen Nr. 1, Nr. 3 - Nr. 8 und Nr. 10 deshalb zu verneinen (Verfügung, Rz. 222, Rz. 223, Lemma 4). 7.4.4 Somit ergibt sich, dass die Wettbewerbsabreden in den Fällen Nr. 1, Nr. 3 - Nr. 8 und Nr. 10 den Wettbewerb auf dem relevanten Markt erheblich beeinträchtigt haben und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lassen. Die Vorinstanz hat die Unzulässigkeit der Wettbewerbsabreden in diesen Fällen zu Recht mit dieser Begründung bejaht. Die Einwände der Beschwerdeführerin dagegen sind unbegründet. 7.5 Unzulässigkeit der Wettbewerbsabrede im Fall Nr. 2 Zu prüfen bleibt die Unzulässigkeit der Wettbewerbsabrede im Fall Nr. 2. Die Vorinstanz schliesst diesbezüglich auf die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (E. 7.2). 7.5.1 Zur Begründung beruft sich die Vorinstanz auch im Fall Nr. 2 auf eine Beseitigung

jeglichen Innenwettbewerbs zwischen den Abredeteilnehmern, da die Beschwerdeführerin und die Foffa Conrad auch die Abrede im Fall Nr. 2 eingehalten hätten (E. 7.4.1.1; Verfügung, Rz. 212 f.). Hingegen sei eine Widerlegung der Vermutung von Art. 5 Abs. 3 KG aufgrund von Aussenwettbewerb im Fall Nr. 2 aus den folgenden Gründen nicht in Betracht zu ziehen: Um die Ausführung des Bauprojekts von Fall Nr. 2 hätten sich nur die Beschwerdeführerin und die Foffa Conrad beworben. Die private Bauherrschaft habe bestätigt, dass sie abgesehen von den beiden abredebeteiligten Unternehmen keine weiteren Unternehmen zur Eingabe einer Offerte eingeladen habe. Somit seien beim Bauprojekt von Fall Nr. 2 mit der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad alle offerierenden Bauunternehmen an der Abrede beteiligt gewesen. Der Zuschlag sei in diesem Fall wie beabsichtigt der Beschwerdeführerin erteilt worden. Eine disziplinierende Wirkung durch aktuelle oder potenzielle Aussenwettbewerber sei nicht anzunehmen. Unter diesen Umständen könne die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Fall Nr. 2 weder durch hinreichenden Innen-

B-5172/2019 Seite 124 noch Aussenwettbewerb widerlegt werden (Verfügung, Rz. 69; 214, Lemma 1; 215; 223, Lemma 3). 7.5.2 Diese Darstellung der Vorinstanz stimmt mit der Aktenlage überein (vgl. insbesondere Vorinstanz, act. 15, [22-0459], Antwort Bauherr auf Frage 2). Danach trifft es namentlich zu, dass die private Bauherrschaft mit der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad nur die beiden Unternehmen zur Einreichung von Offerten eingeladen hat, welche das Offertverhalten untereinander abgesprochen haben (E. 6.8.9). Ebenso schliesst die Vorinstanz zutreffend auf eine Beseitigung des Innenwettbewerbs zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad, welche auch die Wettbewerbsabrede im Fall Nr. 2 eingehalten haben (E. 7.4.1.2, E. 7.4.2.8). Weiter ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die beiden Abredeteiligten unter den gegebenen Umständen mit keinem Konkurrenzangebot eines Aussenwettbewerbs rechnen mussten. Sie waren im Fall Nr. 2 somit auch im Aussenverhältnis keinen ausreichend disziplinierenden Kräften ausgesetzt. 7.5.3 Die angenommene Wettbewerbsbeseitigung der Wettbewerbsabrede im Fall Nr. 2 aufgrund fehlender Widerlegbarkeit der gesetzlichen Vermutung ist demnach nicht zu beanstanden. Die Beschwerdeführerin bringt gegen dieses Ergebnis nichts Stichhaltiges vor. 7.5.4 Demnach hat die Vorinstanz die Unzulässigkeit der Wettbewerbsabrede im Fall Nr. 2 zu Recht infolge Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bejaht (Art. 5 Abs. 1 KG). Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ist bei diesem Ergebnis ausgeschlossen (E. 7.1.1). 7.6 Ergebnis Unzulässigkeit Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Einschätzung der Vorinstanz (E. 7.2) mit Bezug auf alle gemäss dem vorstehenden Zwischenergebnis vorliegenden Wettbewerbsabreden (E. 6.9.2) zu bestätigen ist. Demnach bejaht die Vorinstanz die Unzulässigkeit der Wettbewerbsabreden in den Fällen Nr. 1 - Nr. 8 und Nr. 10 zu Recht. In diesen Fällen liegen unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG vor.

B-5172/2019 Seite 125 8. Rechtmässigkeit der Massnahmen 8.1 Ausgangslage Streitgegenstand bildet weiter die Rechtmässigkeit der gegenüber der Beschwerdeführerin angeordneten Massnahmen. Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung der entsprechenden Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung (soweit sie betreffend, E. 2). Die Dispositiv-Ziffer 1 lautet wie folgt: "1. Der [...] und der [Beschwerdeführerin] wird untersagt:

## **E. 7**

## Unzulässigkeit der Wettbewerbsabreden

### **E. 7.1**

#### Grundlagen

##### **E. 7.1.1**

Unzulässig sind nach Art. 5 Abs. 1 KG einerseits Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lassen, sowie andererseits Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. In diesem Fall ist eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ausgeschlossen (vgl. Urteil des BGer 2C\_39/2020 vom 3. August 2022 E. 8.1, Diffulivre; BGE 147 II 72 E. 6.1, Hors-Liste Medikamente Pfizer; BGE 143 II 297 E. 4.1, Gaba; BGE 129 II 18 E. 3, Sammelrevers).

##### **E. 7.1.2**

Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann zum einen direkt nachgewiesen werden. Sie kann sich zum anderen auch über die vom Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 3 KG aufgelisteten Tatbestände für horizontale bzw. über die von ihm in Art. 5 Abs. 4 KG für vertikale Abreden vorgesehenen Tatbestände ergeben, bei denen vermutet wird, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt wird. Diese gesetzliche Vermutung ist widerlegbar (vgl. Urteil des BGer 2C\_39/2020 vom 3. August 2022 E. 8.2, Diffulivre; BGE 147 II 72 E. 6.1, E. 6.5 Hors-Liste Medikamente Pfizer; BGE 143 II 297 E. 4.1, Gaba).

##### **E. 7.1.3**

Nach Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs namentlich bei den folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen: - Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG); - Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG).

##### **E. 7.1.4**

Führt die Abrede zu keiner Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, so ist zu prüfen, ob sie den Wettbewerb auf dem relevanten Markt nach Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt und gegebenenfalls durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann (vgl. Urteil des BGer 2C\_39/2020 vom 3. August 2022 E. 8.2, Diffulivre; BGE 143 II 297 E. 5, Gaba).

##### **E. 7.1.5**

Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfüllen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich auch das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. Urteil des BGer 2C\_39/2020 vom 3. August 2022 E. 8.3, Diffulivre; BGE 147 II 72 E. 6.5, Hors-Liste Medikamente Pfizer; BGE 144 II 194 E. 4.3.1, BMW; BGE 143 II 297 E. 5.6, Gaba; Zäch/Heizmann, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 443 ff.). Die Frage, ob ein Vermutungstatbestand (Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG) vorliegt, ist daher nicht nur für die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wichtig, sondern auch für die Frage, ob eine Abrede den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigt (vgl. BGE 147 II 72 E. 6.1, Hors-Liste Medikamente Pfizer).

## **E. 7.2**

Ergebnis der Vorinstanz Die Vorinstanz qualifiziert alle gemäss dem vorstehenden Zwischenergebnis vorliegenden Wettbewerbsabreden (E. 6.9) als nach Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig. Zusammenfassend bejaht die Vorinstanz je den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG, wobei sie die Wettbewerbsabreden zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad in den Fällen Nr. 1-8 und Nr. 10 als horizontale Geschäftspartner- und Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG qualifiziert (Verfügung, Rz. 224). Die Wettbewerbsabrede im Fall Nr. 3 zwischen der Beschwerdeführerin und der P. Lenatti wertet die Vorinstanz einzig als Geschäftspartnerabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG (Verfügung, Rz. 224). In einem Fall - im Fall Nr. 2 - habe die Wettbewerbsabrede zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs geführt (Verfügung, Rz. 204, 215, 224). In allen anderen Fällen erachtet die Vorinstanz die Vermutung von Art. 5 Abs. 3 KG als widerlegt (Verfügung, Rz. 216, 224). Die entsprechenden Abreden qualifiziert die Vorinstanz als unzulässig, da sie den Wettbewerb auf dem relevanten Markt (Bauleistungen im Zusammenhang mit dem jeweiligen Bauprojekt im Engadin sowie allenfalls angrenzenden Gebieten [vgl. B.p]) erheblich beeinträchtigt hätten und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen liessen (Verfügung, Rz. 204, 220, 222 ff.).

## **E. 7.3**

Vorliegen der Vermutungstatbestände (Art. 5 Abs. 3 KG) Im Folgenden wird zunächst geklärt, ob sich die Vorinstanz zu Recht auf das Vorliegen der Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 KG beruft.

### **E. 7.3.1**

Die Vorinstanz begründet ihre Einschätzung (E. 7.2) wie folgt:

#### **E. 7.3.1.1**

Vorab handle es sich bei der Beschwerdeführerin, der Foffa Conrad wie der P. Lenatti (Fall Nr. 3) um Unternehmen der gleichen Marktstufe, welche als Anbieter von Hoch- und/oder Tiefbauleistungen ohne die erfolgten Angebotskoordinationen miteinander im Wettbewerb gestanden wären. Die erstellten Wettbewerbsabreden (E. 6.9.2) seien somit horizontale - von Art. 5 Abs. 3 KG grundsätzlich erfasste - Wettbewerbsabreden (Verfügung, Rz. 202, Lemma 1).

#### **E. 7.3.1.2**

Auf den Tatbestand der Geschäftspartnerabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG in den Fällen Nr. 1-8 und Nr. 10 schliesst die Vorinstanz, weil die Beschwerdeführerin, die Foffa Conrad und die P. Lenatti (Fall Nr. 3) jeweils festgelegt hätten, "bei welchem Unternehmen die Chancen an der Zuschlagserteilung aufrechterhalten werden sollten". Dies habe unter den Abredeteilnehmern eine Zuordnung von Auftraggebern und Auftraggeberinnen zur Folge gehabt, was den Tatbestand der Geschäftspartnerabrede erfülle (Verfügung, Rz. 202, Lemma 2).

#### **E. 7.3.1.3**

Weiter wertet die Vorinstanz die Wettbewerbsabreden zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad in den Fällen Nr. 1-8 und Nr. 10 deshalb gleichzeitig auch als Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, weil es der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad in all diesen Fällen erwiesenermassen um eine preisliche Abstimmung ihrer

Angebote gegangen sei. Typischerweise hätten sich die beiden Abredeteiligen auf den Preis des tieferen Angebots geeinigt und seien übereingekommen, dass das andere Unternehmen einen höheren Preis offeriere (Verfügung, Rz. 202, Lemma 3).

#### **E. 7.3.1.4**

Im Unterschied dazu hätten sich die Beschwerdeführerin und die P. Lenatti im Fall Nr. 3 nur dahingehend geeinigt, dass letztere ihr Bietverhalten so habe gestalten sollen, dass eine mögliche Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin nicht gefährdet sei (Verfügung, Rz. 202, Lemma 3). Der Konsens zwischen der Beschwerdeführerin und der P. Lenatti habe im Fall Nr. 3 nicht zwingend auf eine preisliche Abstimmung der Angebote gezielt, sondern hätte auch durch Angebotsverzicht vollzogen werden können (Verfügung, Rz. 202, Lemma 3). Insofern erfülle diese Wettbewerbsabrede den Tatbestand der Preisabrede nicht, sondern lediglich jenen der Geschäftspartnerabrede (Verfügung, Rz. 202, Lemma 3).

#### **E. 7.3.2**

Das Bundesverwaltungsgericht folgerte in der Rechtsprechung in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau bezüglich der auch hier vorzunehmenden Beurteilung, dass Zuschlagsmanipulationen durch Wettbewerber, welche die freie Entscheidungsfindung der potentiellen Vertragspartner treuwidrig untergraben, bei gleichzeitig gegebener Einigung, wer jeweils das preislich höhere bzw. tiefere Angebot einreichen soll, als Preis- und Geschäftspartnerabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG zu qualifizieren sind (vgl. stellvertretend: Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.2, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Umbricht, bestätigt mit Urteil des BGer 2C\_845/2018 vom 3. August 2020). Jedes Unternehmen hat seine Entscheidungen über die konkrete Ausgestaltung der für die Marktgegenseite massgeblichen Wettbewerbsparameter im Sinne des Selbständigkeitspostulats eigenständig zu treffen, d.h. ohne sich mit einem anderen Unternehmen über diese Ausgestaltung auszutauschen oder zu einigen. Der Preis einer Dienstleistung oder eines Produkts stellt dabei unstrittig ein relevanter Wettbewerbsfaktor und in vielen Branchen das wesentliche Kriterium für eine Auswahlentscheidung der Nachfrager dar (vgl. in diesem Sinne BGE 147 II 72 E. 3.5, Hors-Liste Medikamente Pfizer; BGE 129 II 18, E. 5.1, Sammelrevers). Gerade mit Bezug auf die Vergabe der Baudienstleistungen in den vorliegend interessierenden Fällen handelte es sich beim Preis nach einhelliger Darstellung der Parteien um den entscheidenden Wettbewerbsparameter.

#### **E. 7.3.3**

Mit ihren oben zusammengefassten Ausführungen (E. 7.3.1) begründet die Vorinstanz ihren Standpunkt zum Vorliegen der Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 KG schlüssig sowie in Übereinstimmung mit der erwähnten Rechtsprechung wie den vorliegend massgebenden Beweisresultaten. Aus diesen geht namentlich hervor, dass die Zuschlagsmanipulationen der Beschwerdeführerin in Kooperation mit der Foffa Conrad jeweils auch die preisliche Abstimmung ihrer Angebote umfasst hat (E. 6.7.1.44 [Fall Nr. 5]), (E. 6.7.2.31 [Fall Nr. 6]) (E. 6.8.9 [Fälle Nr. 1-4, Nr. 7, Nr. 8 und Nr. 10]).

#### **E. 7.3.4**

Die Beschwerdeführerin macht zum Vorliegen der Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 KG keine substantiierten Ausführungen. Sie ist nicht in der Lage, gegen die Darstellung der Vorinstanz etwas Stichhaltiges vorzutragen. Auf die unbegründete Argumentation der Beschwerdeführerin gegen das Bestehen einer Wettbewerbssituation bzw. das angebliche

Fehlen jeglicher Wettbewerbswirkungen ist an dieser Stelle nicht mehr zurückzukommen (E. 6.4 f.).

### **E. 7.3.5**

Im Ergebnis ist die Einschätzung der Vorinstanz somit zu bestätigen. Wie von dieser geltend gemacht, sind die Wettbewerbsabreden zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad in den Fällen Nr. 1-8 und Nr. 10 je als horizontale Geschäftspartner- und Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG zu qualifizieren. Ebenso steht angesichts des vorliegenden Beweisresultats ausser Frage, dass die Vorinstanz hinsichtlich der Wettbewerbsabrede zwischen der Beschwerdeführerin und der P. Lenatti im Fall Nr. 3 zumindest den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG zu Recht bejaht. In all diesen Fällen greift die in Art. 5 Abs. 3 KG verankerte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs.

### **E. 7.4**

Unzulässigkeit der Wettbewerbsabreden in den Fällen Nr. 1, Nr. 3 - Nr. 8 und Nr. 10  
Nachfolgend wird geprüft, ob die Vorinstanz die Unzulässigkeit der Wettbewerbsabreden in den Fällen Nr. 1, Nr. 3 - Nr. 8 und Nr. 10 - bei welchen die Vorinstanz die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG als widerlegt erachtet - zu Recht infolge erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung und fehlender Rechtfertigung bejaht (E. 7.2).

#### **E. 7.4.1.1**

Was zunächst die Widerlegung der Vermutung von Art. 5 Abs. 3 KG betrifft, betont die Vorinstanz, dass sich die Abredeteilnehmer erwiesenermassen an die getroffenen Abmachungen gehalten hätten. Dadurch sei jeglicher Innenwettbewerb zwischen den Abredeteilnehmern entfallen. Eine Vermutungswiderlegung aufgrund von verbliebenem Innenwettbewerb stehe daher nicht zur Diskussion (Verfügung, Rz. 212 f.). Die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung sei allerdings aufgrund von ausreichendem Aussenwettbewerb als widerlegt zu betrachten. Dabei unterscheidet die Vorinstanz die zwei folgenden Konstellationen: a) Fälle Nr. 1, Nr. 4 und Nr. 5 In diesen drei Fällen hätten die Beschwerdeführerin und die Foffa Conrad den Zuschlag mit der Angebotskoordination erfolgreich steuern können. Denn die Beschwerdeführerin habe den Zuschlag wie beabsichtigt erhalten. Jedoch habe es in diesen drei Fällen neben den beiden Abredeteiligten jeweils zumindest eine weitere Offerte eines nicht abredeteiligten Unternehmens gegeben. So geht die Vorinstanz etwa beim Bauprojekt Nr. 5 davon aus, dass neben den Abredeteilnehmern auch die G2.\_\_\_\_\_ sowie die G1.\_\_\_\_\_ mitgeboten haben. Es sei nicht ersichtlich, dass die jeweiligen Mitofferenten in Bezug auf die fraglichen Bauprojekte nur schwache Aussenwettbewerber gewesen seien. Die G1.\_\_\_\_\_ habe zum Beispiel bei mehreren Projekten durchaus deutlich tiefer offeriert als die beiden abredeteiligten Unternehmen. Es sei daher anzunehmen, dass von den Aussenwettbewerbern eine gewisse disziplinierende Wirkung ausgegangen sei. Eine wettbewerbsbeseitigende Wirkung der Abreden könne bei dieser Sachlage nicht bejaht werden. Die Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG sei in den Fällen Nr. 1, Nr. 4 und Nr. 5 somit trotz der erfolgreichen Zuschlagssteuerung als widerlegt zu betrachten (Verfügung, Rz. 214, Lemma 2). b) Fälle Nr. 3, Nr. 6 - Nr. 8, Nr. 10 In diesen fünf Fällen hätten die Abredeteilnehmer den Zuschlag durch die Angebotskoordination nicht erfolgreich steuern können. Der Zuschlag sei hier nicht an die Beschwerdeführerin gegangen, sondern an einen (nicht abredeteiligten) Aussenwettbewerber. Zwar habe die Abrede ihren Zweck

zumindest teilweise erfüllt; nämlich, dass sich die Abredeteilnehmer im Innenverhältnis nicht konkurrenziert hätten. Dass sich letztlich ein Drittunternehmen habe durchsetzen können, zeige aber, dass der Aussenwettbewerb hinreichend gewesen sei, um eine wettbewerbsbeseitigende Wirkung der Abrede zu verhindern. Die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung sei daher auch in diesen fünf Fällen durch Aussenwettbewerb widerlegt (Verfügung, Rz. 214, Lemma 3).

#### **E. 7.4.1.2**

Die Beschwerdeführerin bestreitet im Rahmen ihrer allgemeinen Argumentation bekanntlich grundlegend jede Beeinflussung des Wettbewerbs (E. 6.5). Diese Argumentation mündet, wie erwähnt (E. 6.5.3.2 f.), auch in der Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin, die vorliegenden Wettbewerbsabreden hätten den Wettbewerb weder erheblich beeinträchtigt noch beseitigt. Auf die obigen Ausführungen der Vorinstanz zur Widerlegung der Vermutung von Art. 5 Abs. 3 KG in den Fällen Nr. 1, Nr. 3 - Nr. 8 und Nr. 10 (E. 7.4.1.1) geht die Beschwerdeführerin nicht konkret ein. Sinngemäss verneint aber auch die Beschwerdeführerin eine Vermutungswiderlegung gestützt auf einen hinlänglichen Innenwettbewerb zwischen den Abredeteiligten, habe die Foffa Conrad doch tatsächlich kein einziges Mal versucht, die Beschwerdeführerin zu unterbieten, um den Auftrag zu erhalten. Dies beweise aber lediglich, dass die Foffa Conrad nie die Absicht zur Ausführung der Bauprojekte gehabt habe (Replik, Rz. 7 Bst. b; vgl. zu diesem unbegründeten Argument ausführlich E. 6.4, E. 6.4.9). Ebenso geht die Beschwerdeführerin übereinstimmend mit der Vorinstanz davon aus, dass es teilweise zusätzliche Angebote von Aussenwettbewerbern gab, welchen der Zuschlag in den von der Vorinstanz genannten Fällen (E. 7.4.1.1 Bst. b) jeweils auch unstrittig erteilt wurde (E. 6.5.3.4).

#### **E. 7.4.1.3**

Insofern stellt die Beschwerdeführerin die Ausführungen der Vorinstanz zur Vermutungswiderlegung in den Fällen Nr. 1, Nr. 3 - Nr. 8 und Nr. 10 letztlich (begründet) nicht in Frage. Dafür besteht auch kein Grund. Denn was die Vorinstanz mit Bezug auf beide von ihr unterschiedenen Fallkonstellationen (E. 7.4.1.1 Bst. a und b) ausführt, stimmt nicht nur mit der Aktenlage, sondern ohne Weiteres auch mit den Anforderungen überein, welche die Rechtsprechung für die Beurteilung der Vermutungswiderlegung bei erfolgreichen und erfolglosen Submissionsabsprachen aufgestellt hat (vgl. dazu stellvertretend: Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.4.2 f. und E. 10.4.5 f., Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Umbricht, bestätigt mit Urteil des BGer 2C\_845/2018 vom 3. August 2020). Namentlich geht die Vorinstanz in Übereinstimmung mit dieser Rechtsprechung korrekt davon aus, dass die Aussenwettbewerber selbst bei den erfolgreich verlaufenen Abreden (Fälle Nr. 1, Nr. 4 und Nr. 5) einen gewissen Konkurrenzdruck auf die Abredeteiligten ausgeübt haben dürften, sodass eine wettbewerbsbeseitigende Wirkung auch hier verneint werden muss.

#### **E. 7.4.1.4**

Für die weitere Prüfung ist daher mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung von Art. 5 Abs. 3 KG in den Fällen Nr. 1, Nr. 3 - Nr. 8 und Nr. 10 aufgrund von ausreichendem Aussenwettbewerb widerlegt worden ist.

#### **E. 7.4.2.1**

Nachfolgend ist somit zu prüfen, ob die Wettbewerbsabreden in den Fällen Nr. 1, Nr. 3 - Nr. 8 und Nr. 10 den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt

haben (E. 7.1.4). Die Beschwerdeführerin bestreitet dies sinngemäss mit ihrer gegen das Bestehen jeglicher Wettbewerbswirkungen gerichteten Argumentation (E. 6.5.1).

#### **E. 7.4.2.2**

Die Vorinstanz entgegnet der Beschwerdeführerin, sie verkenne die Gaba-Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. BGE 143 II 297), wonach Wettbewerbsabreden wie die vorliegenden (Art. 5 Abs. 3 KG) grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstands erheblich sind (E. 7.1.5). Für die Qualifikation als unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG sei nicht vorausgesetzt, dass die Abreden tatsächlich negative Folgen für den Wettbewerb hätten. Es genüge, dass der Wettbewerb potentiell beeinträchtigt werde (m.H. auf BGE 143 II 297, E. 5.4.2, Gaba). Den vorliegenden Wettbewerbsabreden sei ein nicht unbedeutendes Schädigungspotential immanent. Darauf habe auch das Bundesverwaltungsgericht in seinen Urteilen in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau geschlossen (m.H. auf Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.3.3, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Cellere). Elemente, welche auf eine Ausnahme von der grundsätzlichen Erheblichkeit dieser Wettbewerbsabreden hinweisen würden, seien keine ersichtlich. Es handle sich hier nicht um Bagatellfälle. Zudem seien die Abreden auch umgesetzt worden, wodurch jeglicher Innenwettbewerb zwischen den jeweiligen Abredeteilnehmern entfallen sei. Entgegen der Beschwerdeführerin liege im Verhältnis zwischen den Parteien somit auch eine tatsächliche Wettbewerbsbeschränkung vor. Im Übrigen decke sich die Behauptung der Beschwerdeführerin, dass die Abreden nur für die erste Angebotsrunde gegolten hätten und bei Abgebotsrunden keine Koordinierung mehr erfolgt sei, nicht mit der Beweislage. Denn danach sei erstellt, dass die Foffa Conrad auch im Rahmen von allfälligen Abgebotsrunden nicht versucht habe, die Beschwerdeführerin im Nachhinein zu unterbieten, um den Auftrag zu erhalten. Entweder habe es gar keine Abgebotsrunden gegeben, oder die Foffa Conrad habe nicht daran teilgenommen. Die Beschwerdeführerin könne kein konkretes Projekt bezeichnen, bei dem die Foffa Conrad die Absprache mit der Beschwerdeführerin im Rahmen von Abgebotsrunden unterlaufen hätte. Abgesehen davon bewirke selbst die hier nicht gegebene Situation - bei welcher die Eingaben "nur" bei der ersten Angebotsrunde, aber nicht bei Abgebotsrunden, koordiniert werden - eine tatsächliche Wettbewerbsbeschränkung. Denn auch ein abgesprochener Preis aus der ersten Angebotsrunde verankere - vergleichbar mit dem sog. Ankereffekt des ersten Angebots bei Vergleichsverhandlungen - den (überhöhten) Ausgangspunkt für die Abgebote (vgl. zum Ganzen: Verfügung, Rz. 218, 219, 220, 223 Lemma 4; Vernehmlassung, Rz. 26, 27, 28).

#### **E. 7.4.2.3**

Die Beschwerdeführerin hält an ihrem Standpunkt der angeblich fehlenden Wettbewerbsbeeinflussung fest (E. 6.5.1) und bestreitet sinngemäss die Anwendbarkeit der Gaba-Rechtsprechung des Bundesgerichts. Dabei behauptet die Beschwerdeführerin erneut, dass die Parteien durch ihre Kontaktaufnahmen und E-Mail-Korrespondenzen kein kollusives Verhalten vereinbart hätten. Der vorliegende Sachverhalt sei daher entscheidend anders gelagert als jener in der Gaba-Streitsache. Kartellrechtlich relevante Vereinbarungen lägen hier nicht vor. Somit fehle die Grundlage, auf welcher das Bundesgericht seine Argumentation der bereits ausreichenden potentiellen Wettbewerbsbeeinträchtigung aufbaue. Eine potentielle Wettbewerbsbeeinträchtigung liege aufgrund des laut der Beschwerdeführerin angeblich fehlenden Willens der Parteien, den Wettbewerb zu beeinflussen, nicht vor. Auch hätten die Parteien nicht tatsächlich darauf verzichtet, sich zu

konkurrenzieren. Eine Wirkung im Markt, die auf ein koordiniertes Verhalten der beteiligten Unternehmen zurückzuführen sei, könne nicht nachgewiesen werden. Namentlich habe die erste Angebotsrunde auf die Erteilung des Zuschlags und auf den Endpreis aufgrund den gewöhnlich folgenden weiteren Preisverhandlungen in Abgebotsrunden nur einen relativ geringen oder gar keinen Einfluss gehabt. Die Vorinstanz habe den Sachverhalt diesbezüglich unvollständig erhoben und die entsprechenden Beweisanträge der Beschwerdeführerin ungerechtfertigt abgewiesen. Die Argumentation der Vorinstanz mit dem "Ankereffekt" des ersten abgesprochenen Angebots überzeuge nicht. Könne ein Anbieter nicht sichergehen, dass er das tiefste Angebot abgegeben habe, sei ein solcher Effekt ausgeschlossen. Eine Koordinierung mit bloss einem Anbieter nütze der Beschwerdeführerin kaum etwas. Um einen Ankereffekt zu erlangen, hätte die Beschwerdeführerin ihr Angebot mit allen Anbietern koordinieren müssen (vgl. zum Ganzen: Replik, Rz. 26 Bst. a und b; Replik, Rz. 27 Bst. d).

#### **E. 7.4.2.4**

Diesen Ausführungen der Beschwerdeführerin kann nicht gefolgt werden. Denn wie erwähnt (E. 7.1.5), erfüllen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nach der konstanten Gaba-Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich auch das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. Urteil des BGer 2C\_39/2020 vom 3. August 2022 E. 8.3, Diffulivre; BGE 147 II 72 E. 6.5, Hors-Liste Medikamente Pfizer; BGE 144 II 194 E. 4.3.1, BMW; BGE 143 II 297 E. 5.6, Gaba). Was die Beschwerdeführerin zur angeblich nicht gegebenen Anwendbarkeit dieser Rechtsprechung auf die vorliegende Sachlage vorbringt, verfängt nicht, liegen gemäss dem Dargelegten doch in den Fällen Nr. 1-8 und Nr. 10 je Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG vor (E. 7.3.5). Damit gelangen die vom Bundesgericht im Gaba-Urteil entwickelten Grundsätze entgegen der Beschwerdeführerin zur Anwendung.

#### **E. 7.4.2.5**

Wie die Vorinstanz des Weiteren richtig betont, genügt es nach der Gaba-Rechtsprechung, wenn Wettbewerbsabreden nach Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen, dass die Abreden der gesetzlichen Abredetypen den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen können (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.4.2, E. 5.6, Gaba; Zäch/Heizmann, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 291, 442). Ein Nachweis tatsächlicher Auswirkungen oder der Umsetzung einer Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG ist für die Folgerung auf eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG nicht erforderlich (vgl. BGE 143 II 297, E. 5.4.2, Gaba). Im Übrigen erfüllen solche Abreden das Erheblichkeitskriterium nach Art. 5 Abs. 1 KG ohne Bezug auf einen Markt (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.5, Gaba). Eine Einzelfallbeurteilung erfolgt gegebenenfalls im Rahmen der Effizienzprüfung nach Art. 5 Abs. 2 KG (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.3.2, E. 5.5, E. 7.1, Gaba, m.H.).

#### **E. 7.4.2.6**

Entgegen der Beschwerdeführerin ist die potentielle Wettbewerbsbeeinträchtigung der vorliegenden Abreden - welche bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen darstellen (E. 6.5.5.11) - evident. Bereits mit dem Abschluss der Wettbewerbsabreden in den Fällen Nr. 1, Nr. 3 - Nr. 8 und Nr. 10 haben die Abredeteiligen die unbeeinflusste Wahlmöglichkeit der Bauherrschaften als mögliche Vertragspartner je treuwidrig und verdeckt untergraben. Der vorausgesetzte Vergabewettbewerb wurde dadurch von Beginn weg potentiell verfälscht (vgl. dazu auch die Ausführungen unter E. 6.5.5.6 ff., insbesondere E. 6.5.5.9

sowie ausführlich: Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 9.3.2, 10.3.3, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Umbricht, bestätigt mit Urteil des BGer 2C\_845/2018 vom 3. August 2020).

#### **E. 7.4.2.7**

Ausgehend davon ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass die vorliegenden Abreden den Wettbewerb auch in jenen Fällen potentiell beeinträchtigen konnten, bei welchen den abgesprochenen Erstangeboten Abgebotsrunden bzw. weitere Preisverhandlungen folgten. Die Bejahung der potentiellen Wettbewerbsbeeinträchtigung verlangt im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung gerade nicht, dass der tatsächliche Einfluss der ersten Angebotsrunde auf die Erteilung des Zuschlags und den Endpreis im Einzelfall nachgewiesen bzw. quantifiziert werden müsste. Insofern verzichtete die Vorinstanz im Zusammenhang mit dem weiteren Verlauf der Ausschreibungen zu Recht auf weitere Sachverhaltsabklärungen. Dass sie die entsprechenden Beweisanträge der Beschwerdeführerin abgewiesen hat, ist nicht zu beanstanden.

#### **E. 7.4.2.8**

Abgesehen davon steht gemäss den vorstehenden Erwägungen ohnehin fest, dass die Foffa Conrad die Abreden tatsächlich konsequent eingehalten und auch im weiteren Verlauf der Ausschreibungen nicht versucht hat, die Beschwerdeführerin zu unterbieten (E. 7.4.1.2). Die Wettbewerbsabreden in den Fällen Nr. 1, Nr. 3 - Nr. 8 und Nr. 10 beeinträchtigten den Wettbewerb daher mit der Vorinstanz auch tatsächlich, indem sie (zumindest) jeglichen Innenwettbewerb zwischen den Abredeteiligen beseitigt haben (vgl. in diesem Sinne auch E. 6.5.5.7 sowie Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 12.1.6, Engadin IV).

#### **E. 7.4.2.9**

Ein Grund zur Annahme, dass die Erheblichkeitsschwelle von Art. 5 Abs. 1 KG ausnahmsweise nicht erreicht ist, besteht nicht. Von Bagatellfällen kann nicht gesprochen werden. Die vorliegenden Wettbewerbsabreden überschreiten die Erheblichkeitsschwelle von Art. 5 Abs. 1 KG vielmehr sowohl unabhängig von der Anzahl der Abredeteiligen als auch unabhängig davon, ob die Zuschlagsmanipulation im Ergebnis glückte oder misslang (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 12.1.4 f., Engadin IV; Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.3.3, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Umbricht, bestätigt mit Urteil des BGer 2C\_845/2018 vom 3. August 2020). Auch die von der Beschwerdeführerin angerufenen weiteren Preisverhandlungen bzw. Abgebotsrunden eröffnen nach dem vorstehend Gesagten keinen Raum für die Annahme eines Bagatellfalls. Insbesondere geht die Beschwerdeführerin fehl, wenn sie suggeriert, eine Wettbewerbsbeschränkung habe höchstens bei Angebotskoordinationen mit allen Anbietern eintreten können.

#### **E. 7.4.2.10**

Demzufolge ist mit der Vorinstanz darauf zu schliessen, dass die Wettbewerbsabreden in den Fällen Nr. 1, Nr. 3 - Nr. 8 und Nr. 10 den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt haben. Eine solche Beeinträchtigung ist unzulässig, wenn sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lässt.

#### **E. 7.4.3.1**

Gerechtfertigt sind Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 2 KG, wenn sie (1) notwendig sind, (2) um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen und (3) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Diese drei Voraussetzungen müssen für die Rechtfertigung einer Wettbewerbsabrede kumulativ erfüllt sein, wobei es genügt, wenn lediglich einer der Effizienzgründe (2) vorliegt. Notwendig ist eine Abrede, wenn sie verhältnismässig ist, was voraussetzt, dass die Abrede geeignet, erforderlich und in dem Sinne zumutbar ist, dass sie den Wettbewerb im Verhältnis zum angestrebten Ziel nicht übermässig einschränkt (vgl. BGE 147 II 72 E. 7.2, Hors-Liste Medikamente Pfizer; BGE 143 II 297 E. 7.1, Gaba, je m.H.).

#### **E. 7.4.3.2**

Die Beschwerdeführerin bringt keine Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG vor. Sinngemäss macht sie zu ihrer "Rechtfertigung" geltend, dass eine selbständige Erstellung und Berechnung einer Offerte für die Foffa Conrad (bzw. die P. Lenatti, Fall Nr. 3) viel Arbeit bedeutet und hohe Kosten zur Folge gehabt hätte, welche ohne Interesse am Zuschlag nur nutzlose Aufwendungen gewesen wären. Es sei daher rational und ökonomisch sinnvoll gewesen, den Aufwand so gering wie möglich zu halten. Wenn die Foffa Conrad einfach eine kurze Berechnung mit möglichst hohen Zahlen eingereicht hätte, wäre dies gemäss der Beschwerdeführerin als sehr unprofessionell aufgefallen und die Foffa Conrad wäre Gefahr gelaufen, sich mit einem unverhältnismässig hohen Angebot "lächerlich" zu machen, was äusserst rufschädigend sein könne. Aus diesem Grund mache es Sinn, dass die Foffa Conrad ein etwas höheres Angebot als die Beschwerdeführerin habe einreichen und sich gleichzeitig den Aufwand für die Berechnung der Offerte habe ersparen wollen (Stellungnahme des Verwaltungsratspräsidenten der Beschwerdeführerin vom 24. Juni 2020 [Beilage Nr. 2 zur Eingabe vom 29. Juni 2020]; Beschwerde, Rz. 23, 85, 102, 163 f., 180 f., 213; Replik, Rz. 15, 18, 148).

#### **E. 7.4.3.3**

In dieser Argumentation ist offensichtlich kein gesetzlicher Effizienzgrund zu erblicken. Schon gar nicht ist ersichtlich, inwiefern die vorliegenden Preisabreden und Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern zur Erreichung der in Art. 5 Abs. 2 KG genannten Effizienzziele notwendig sein sollten. Wie die Vorinstanz korrekt festhält, ist eine Rechtfertigung der Wettbewerbsabreden in den Fällen Nr. 1, Nr. 3 - Nr. 8 und Nr. 10 deshalb zu verneinen (Verfügung, Rz. 222, Rz. 223, Lemma 4).

#### **E. 7.4.4**

Somit ergibt sich, dass die Wettbewerbsabreden in den Fällen Nr. 1, Nr. 3 - Nr. 8 und Nr. 10 den Wettbewerb auf dem relevanten Markt erheblich beeinträchtigt haben und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lassen. Die Vorinstanz hat die Unzulässigkeit der Wettbewerbsabreden in diesen Fällen zu Recht mit dieser Begründung bejaht. Die Einwände der Beschwerdeführerin dagegen sind unbegründet.

#### **E. 7.5**

Unzulässigkeit der Wettbewerbsabrede im Fall Nr. 2 Zu prüfen bleibt die Unzulässigkeit der Wettbewerbsabrede im Fall Nr. 2. Die Vorinstanz schliesst diesbezüglich auf die

Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (E. 7.2).

#### **E. 7.5.1**

Zur Begründung beruft sich die Vorinstanz auch im Fall Nr. 2 auf eine Beseitigung jeglichen Innenwettbewerbs zwischen den Abredeteilnehmern, da die Beschwerdeführerin und die Foffa Conrad auch die Abrede im Fall Nr. 2 eingehalten hätten (E. 7.4.1.1; Verfügung, Rz. 212 f.). Hingegen sei eine Widerlegung der Vermutung von Art. 5 Abs. 3 KG aufgrund von Aussenwettbewerb im Fall Nr. 2 aus den folgenden Gründen nicht in Betracht zu ziehen: Um die Ausführung des Bauprojekts von Fall Nr. 2 hätten sich nur die Beschwerdeführerin und die Foffa Conrad beworben. Die private Bauherrschaft habe bestätigt, dass sie abgesehen von den beiden abredebeteiligten Unternehmen keine weiteren Unternehmen zur Eingabe einer Offerte eingeladen habe. Somit seien beim Bauprojekt von Fall Nr. 2 mit der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad alle offerierenden Bauunternehmen an der Abrede beteiligt gewesen. Der Zuschlag sei in diesem Fall wie beabsichtigt der Beschwerdeführerin erteilt worden. Eine disziplinierende Wirkung durch aktuelle oder potenzielle Aussenwettbewerber sei nicht anzunehmen. Unter diesen Umständen könne die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Fall Nr. 2 weder durch hinreichenden Innen- noch Aussenwettbewerb widerlegt werden (Verfügung, Rz. 69; 214, Lemma 1; 215; 223, Lemma 3).

#### **E. 7.5.2**

Diese Darstellung der Vorinstanz stimmt mit der Aktenlage überein (vgl. insbesondere Vorinstanz, act. 15, [22-0459], Antwort Bauherr auf Frage 2). Danach trifft es namentlich zu, dass die private Bauherrschaft mit der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad nur die beiden Unternehmen zur Einreichung von Offerten eingeladen hat, welche das Offertverhalten untereinander abgesprochen haben (E. 6.8.9). Ebenso schliesst die Vorinstanz zutreffend auf eine Beseitigung des Innenwettbewerbs zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad, welche auch die Wettbewerbsabrede im Fall Nr. 2 eingehalten haben (E. 7.4.1.2, E. 7.4.2.8). Weiter ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die beiden Abredeteiligten unter den gegebenen Umständen mit keinem Konkurrenzangebot eines Aussenwettbewerbs rechnen mussten. Sie waren im Fall Nr. 2 somit auch im Aussenverhältnis keinen ausreichend disziplinierenden Kräften ausgesetzt.

#### **E. 7.5.3**

Die angenommene Wettbewerbsbeseitigung der Wettbewerbsabrede im Fall Nr. 2 aufgrund fehlender Widerlegbarkeit der gesetzlichen Vermutung ist demnach nicht zu beanstanden. Die Beschwerdeführerin bringt gegen dieses Ergebnis nichts Stichhaltiges vor.

#### **E. 7.5.4**

Demnach hat die Vorinstanz die Unzulässigkeit der Wettbewerbsabrede im Fall Nr. 2 zu Recht infolge Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bejaht (Art. 5 Abs. 1 KG). Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ist bei diesem Ergebnis ausgeschlossen (E. 7.1.1).

#### **E. 7.6**

Ergebnis Unzulässigkeit Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Einschätzung der Vorinstanz (E. 7.2) mit Bezug auf alle gemäss dem vorstehenden Zwischenergebnis vorliegenden Wettbewerbsabreden (E. 6.9.2) zu bestätigen ist. Demnach bejaht die Vorinstanz die Unzulässigkeit der Wettbewerbsabreden in den Fällen Nr. 1 - Nr. 8 und Nr.

10 zu Recht. In diesen Fällen liegen unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG vor.

## **E. 8**

Rechtmässigkeit der Massnahmen

### **E. 8.1**

Ausgangslage Streitgegenstand bildet weiter die Rechtmässigkeit der gegenüber der Beschwerdeführerin angeordneten Massnahmen. Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung der entsprechenden Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung (soweit sie betreffend, E. 2). Die Dispositiv-Ziffer 1 lautet wie folgt: "1. Der [...] und der [Beschwerdeführerin] wird untersagt: 1.1 Konkurrenten und Konkurrentinnen im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten; 1.2 sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten und Konkurrentinnen vor Ablauf der Offerteingabefrist - oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung - über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Kundinnen und Gebieten auszutauschen. Davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit: a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE); sowie b) der Mitwirkung an der Auftrags Erfüllung als Subunternehmer."

### **E. 8.2**

Vorbringen der Beschwerdeführerin Die Beschwerdeführerin begründet ihr Rechtsbegehren auf Aufhebung dieser Unterlassungsanordnung nicht. Weder in der Beschwerdeschrift noch den weiteren Rechtsschriften der Beschwerdeführerin finden sich Ausführungen dazu. Sinngemäss scheint sich der Antrag der Beschwerdeführerin (einzig) auf deren Annahme zu stützen, sie sei an keiner unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligt gewesen. Diese Annahme trifft gemäss dem Ausgeführten jedoch nicht zu (E. 7.6).

### **E. 8.3**

Vorbringen der Vorinstanz Die Vorinstanz macht zur Begründung ihrer (trotzdem strittigen und nachfolgend von Amtes wegen geprüften) Unterlassungsanordnung geltend, dass sich die Beschwerdeführerin erwiesenermassen an unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt habe. Deshalb sei die Beschwerdeführerin zu einem Verhalten zu verpflichten, bei welchem vergleichbare Wettbewerbsbeschränkungen verhindert würden und nicht mehr drohten (Verfügung, Rz. 227). Die Anordnung in Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung umschreibe diese Verpflichtung für ein künftig kartellrechtskonformes Verhalten hinreichend bestimmt, vollständig und klar (Verfügung, Rz. 229). Die Anordnung stehe in einem unmittelbaren Zusammenhang zu den begangenen unzulässigen Verhaltensweisen und verhindere, dass es erneut zu derartigen Verhaltensweisen komme (Verfügung, Rz. 229).

### **E. 8.4**

Würdigung des Gerichts

#### **E. 8.4.1**

Die Dispositiv-Ziffer 1 stützt sich auf Art. 30 Abs. 1 KG (mit der Marginalie "Entscheid"), wonach die Wettbewerbskommission "auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die

zu treffenden Massnahmen" entscheidet.

#### **E. 8.4.2**

Massnahmen nach Art. 30 Abs. 1 KG müssen den Grundsätzen des rechtsstaatlichen Handelns entsprechen, insbesondere im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV; Urteile des BGer 2C\_782/2021 vom 14. September 2022 E. 4 ff.; 2C\_43/2020 vom 21. Dezember 2021 E. 12.2 [nicht publiziert in BGE 148 II 25], Dargaud [Suisse] SA; 2C\_44/2020 vom 3. März 2022 E. 12.7 [nicht publiziert in BGE 148 II 321], Les Editions Flammarion SA; Urteile des BVGer B-5161/2019 vom 9. August 2021 E. 4.3.3, E. 5.1, Implenja; B-710/2014, B-747/2014, B-761/2014, B-765/2014, B-786/2014 und B-787/2014 [je] vom 16. November 2022 E. 16.3.1 [bzw. E. 3.3.1, E. 14.3.1, E. 15.3.1], Abreden im Bereich Luftfracht).

#### **E. 8.4.3**

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung sind solche Massnahmen nicht nur dann zulässig, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung im Verfügungszeitpunkt noch besteht und beseitigt werden muss. Vielmehr dürfen Massnahmen nach Art. 30 Abs. 1 KG auch neben einer direkten Sanktion getroffen werden, wenn sie zukunftsgerichtet - zum Schutz des wirksamen Wettbewerbs und zur Erhöhung der Präventivwirkung des Kartellgesetzes - darauf abzielen, einer hinreichend konkretisierten Wiederholungsgefahr entgegenzuwirken (vgl. Urteil des BGer 2C\_782/2021 vom 14. September 2022 E. 4.3.3 f., E. 4.4, insb. E. 5.7, wo aufgrund der in den E. 5.3, 5.4.4, 5.5.2 dargelegten Verhältnisse eine "ausreichende" Wiederholungsgefahr bejaht wird; ebenso: Urteile des BVGer B-710/2014, B-747/2014, B-761/2014, B-765/2014, B-786/2014 und B-787/2014 [je] vom 16. November 2022 E. 16.3.1 [bzw. E. 3.3.1, E. 14.3.1, E. 15.3.1], Abreden im Bereich Luftfracht).

#### **E. 8.4.4**

In diesem Sinne hielt auch bereits das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-5161/2019 vom 9. August 2021 - das dem oben erwähnten Bundesgerichtsentscheid zugrunde liegt und höchstrichterlich bestätigt wurde - fest, dass es einer "drohenden" erneuten Kartellrechtsverletzung bedarf (E. 4.3.3). Massnahmen nach Art. 30 Abs. 1 KG sind bei sanktionierbaren Wettbewerbsverstössen mit anderen Worten nur dann zulässig, wenn eine Wiederholungsgefahr besteht. Andernfalls ist die Anordnung von Massnahmen nicht erforderlich (vgl. Urteil des BVGer B-5161/2019 vom 9. August 2021 E. 4.5 i.V.m. E. 5.4.2, Implenja; ebenso: Urteile des BVGer B-710/2014, B-747/2014, B-761/2014, B-765/2014, B-786/2014 und B-787/2014 [je] vom 16. November 2022 E. 16.3.1 f. [bzw. E. 3.3.1 f., E. 14.3.1 f., E. 15.3.1 f.], Abreden im Bereich Luftfracht).

#### **E. 8.4.5**

Im Urteil 2C\_782/2021 vom 14. September 2022 hatte das Bundesgericht Massnahmen zu beurteilen, welche die Vorinstanz gegenüber dem Bauunternehmen Implenja angeordnet hatte, welches (wie die Beschwerdeführerin) in die Untersuchung "Bauleistungen Graubünden" verwickelt war. Die fraglichen Massnahmen entsprachen daher weitgehend jenen von Dispositiv- Ziffer 1 (E. 8.1). Im Gegensatz zur Beschwerdeführerin war die vor dem Bundesgericht beschwerdeführende (und schweizweit tätige) Implenja allerdings bereits mehrmals an verschiedenen unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt. Sie wurde konkret - zusätzlich zu ihrer Verwicklung in die Verfahren betreffend Submissionsabsprachen im Graubünden - auch mit Verfügung der Vorinstanz vom 16. Dezember 2011 wegen Submissionsabsprachen im Kanton Aargau sanktioniert. Später war

sie Adressatin der vorinstanzlichen Verfügung vom 8. Juli 2016 im Kartellsanktionsverfahren in Sachen Bauleistungen See-Gaster. Darüber hinaus hatte sich auch bereits eine Tochtergesellschaft von Implenia kartellrechtswidrig verhalten (vgl. zum Ganzen: Urteil des BGer 2C\_782/2021 vom 14. September 2022 E. 5.3, E. 5.5.2; Urteil des BVGer B-5161/2019 vom 9. August 2021 E. 5.4.2, Implenia).

#### **E. 8.4.6**

Das Bundesgericht erwog deshalb, dass angesichts der "Vielzahl von kartellrechtlichen Verfahren (...) ohne Weiteres ein gewisses Risiko angenommen werden" dürfe, dass sich das beschwerdeführende Unternehmen auch "in Zukunft wieder kartellrechtswidrig" verhalten werde (vgl. Urteil des BGer 2C\_782/2021 vom 14. September 2022 E. 5.3).

#### **E. 8.4.7**

Somit geht das Bundesgericht - wie vor ihm auch schon das Bundesverwaltungsgericht - offensichtlich nicht davon aus, dass eine "negative Prognose" allein schon aufgrund einer rein abstrakten Wiederholungsgefahr zu stellen ist, wie sie zweifellos immer gegeben sein dürfte, wenn nur der aktuell in Frage stehende Kartellrechtsverstoss betrachtet wird. Die Annahme der "ausreichenden Wiederholungsgefahr" gründet vielmehr auf verschiedenen, in den Urteilen erwähnten Indizien (vgl. Urteil des BGer 2C\_782/2021 vom 14. September 2022 E. 5.7 i.V.m. E. 4.4, E. 5.3, E. 5.4.4, E. 5.5.2 und E. 5.6; Urteil des BVGer B-5161/2019 vom 9. August 2021 E. 4.3.3, E. 4.4.2, E. 5.4.2, Implenia; ebenso: Urteile des BVGer B-710/2014, B-747/2014, B-761/2014, B-765/2014, B-786/2014 und B-787/2014 [je] vom 16. November 2022 E. 16.3.1 [bzw. E. 3.3.1, E. 14.3.1, E. 15.3.1], Abreden im Bereich Luftfracht).

#### **E. 8.4.8**

Anders als im dargelegten Präjudiz des Bundesgerichts sind für das Bundesverwaltungsgericht vorliegend keine stichhaltigen Indizien ersichtlich, die auf eine negative Prognose der Beschwerdeführerin als bisherige "Ersttäterin" schliessen liessen. Auch die Vorinstanz führt weder in der angefochtenen Verfügung noch im Schriftenwechsel vor Bundesverwaltungsgericht aus, inwiefern ein sachlich begründetes Risiko eines erneuten Verstosses der Beschwerdeführerin gegen das Kartellgesetz, somit eine ausreichende Wiederholungsgefahr, vorliegen könnte.

#### **E. 8.4.9**

Zwar hat sich die Beschwerdeführerin gegenüber den Wettbewerbsbehörden wie auch im Beschwerdeverfahren uneinsichtig gezeigt, was die Unzulässigkeit der hier beurteilten Sachverhalte betrifft. Dies stellt aber im Verwaltungs- wie im Rechtsmittelverfahren eine zulässige Verteidigungsstrategie dar. Ein sachlich begründetes Risiko für weitere Kartellrechtsverstösse der Beschwerdeführerin auch in der Zukunft lässt sich daraus nicht ableiten.

#### **E. 8.4.10**

Unter diesen Umständen erweisen sich die in Dispositiv-Ziffer 1 beschriebenen Massnahmen als nicht erforderlich. Dies gilt erst recht, da auch das Bundesgericht zum Schluss gelangt ist, dass diese Massnahmen lediglich das kartellrechtswidrige Verhalten beschreiben, welches ohnehin bereits von Gesetzes wegen verboten ist (vgl. Urteil des BGer 2C\_782/2021 vom 14. September 2022 E. 5.6, E. 6.3). Das Vorgehen der Vorinstanz muss deshalb als unverhältnismässig bezeichnet werden. Es verletzt Art. 5 Abs. 2 BV. Die

Beschwerde ist insofern begründet und die Dispositiv-Ziffer 1 ist, soweit sie sich auf die Beschwerdeführerinnen bezieht, aufzuheben.

## **E. 9**

Sanktionierung Nachfolgend ist zu prüfen, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe eine Sanktion auszusprechen ist (E. 5).

### **E. 9.1**

Ausgangslage und Fragestellung

#### **E. 9.1.1**

Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder marktbeherrschend ist und sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. Selbst wenn ein Sachverhalt den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt, entfällt die Belastung, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist (Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG; Urteil des BGer 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 6.3, DCC).

#### **E. 9.1.2**

Gemäss dem vorstehend Ausgeführten steht fest, dass es sich bei der Beschwerdeführerin um ein Unternehmen im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG i.V.m. Art. 2 Abs. 1bis KG handelt (E. 3.1, E. 6.4.8.1) und dass sich die Beschwerdeführerin in den Fällen Nr. 1 - Nr. 8 und Nr. 10 an unzulässigen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG beteiligt hat (E. 7.3.5, E. 7.4.4, E. 7.5.4 f.). Damit ist der objektive Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.4.1, Hors-Liste Medikamente Pfizer; Urteil des BGer 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 9.2, DCC).

#### **E. 9.1.3**

Ohne Weiteres als gegeben zu bestätigen ist auch das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG. Erforderlich dafür ist Vorwerfbarkeit. Massgebend ist ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens. Liegt ein nachweisbares wettbewerbswidriges Verhalten vor, so ist in aller Regel auch die objektive Sorgfaltspflicht verletzt. Denn die Unternehmen müssen über die Regeln des Kartellgesetzes, über die dazu ergangene Praxis und die einschlägigen Bekanntmachungen informiert sein (vgl. Urteil des BGer 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 9.3.1, DCC, m.w.H. auf die Rechtsprechung). Die Beschwerdeführerin bringt nichts vor, was die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zur Vorwerfbarkeit in Frage stellen könnte (Verfügung, Rz. 237 ff.).

#### **E. 9.1.4**

Bezüglich der Beteiligung der Beschwerdeführerin an den unzulässigen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG in den Fällen Nr. 1 und Nr. 2 hat die Vorinstanz die Sanktionierbarkeit der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG verneint (vgl. B.p). In diesen beiden Fällen ist denn auch unstrittig davon auszugehen, dass die Dauer zwischen Verfahrenseröffnung und Einstellung der Wettbewerbsbeschränkung fünf Jahre übersteigt

und eine Sanktionierung daher entfällt.

#### **E. 9.1.5**

Abgesehen davon ist auch nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Beschwerdeführerin als Sanktionsadressatin ins Recht gefasst hat. Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, wirft diese Zurechnung der vorliegenden Wettbewerbsverstösse keine Fragen auf (Verfügung, Rz. 250 f.). Namentlich war die Beschwerdeführerin seit der Begehung der streitgegenständlichen Kartellrechtsverstösse von keiner Umstrukturierung betroffen (vgl. dazu auch den Handelsregistereintrag der Beschwerdeführerin, CHE-106.031.005, <https://www.zefix.ch>, abgerufen am 15. August 2023).

#### **E. 9.1.6**

Strittig und nachfolgend zu beurteilen sind hingegen die folgenden Fragen: - Ist die Sanktionierung der Beschwerdeführerin generell ausgeschlossen, weil die Untersuchung der Vorinstanz unangemessen lange gedauert und insofern das Beschleunigungsgebot verletzt hat (vgl. E. 9.2)? - Sind zusätzlich zu den beiden nicht sanktionierten Wettbewerbsabreden (Fälle Nr. 1 und Nr. 2) auch die Wettbewerbsabreden in den Fällen Nr. 3, Nr. 4 und Nr. 5 wegen Überschreitung der Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG nicht sanktionierbar (vgl. E. 9.3)? - Erfolgte die Sanktionierung der Wettbewerbsabreden ohne Umsatz auf dem relevanten Markt (Fälle Nr. 3, 6, 7, 8 und 10) rechtmässig (vgl. E. 9.4)? - Hat die Vorinstanz die Basisbetragssätze der Sanktion mit 5% für die Wettbewerbsabreden ohne Umsatz und mit 8% für die Wettbewerbsabreden mit Umsatz auf dem relevanten Markt (Fälle Nr. 4 und Nr. 5) korrekt festgelegt (vgl. E. 9.5)? - Hätte die Vorinstanz mildernde Umstände zugunsten der Beschwerdeführerin berücksichtigen müssen (vgl. E. 9.6)? - Ist die Gesamtsanktion (inkl. den vorinstanzlichen Verfahrenskosten) für die Beschwerdeführerin tragbar (vgl. E. 9.7 f.)?

#### **E. 9.2**

Ausschluss der Sanktionierbarkeit wegen unangemessen langer Dauer der Untersuchung?

##### **E. 9.2.1**

Die Beschwerdeführerin bestreitet im Rahmen ihrer Eventualbegründung generell die Sanktionierbarkeit der vorliegenden Kartellrechtsverstösse, da die vorinstanzliche Untersuchung unangemessen lange gedauert habe. Die Vorinstanz verletze durch eine Überschreitung der zeitlichen Höchstdauer des Untersuchungsverfahrens das Beschleunigungsgebot von Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101). Eine Sanktionierung der Beschwerdeführerin sei aufgrund des Anspruchs auf Beurteilung innert Frist nicht mehr möglich. Dauere ein Untersuchungsverfahren mehr als viereinhalb Jahre, dürften nach der Praxis in der Regel keine Bussen mehr verhängt werden, (m.H. auf Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 7.5.5, Publigroupe, veröffentlicht in: RPW 2010/2 S. 329 ff.). Vorliegend betrage die Dauer der Untersuchung bis zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung am 27. Mai 2019 mehr als sechs Jahre. Davon sei auszugehen, wenn mit Bezug auf den für die Beschwerdeführerin relevanten Verfahrensbeginn auf die Ausdehnung der Untersuchung auf den gesamten Kanton Graubünden am 22. April 2013 abgestellt werde, was der Argumentation der Vorinstanz zum angeblich massgeblichen Stichdatum für die Berechnung der Fünfjahresfrist gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG entspreche (vgl. A.d sowie nachfolgend E. 9.3). Die Vorinstanz habe die äusserste Grenze der Untersuchungsdauer also weit überschritten. Ein

Rechtfertigungsgrund dafür sei nicht ersichtlich. Zwar handle es sich um zehn einzelne Bauprojekte. Diese seien aber überschaubar und die rechtlich relevanten Sachverhalte nicht komplex. Indem die Vorinstanz versuche, die übermässige Verfahrensdauer mit dem Hinweis auf fehlende Perioden von behördlicher Untätigkeit zu rechtfertigen, übersehe sie, dass weitere Kriterien zu berücksichtigen seien. So hätten vorliegend keine internationalen Ermittlungen durchgeführt werden müssen. Auch sei die Bedeutung der Angelegenheit für die betroffene Person einschliesslich der Schwere der Vorwürfe massgeblich (m.H. auf BGE 135 I 265 E. 4.4). Die ausgesprochene Sanktion führe für die Beschwerdeführerin, welche sich während der gesamten Verfahrensdauer in Ungewissheit über die finanzielle und organisatorische Zukunft befunden habe, zu einer besonderen Härte. Die Untersuchung stelle für sie eine derartige Belastung dar, dass aufgrund der allgemeinen Verfahrensgarantien und des Beschleunigungsgebots von Art. 29 Abs. 1 BV bzw. Art. 6 Abs. 1 EMRK keine Sanktion mehr verfügt werden dürfe (vgl. zum Ganzen: Beschwerde, Rz. 14, Rz. 222 ff.; Replik, Rz. 62 ff.).

### **E. 9.2.2**

Die Vorinstanz weist diese Kritik zurück. Eine Verfahrensdauer von sechs Jahren ab der Ausdehnung des Verfahrens auf den gesamten Kanton Graubünden am 22. April 2013 sei unter den besonderen Umständen des konkreten Falls angemessen und stehe der Sanktionierung der Beschwerdeführerin nicht entgegen. Bei der Beurteilung der Verfahrensdauer müsse der besondere Kontext des Verfahrens, welches seinen Ursprung in der am 30. Oktober 2012 eröffneten Untersuchung "Bau Unterengadin" habe, berücksichtigt werden. Die Verfahrenstrennung am 23. November 2015 habe es der Vorinstanz erlaubt, die zehn separat fortgeführten Verfahren gestaffelt abzuschliessen. Dabei habe die Vorinstanz in der ersten abgeschlossenen Untersuchung rechtskräftig festgestellt, dass Hoch- und Tiefbauunternehmen im Münstertal zwischen 2004 und 2012 mehr als hundert Ausschreibungen abgesprochen hätten. Nach sechs weiteren Entscheiden über Submissionsabsprachen im Hoch- und Tiefbau im Engadin habe die Vorinstanz vor dem Erlass der vorliegend angefochtenen Verfügung auch noch das Verfahren Engadin I mit einer Vielzahl von unterschiedlich gelagerten Submissionsabsprachen und unzulässigen Kooperationsformen im Unterengadin abgeschlossen. Im vorliegenden Verfahren seien ebenfalls zehn getrennte Wettbewerbsverstösse zu behandeln gewesen, bei welchen sich heikle Sachverhalts- und Rechtsfragen gestellt hätten; dies etwa angesichts der teilweise fehlenden Untermauerung der Angebotskoordinierung durch objektive Beweismittel, im Zusammenhang mit der Sanktionsbemessung der "erfolglosen Abreden" oder der Auslegung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG. Die in diesen zusammenhängenden Verfahren durchzuführenden Untersuchungshandlungen und Ermittlungsmassnahmen, die Beurteilung der vielen Vorwürfe gegenüber den diversen involvierten Unternehmen wie auch die anspruchsvolle Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse und die Durchführung der Akteneinsicht hätten Zeit in Anspruch genommen. In den unterschiedlichen Verfahren sei jeweils eine vielschichtige Abstimmung der einzelnen Handlungen geboten gewesen. Perioden von behördlicher Untätigkeit seien keine zu verzeichnen. Was die Beschwerdeführerin zur angeblich maximalen Verfahrensdauer von viereinhalb Jahren für erstinstanzliche kartellrechtliche Untersuchungen ausführe, überzeuge nicht. Das Bundesverwaltungsgericht habe eine generelle Höchstdauer für kartellrechtliche Verfahren im Urteil B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 Rz. 1645 f., DCC abgelehnt. Mit Verweis auf die EGMR-Rechtsprechung habe es festgehalten, dass in jedem Einzelfall zu prüfen sei, ob sich die tatsächliche Dauer unter den konkreten Umständen rechtfertigen lasse.

Vorliegend sei der Vorwurf der übermässigen Verfahrensdauer unbegründet (vgl. zum Ganzen: Verfügung, Rz. 249, Vernehmlassung, Rz. 70 ff.).

#### **E. 9.2.3.1**

Nach Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf eine Beurteilung innert angemessener Frist. Dieser Anspruch ist für straf- und zivilrechtliche Verfahren in Art. 6 Abs. 1 EMRK vorgesehen, der auch auf die strafrechtsähnlichen Kartellsanktionsverfahren anwendbar ist (vgl. Urteil des BVGer B-710/2014 vom 16. November 2022 E. 15.2.2, Luftfracht, m.H. auf BGE 139 I 72 E. 2.2.2, 4.2, Publigroupe; in diesem Sinne auch: Urteil des BGer 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 11.2, DCC).

#### **E. 9.2.3.2**

Ob sich die Dauer eines Verfahrens als angemessen erweist, bestimmt sich nicht absolut bzw. anhand von festen Fristen, sondern ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der gesamten Umstände einer Angelegenheit zu beurteilen. Hierzu zählen der Umfang und die Bedeutung des Verfahrens, das Verhalten der betroffenen Privaten und der Behörden, die Bedeutung für die Betroffenen sowie die für die Sache spezifischen Entscheidungsabläufe (vgl. Urteil des BGer 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 11.2, DCC, m.H. auf BGE 144 II 486 E. 3.2; BGE 135 I 265 E. 4.4; BGE 130 I 312 E. 5.1; Urteil des BVGer B-710/2014 vom 16. November 2022 E. 15.2.2, Luftfracht, m.H.). Bei der Feststellung einer übermässigen Verfahrensdauer ist im Einzelfall zu prüfen, ob sich die Umstände, die zur Verlängerung des Verfahrens geführt haben, objektiv rechtfertigen lassen (vgl. Urteil des BGer 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 11.2, DCC, m.H. auf BGE 144 II 486 E. 3.2; BGE 125 V 188 E. 2a; in diesem Sinne auch: Urteil des BVGer B-710/2014 vom 16. November 2022 E. 15.2.2, Luftfracht, m.H.).

#### **E. 9.2.3.3**

Zur Rechtfertigung der Verfahrensdauer kann neben einem befristeten personellen behördlichen Engpass oder dem Grad der Komplexität der Angelegenheit grundsätzlich auch das Bedürfnis der Behörde nach einer Koordination mit anderen Verfahren beitragen, nicht aber deren chronische Überlastung, mangelnde Organisation oder strukturelle Mängel des Verfahrens (vgl. Urteil des BGer 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 11.2, DCC; BGE 144 II 486 E. 3.2; BGE 130 I 312 E. 5.2; Urteil des BVGer B-710/2014 vom 16. November 2022 E. 15.2.2, Luftfracht, m.H. auf Urteil des EGMR 35632/13 vom 13. Januar 2015 [Hoholm/Slowakei] Ziff. 49, Urteil des EGMR 68919/10 vom 4. September 2014 [Peter/Deutschland] Ziff. 46 und BGE 130 I 312 E. 5.2). Insofern kann im Einzelfall selbst eine unüblich lange Verfahrensdauer angemessen sein (vgl. Urteil des BVGer B-710/2014 vom 16. November 2022 E. 15.2.2, Luftfracht, m.H.).

#### **E. 9.2.4.1**

Im vorliegenden Fall macht der (im Sachverhalt unter A und B dargestellte) Verfahrensablauf vor den Wettbewerbsbehörden deutlich, dass die gegen die Beschwerdeführerin gerichtete Untersuchung ihren Ursprung letztlich in der am 30. Oktober 2012 gegen 19 im Unterengadin tätige Unternehmen eröffneten Untersuchung "Bau Unterengadin" hat. Die Vorinstanz dehnte diese Untersuchung am 22. April 2013 auf den gesamten Kanton Graubünden sowie auf sieben weitere Unternehmen aus und führte sie unter der Bezeichnung "Bauleistungen Graubünden" fort (vgl. A.a, A.d). Bis zu diesem Zeitpunkt war die (im Oberengadin ansässige) Beschwerdeführerin von den

Untersuchungshandlungen der Vorinstanz allerdings noch nicht direkt betroffen (vgl. A.b, A.e). Am 23. November 2015 konstituierte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin formell als Untersuchungsadressatin, indem sie die Untersuchung "Bauleistungen Graubünden" ausdrücklich (auch) auf die Beschwerdeführerin ausdehnte. Gleichzeitig teilte die Vorinstanz die Untersuchung "Bauleistungen Graubünden" aus prozessökonomischen Gründen in zehn getrennte Verfahren auf (vgl. A.g f.). Der Abschluss der (u.a.) gegen die Beschwerdeführerin gerichteten Untersuchung 22-0459 "Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II" datiert vom 27. Mai 2019 (nachfolgend Teiluntersuchung "Engadin II").

#### **E. 9.2.4.2**

Wird auf die Konstituierung der Beschwerdeführerin als formelle Untersuchungsadressatin vom 23. November 2015 abgestellt, dauerte die Teiluntersuchung "Engadin II" somit insgesamt drei Jahre und sechs Monate. Gemäss dem vorstehend Dargelegten (E. 9.2.1 f.) ziehen die Parteien als massgeblichen Verfahrensbeginn für die Beschwerdeführerin allerdings übereinstimmend die räumliche Verfahrensausdehnung auf den ganzen Kanton Graubünden vom 22. April 2013 heran. Dies entspricht auch der von der Vorinstanz geforderten tatbezogenen Auslegung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG (vgl. nachfolgend E. 9.3) und ist insofern grundsätzlich nicht zu beanstanden. Ausgehend davon dauerte die Teiluntersuchung "Engadin II" insgesamt rund sechs Jahre und einen Monat.

#### **E. 9.2.4.3**

Eine Verfahrensdauer von über sechs Jahren muss mit der Beschwerdeführerin in der Tat als lang bezeichnet werden. Im Quervergleich dazu benötigte die Vorinstanz für die Bewältigung von Untersuchungen im Bereich der Überprüfung von Submissionsabsprachen bisher Zeitspannen zwischen ca. zwei Jahren (Untersuchung "Tunnelreinigung", vgl. RPW 2015/2 S. 193 [allerdings Verfahrensverkürzung durch den Abschluss von einvernehmlichen Regelungen mit allen Parteien]) bis zu ca. drei Jahren und zehn Monaten (Untersuchung "Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich", vgl. RPW 2013/4 S. 524; vgl. zudem die Verfahrensdauern der folgenden Untersuchungen: "Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau", vgl. RPW 2012/2 S. 270, ca. zweieinhalb Jahre; "Bauleistungen See-Gaster", vgl. RPW 2020/3a S. 880, ca. drei Jahre und drei Monate [einvernehmliche Regelungen mit einem Teil der Parteien]; "Strassenbeläge Tessin", vgl. RPW 2008/1 S. 85, ca. zwei Jahre und sieben Monate [aufgrund der damaligen Rechtslage noch ohne Sanktionierung]). Mehr Zeit als für die Bewältigung der zehn aus der Untersuchung "Bauleistungen Graubünden" hervorgegangenen Teiluntersuchungen benötigten die Wettbewerbsbehörden soweit ersichtlich bisher einzig für die Erledigung der Untersuchung "Abreden im Bereich Luftfracht". Hier betrug die Dauer bis zum Abschluss der vorinstanzlichen Untersuchung insgesamt rund sieben Jahre und neun Monate (vgl. RPW 2022/1 S. 84).

#### **E. 9.2.4.4**

Das Bundesgericht wie das Bundesverwaltungsgericht haben sich bereits mehrfach mit der Frage einer angeblichen Verletzung des Beschleunigungsgebotes durch die Vorinstanz befasst: In seiner jüngeren Rechtsprechung in Sachen "Abreden im Bereich Luftfracht" verneinte das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf die konkret vorliegenden Umstände eine Verletzung des Rechts der betroffenen Beschwerdeführer auf Beurteilung innerhalb einer angemessenen Verfahrensdauer trotz der soeben erwähnten, langen Untersuchungsdauer von sieben Jahren und neun Monaten (vgl. Urteile des BVGer

B-710/2014, B-747/2014, B-761/2014, B-786/2014 und B-787/2014 vom 16. November 2022 E. 15.2.2 [E. 14.2.2, E. 13.3.2, E. 14.2.1]). Weiter hat die kartellrechtliche Rechtsprechung gestützt auf die jeweiligen Einzelfallprüfungen Untersuchungen der Vorinstanz mit einer Dauer von rund vier Jahren und vier Monaten (vgl. Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 11, Publigroupe [nicht publiziert in BGE 139 I 72]; ebenso: Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 7.5.5, Publigroupe), einer Dauer von rund drei Jahren und zehn Monaten (vgl. Urteil des BGer 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 11.4, DCC; ebenso: Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 Rz. 1637 ff., DCC) sowie einer Dauer von rund fünf Jahren und zwei Monaten (vgl. Urteil des BGer 2C\_44/2020 vom 3. März 2022 E. 12.6 [nicht publiziert in BGE 148 II 321], Les Editions Flammarion SA) als insgesamt rechtmässig bestätigt.

#### **E. 9.2.4.5**

Die Behauptung der Beschwerdeführerin, dass laut der Praxis im Kartellverwaltungsrecht bei mehr als viereinhalbjährigen Untersuchungen in der Regel keine Bussen nach Art. 49a KG mehr verhängt werden dürfen, ist vor diesem Hintergrund nicht stichhaltig. Wie die soeben beschriebene Praxis verdeutlicht, können sich im Einzelfall durchaus auch längere Verfahrensdauern als angemessen erweisen.

#### **E. 9.2.4.6**

Die lange Verfahrensdauer von sechs Jahren und einem Monat bis zum Abschluss der vorliegend strittigen Teiluntersuchung "Engadin II" am 27. Mai 2019 geht im Wesentlichen darauf zurück, dass die Vorinstanz die zehn separat weitergeführten Teiluntersuchungen einer internen Priorisierung unterzogen und gestützt darauf bis am 19. August 2019 gestaffelt abgeschlossen hat (vgl. B.a). Während der Abschluss der vorrangig behandelten Teiluntersuchung "Münstertal" mit über hundert abgesprochenen Ausschreibungen bereits am 10. Juli 2017 erfolgt ist, benötigte die Vorinstanz anschliessend für den Abschluss von sechs weiteren Teiluntersuchungen nur etwas weniger als drei Monate (Abschluss der in zweiter Priorität behandelten Teiluntersuchungen Engadin U, III, IV, V, Q und VII je am 02. Oktober 2017, vgl. B.a). Darauf folgte nach etwas weniger als sechs Monaten am 26. März 2018 mittels einer dreihundert Seiten umfassenden Verfügung der Abschluss der Teiluntersuchung "Engadin I". Diese hatte sich gegen vierzehn im Unterengadin tätige Untersuchungsadressaten gerichtet und umfasste eine grosse Anzahl von Vorwürfen (vgl. RPW 2019/2 S. 322). Für den Abschluss der hier interessierenden Teiluntersuchung "Engadin II" am 27. Mai 2019 brauchte die Vorinstanz ein weiteres Jahr und zwei Monate, worauf sie nach knapp drei Monaten auch noch die letzte verfahrensabschliessende Verfügung erliess (Abschluss der Teiluntersuchung "Bauleistungen Graubünden" am 19. August 2019, vgl. B.a).

#### **E. 9.2.4.7**

Die Beschwerdeführerin vertritt den Standpunkt, es spiele für sie keine Rolle, dass die Vorinstanz mit anderen komplexen Verfahren beschäftigt war. Dass das gesamte Untersuchungsverfahren für alle Teile des Engadins viel Zeit der Vorinstanz in Anspruch genommen habe, dürfe sich nicht nachteilig auf die Beschwerdeführerin auswirken. Damit verlangt die Beschwerdeführerin sinngemäss, die Tatsache, dass sich der Abschluss der Teiluntersuchung "Engadin II" verzögerte, weil die Vorinstanz zuerst acht andere Teiluntersuchungen erledigt hat (E. 9.2.4.6), dürfe bei der Überprüfung der Angemessenheit der Verfahrensdauer von sechs Jahren und einem Monat nicht als (die Vorinstanz

entlastender) Umstand berücksichtigt werden. Diese Argumentation überzeugt nicht. Sie wird der engen Einbettung der Teiluntersuchung "Engadin II" in den Gesamtkontext, mit welchem sich die Vorinstanz im Kanton Graubünden konfrontiert sah, nicht gerecht. Ein Grund zu beanstanden, dass sich die Vorinstanz entschieden hat, die Gesamtuntersuchung in Teiluntersuchungen aufzuteilen und die jeweiligen Verfahrensabschlüsse zeitlich zu staffeln, besteht nicht. Dieses Vorgehen war mit Blick auf den grossen Umfang, die Komplexität und Bedeutung der Gesamtuntersuchung durchaus angezeigt, um so die Führung der einzelnen Verfahren und die spezifischen Entscheidungsabläufe zu vereinfachen. Es liegen auch keine Hinweise dafür vor, dass sich die Vorinstanz oder deren Sekretariat bei der Priorisierung und zeitlichen Abstimmung der jeweiligen Arbeitsschritte von nicht zweckmässigen Gründen leiten liess. Die Wettbewerbsbehörden dürfen bestimmten Verfahren im Sinne des Opportunitätsprinzips eine höhere Priorität einräumen als anderen, was zu Verzögerungen in einzelnen Verfahren führen kann (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 7.5.5, Publigroupe). Hierbei war es insbesondere naheliegend und auch gesetzeskonform (vgl. Art. 27 Abs. 2 KG), dass die Vorinstanz die beiden "grundlegenden" Teiluntersuchungen "Münstertal" und "Engadin I" vorrangig behandelt hat.

#### **E. 9.2.4.8**

Unter diesen Umständen ist es nachvollziehbar und letztlich auch unumgänglich, dass die Bearbeitung der Teiluntersuchung "Engadin II" im Vergleich zu den prioritär abgeschlossenen Teiluntersuchungen deutlich mehr Zeit in Anspruch genommen hat. Eine Verletzung des Beschleunigungsgebots lässt sich daraus nicht ableiten.

#### **E. 9.2.4.9**

Darüber hinaus verdeutlicht der oben (E. 9.2.4.6) dargestellte zeitliche Verfahrensverlauf, dass die Vorinstanz die einzelnen Teiluntersuchungen durchaus speditiv und gut organisiert zu einem Abschluss gebracht hat. Dies gilt auch für den Abschluss der vorliegend strittigen Teiluntersuchung "Engadin II" am 27. Mai 2019. Die Vorinstanz benötigte dafür seit dem Abschluss der umfangreichen Teiluntersuchung "Engadin I" am 26. März 2018, wie bereits erwähnt, ein Jahr und zwei Monate. Dies steht mit der Komplexität auch dieser Angelegenheit ohne Weiteres im Einklang. Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, überzeugt nicht.

#### **E. 9.2.4.10**

Die niedrige Priorisierung der Teiluntersuchung "Engadin II" durch die Vorinstanz (Abschluss an zweitletzter Stelle) bedeutete für die Beschwerdeführerin fraglos eine unangenehme Verlängerung der Ungewissheit über den Verfahrensausgang. Dies kann unter Würdigung aller Umstände aber insgesamt nicht als unverhältnismässig oder "besondere Härte" bezeichnet werden. Ebenso wenig lassen die übrigen Ausführungen der Beschwerdeführerin auf eine insgesamt übermässige Verfahrensdauer schliessen. Auch diese Darlegungen missachten letztlich den besonderen Gesamtkontext der Teiluntersuchung "Engadin II". Demgegenüber erscheinen die Ausführungen, mit welcher die Vorinstanz die Dauer der Untersuchung begründet, insgesamt schlüssig und nachvollziehbar (E. 9.2.2). Es bestehen namentlich keine Anhaltspunkte dafür, dass die lange Verfahrensdauer ab der räumlichen Verfahrensausdehnung auf den ganzen Kanton Graubünden am 22. April 2013 auf eine chronische Überlastung der Wettbewerbsbehörden, deren mangelnde Organisation oder auf strukturelle Mängel des Verfahrens zurückgeführt

werden müsste.

#### **E. 9.2.4.11**

Des Weiteren gilt es zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin das Sekretariat während der gesamten Untersuchungsdauer nie aufgefordert hat, die Teiluntersuchung "Engadin II" rascher zu behandeln. Die Länge des Verfahrens blieb seitens der Beschwerdeführerin bis kurz vor dem Abschluss der Teiluntersuchung "Engadin II" unbeanstandet. Erst im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 13. März 2019 zum Verfügungsantrag des Sekretariats vom 10. Januar 2019 rügte die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe die äussere Grenze der Untersuchungsdauer überschritten; eine Sanktionierung sei aufgrund des Anspruchs der Beschwerdeführerin auf Beurteilung innert Frist nicht mehr möglich (Vorinstanz, act. 93 [22-0459], Rz. 177 f.). Im Lichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung kann auch angesichts dieser Sachlage trotz der unstrittig langen Verfahrensdauer nicht von einer Verletzung des Rechts der Beschwerdeführerin auf Beurteilung innerhalb einer angemessenen Verfahrensdauer ausgegangen werden. Im Urteil 2C\_44/2020 vom 3. März 2022 in Sachen Les Editions Flammarion SA hielt das Bundesgericht in E. 12 (nicht publiziert in BGE 148 II 321) mit Verweis auf BGE 130 I 312 E. 5.2 nämlich fest: "Il appartient en effet au justiciable d'entreprendre ce qui est en son pouvoir pour que l'autorité fasse diligence, que ce soit en l'invitant à accélérer la procédure ou en recourant, le cas échéant, pour retard injustifié". Das passive Verhalten der Beschwerdeführerin steht dem von ihr verlangten gänzlichen Erlass der Sanktion somit ebenfalls entgegen (vgl. Urteil des BGer 2C\_44/2020 vom 3. März 2022 E. 12.6.3 [nicht publiziert in BGE 148 II 321], Les Editions Flammarion SA).

#### **E. 9.2.5**

Zusammenfassend schliesst die Dauer der Untersuchung eine Sanktionierung der Beschwerdeführerin demnach nicht aus. Die Vorinstanz hat den in Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK statuierten Anspruch der Beschwerdeführerin auf eine Beurteilung innert angemessener Frist nicht verletzt. Die Kritik der Beschwerdeführerin ist unbegründet.

#### **E. 9.3**

Ausschluss der Fälle Nr. 3, Nr. 4 und Nr. 5 von der Sanktionierbarkeit (Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG)? Gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG entfällt die Belastung, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei der Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist. Die Parteien sind sich uneinig über die Auslegung dieser Bestimmung. Sie gehen von einem unterschiedlichen Eröffnungszeitpunkt der Untersuchung aus:

##### **E. 9.3.1.1**

Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, das Verfahren sei gegenüber der Beschwerdeführerin am 22. April 2013 mit der Ausdehnung der Untersuchung "Bau Unterengadin" auf den gesamten Kanton Graubünden eröffnet worden. Somit stehe die Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG einer Sanktionierung der Wettbewerbsabreden in den Fällen Nr. 1 und Nr. 2 aus dem Jahr 2008 entgegen, nicht aber in den übrigen Fällen (vgl. A.d, B.p). Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, das rechtmässige Stichdatum für die Berechnung der fünfjährigen Frist gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG sei die formelle Ausdehnung der Untersuchung "Bauleistungen Graubünden" auf sie am 23. November 2015. Damit sei die Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG

nicht nur bezüglich der Fälle Nr. 1 und Nr. 2 verstrichen, sondern auch bezüglich der Fälle Nr. 3, Nr. 4 und Nr. 5 aus den Jahren 2008, 2009 und 2010. Die Auferlegung einer Sanktion sei somit auch in diesen drei Fällen nicht mehr möglich (vgl. A.g, C.b).

#### **E. 9.3.1.2**

Die Vorinstanz führt zur Bestimmung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG aus, die Rechtsnorm sei tatbezogen, nicht unternehmensbezogen auszulegen. Für die Sanktionierbarkeit sei folglich keine formelle und individuelle Verfahrensbekanntmachung notwendig, sondern einzig, dass die Untersuchung betreffend die letztlich zu sanktionierende Tat rechtzeitig eröffnet worden sei. Dafür spreche der Wortlaut, der tatbezogen formuliert sei. Hätte der Gesetzgeber eine unternehmensbezogene Auslegung gewollt, hätte er beispielsweise die Formulierung "Eröffnung der Untersuchung gegen das Unternehmen" gewählt. Auch aus der italienischen und französischen Fassung des Gesetzestextes ergebe sich nichts anderes. Hinzu komme, dass die Rechtsnorm nach Sinn und Zweck eine Verwirkungsfrist statuieren, die eine Sanktionierung ermöglichen solle, sofern die Untersuchung rechtzeitig eröffnet worden sei. Sie bezwecke den Schutz des Vertrauens, dass keine Sanktionierung mehr erfolge, wenn die Wettbewerbsbehörden innerhalb der Frist untätig geblieben seien. Ein solches Vertrauen bestehe nicht, wenn die Wettbewerbsbehörden hinsichtlich eines bestimmten Verstosses das Verfahren eröffnet hätten, das Unternehmen durch die Publikation davon erfahren habe und selbst wisse, dass es an dem den Untersuchungsgegenstand bildenden Verstoß gegen das Kartellgesetz beteiligt gewesen sei. Die Beschwerdeführerin habe von ihrer Involvierung in den Untersuchungsgegenstand gewusst. Die Eröffnung der Untersuchung im Unterengadin im Oktober 2012 wegen mutmasslichen Submissionsabsprachen im Bereich Hoch-, Tief- und Strassenbau sowie deren Ausdehnung auf den gesamten Kanton Graubünden im April 2013 seien amtlich publiziert und auch mittels Medienmitteilungen bekanntgegeben worden. Es sei davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin von den mutmasslichen Wettbewerbsverstössen im Bereich Hoch-, Tief- und Strassenbau im Kanton Graubünden (inklusive Oberengadin) Kenntnis gehabt habe. Alles andere sei abwegig. Ein schutzwürdiges Vertrauen der Beschwerdeführerin habe deshalb nicht mehr bestanden. Massgebend sei folglich der Zeitpunkt der tatbezogenen Ausdehnung der Untersuchung auf das Oberengadin, wo die vorliegend strittigen Projekte angesiedelt seien, also der 22. April 2013. Die Tathandlungen der Beschwerdeführerin in den Fällen Nr. 3, Nr. 4 und Nr. 5 seien weniger als fünf Jahre vor diesem Zeitpunkt erfolgt, womit die Sanktionsvoraussetzungen gegeben seien (vgl. zum Ganzen: Verfügung, Rz. 241 ff., Vernehmlassung, Rz. 88 ff., ergänzende Duplik, Ziff. 3 Bst. b Lemma 1-3).

#### **E. 9.3.1.3**

Die Beschwerdeführerin geht davon aus, Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG sei unternehmensbezogen auszulegen. Dies ergebe sich bereits aus dem Wortlaut der Bestimmung, welcher explizit von der "Eröffnung der Untersuchung" spreche. Demnach könne für die Berechnung der fünfjährigen Frist aufgrund des Akkusationsprinzips nur der Zeitpunkt der individuellen Eröffnung der Untersuchung gegen die beschuldigten Parteien gemeint sein. Dafür sprächen auch der Sinn und Zweck wie die historische Auslegung der Bestimmung. Sinn und Zweck von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG sei es, die Rechtssicherheit für die beteiligten Unternehmen zu stärken, indem sie nicht zeitlich unbeschränkt mit Sanktionsdrohungen rechnen müssten. Dass der Rechtssicherheit für die Unternehmen besondere Beachtung zu schenken sei, habe auch die Botschaft zur Änderung des

Kartellgesetzes betont (m.H. auf Botschaft des Bundesrats über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBI 2002 2022 ff., 2041, nachfolgend Botschaft KG 2002). Aus rechtsstaatlichen Gründen sei es nicht vertretbar, dass eine Untersuchung rechtliche Wirkungen entfalte, ohne dass ein Beschuldigter davon wisse, und ohne, dass er zu dem Zeitpunkt überhaupt zum Kreis der Beschuldigten gehöre. Die Beschwerdeführerin sei am 22. April 2013 nicht Adressatin des Verfahrens gewesen. In der amtlichen Publikation der Verfahrensausdehnung sei sie nicht namentlich genannt worden. Es sei bei der Beschwerdeführerin auch keine Hausdurchsuchung durchgeführt worden, welche sie über ihre Rolle in vorliegendem Verfahren in Kenntnis gesetzt hätte. Erst mit der Ausdehnung der Untersuchung auf sie am 23. November 2015 habe die Beschwerdeführerin Kenntnis von den ihr vorgeworfenen Handlungen erlangt. Ob die Beschwerdeführerin aufgrund der starken Medienpräsenz über eine Untersuchung betreffend Submissionsabsprachen im Engadin informiert gewesen sei oder nicht, spiele keine Rolle. Unabhängig davon sei damals kein Verfahren gegen sie eröffnet gewesen. Aufgrund der unternehmensbezogenen Auslegung sei der 23. November 2015 das rechtmässige Stichdatum für die Berechnung der Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG. Da die Handlungen der Beschwerdeführerin in den Fällen Nr. 3, Nr. 4 und Nr. 5 vor dem 23. November 2010 erfolgt seien, könnten auch diese Fälle nicht mehr sanktioniert werden (vgl. zum Ganzen: Beschwerde, Rz. 14, 254 ff., 265 ff.; Replik, Rz. 86, 89 ff.; abschliessende Stellungnahme [29. Juni 2020], Rz. 31 ff.).

#### **E. 9.3.2.1**

Die hier strittige Rechtsfrage, ob die Bestimmung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG tatbezogen oder unternehmensbezogen auszulegen ist, wurde dem Bundesverwaltungsgericht auch in den Beschwerdeverfahren B-5119/2019 und B-5130/2019 zur Prüfung unterbreitet. Diese Verfahren betrafen die Teiluntersuchung "Bauleistungen Graubünden", welche ebenfalls aus der Untersuchung "Bau Unterengadin" hervorgegangen ist und von der Vorinstanz am 19. August 2019 abgeschlossen wurde (vgl. B.a). Wie die Beschwerdeführerin vorliegend hatten auch die dortigen Beschwerdeführenden geltend gemacht, die Sanktionsmöglichkeit der Vorinstanz sei infolge Überschreitung der Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG entfallen. Für die Fristberechnung sei entgegen der Vorinstanz nicht auf die tatbezogene Untersuchungseröffnung abzustellen, sondern auf die formelle Ausdehnung der Untersuchung auf sie am 23. November 2015.

#### **E. 9.3.2.2**

Das Bundesverwaltungsgericht hat die beiden erwähnten Beschwerdeverfahren mit Urteilen vom 9. August 2021 entschieden. In diesen (in Rechtskraft erwachsenen) Urteilen hat es sich zusammenfassend wie folgt zur Auslegung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG geäussert (vgl. Urteile des BVGer B-5119/2019 und B-5130/2019 vom 9. August 2021 E. 5, insbesondere E. 5.2, E. 5.6 und E. 5.7): - Der Wortlaut des Gesetzes sei klar. Er mache die Sanktion nach Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG von der Einhaltung einer Fünfjahresfrist abhängig. Als Anknüpfungszeitpunkt gelte in allen drei Amtssprachen der Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung. - Letzterer ergebe sich aus Art. 27 Abs. 1 KG, welcher die "Eröffnung einer Untersuchung" regle und im 1. Satz festhalte, dass das Sekretariat eine Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eröffne, wenn "Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung" bestehen. - Laut dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG in Verbindung mit Art. 27 Abs. 1 KG werde somit klar an die Wettbewerbsbeschränkung, also die Tat, angeknüpft. Die Vorinstanz führe

zutreffend aus, dass der Gesetzgeber sonst eher die Formulierung "Eröffnung der Untersuchung gegen das Unternehmen" gewählt hätte. - Dass einem Unternehmen die Eröffnung der Untersuchung erst (viel) später angezeigt werde, lasse sich nicht verhindern, zumal im Untersuchungsverfahren der Kreis der an unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen mutmasslich beteiligten Unternehmen erweitert werden könne. - Zusammenfassend ergebe sich aus dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG in Verbindung mit Art. 27 Abs. 1 KG, dass der massgebliche Zeitpunkt für die Anknüpfung der Frist die Eröffnung der Untersuchung sei. Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG sei insoweit tatbezogen auszulegen. Eine davon abweichende Auslegung rechtfertige sich weder gestützt auf das historische, das systematische noch das teleologische Auslegungselement.

#### **E. 9.3.2.3**

Ein Grund, auf dieses Auslegungsergebnis zurückzukommen, besteht nicht. Die Beschwerdeführerin vermag mit ihren Ausführungen nichts vorzutragen, was die einschlägigen Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts in den Urteilen B-5119/2019 und B-5130/2019 vom 9. August 2021 in Frage stellen könnte. Auch vorliegend ist der Lauf der Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG somit tatbezogen zu bestimmen.

#### **E. 9.3.2.4**

Dies bedeutet, dass das massgebliche Stichdatum im Sinne der vorinstanzlichen Darstellung die Ausdehnung der Untersuchung "Bau Unterengadin" auf den ganzen Kanton Graubünden am 22. April 2013 ist (vgl. A.d). Die Tathandlungen in den Fällen Nr. 3, Nr. 4 und Nr. 5 erfolgten im Oktober 2008 (Fall Nr. 3), im Dezember 2009 (Fall Nr. 4) und im April 2010 (Fall Nr. 5). Demnach steht die Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG einer Sanktionierung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen in diesen drei Fällen nicht entgegen.

#### **E. 9.3.3.1**

Die Beschwerdeführerin sieht im Abstellen auf das Stichdatum vom 22. April 2013 zudem eine Verletzung des Akkusationsprinzips. Der Zweck dieses Prinzips sei es, jeder beschuldigten Person zu ermöglichen, möglichst rasch und umfassend über die gegen sie erhobenen Beschuldigungen unterrichtet zu werden. Die beschuldigte Person müsse die Möglichkeit haben, ihre Verteidigungsrechte geltend zu machen. Wegen dem Akkusationsprinzip könne der Verfahrensgegenstand ab einem definierten Zeitpunkt grundsätzlich nicht mehr geändert werden. Dies setze der Untersuchung eine feste Grenze und mache den beschuldigten Personen deutlich, gegen welchen Vorwurf sie sich zu verteidigen hätten. Daneben müsse zu diesem Zeitpunkt auch die Information vermittelt werden, welche die beschuldigte Person benötige, um sich sinnvoll gegen den erhobenen Vorwurf verteidigen zu können. Im Kartellrecht könne dieser Zeitpunkt nur jener der Untersuchungseröffnung gegen ein bestimmtes Unternehmen sein. Drohe eine Sanktion, seien die Behörden zur möglichst raschen und präzisen Unterrichtung über die Anschuldigungen verpflichtet. Aus rechtsstaatlichen Gründen könne es nicht zulässig sein, dass eine eröffnete Untersuchung später auf ein weiteres Unternehmen erweitert werde mit der Folge, dass für dieses alle Wirkungen der ursprünglichen Untersuchungseröffnung massgebend seien (vgl. zum Ganzen: Beschwerde, Rz. 258 ff.; Replik, Rz. 91).

#### **E. 9.3.3.2**

Der Anklagegrundsatz wird aus Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV sowie aus Art. 6 Ziffer 1 und 3 Bst. a und b EMRK abgeleitet. Nach diesem Grundsatz bestimmt die

Anklageschrift den Gegenstand des Gerichtsverfahrens (Umgrenzungsfunktion). Die Anklage hat die der beschuldigten Person zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben, dass die Vorwürfe in objektiver und subjektiver Hinsicht genügend konkretisiert sind. Zugleich bezweckt das Anklageprinzip den Schutz der Verteidigungsrechte der beschuldigten Person und garantiert den Anspruch auf rechtliches Gehör (Informationsfunktion; Urteil des BVGer B-5119/2019 vom 9. August 2021 E. 6.2, m.H. auf BGE 141 IV 132 E. 3.4.1 m.w.H.).

#### **E. 9.3.3.3**

Die Beschwerdeführerin verkennt, dass der Anklagegrundsatz nur für das Verfahren vor Gerichtsinstanzen gilt (vgl. zum Anklagegrundsatz im Kartellverfahren Izumi/Krimmer, DIKE-KG, Art. 30 N. 6 f.). Die Untersuchung aufgrund möglicher Wettbewerbsverstösse erfolgt dagegen in einem erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren, das von den Wettbewerbsbehörden durchgeführt wird. Bei der Vorinstanz (und ihrem Sekretariat) handelt es sich unstrittig nicht um ein Gericht im Sinne von Art. 6 EMRK (vgl. BGE 138 I 154 E. 2.7). Das kartellrechtliche Verfahren bleibt ein Verwaltungsverfahren, auch wenn die Massnahme nach Art. 49a Abs. 1 KG strafrechtsähnlich ist und damit gewisse strafrechtliche Grundsätze anwendbar sind (vgl. BGE 148 II 182 E. 3.3.3, m.w.H.; Urteil des BGer 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 11.4.1, DCC). Entsprechend sind auf das Untersuchungsverfahren (vorbehältlich der gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen) auch die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG) anwendbar (Art. 39 KG).

#### **E. 9.3.3.4**

Im Zeitpunkt der Eröffnung einer Untersuchung geht es um die Abklärung bestehender Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung (Art. 27 KG). Eine strafrechtsähnliche Sanktion im Sinne von Art. 6 EMRK steht zu diesem Zeitpunkt noch nicht im Raum. Dass bereits im Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung eine individualisierende Bezeichnung aller Adressaten, die möglicherweise in die Untersuchung einbezogen werden, zu erfolgen hätte, entspricht nicht der legislatorischen Absicht von Art. 27 KG oder Art. 28 KG. Dies lässt sich weder aus dem Anklagegrundsatz noch aus einem Teilgehalt des Gehörsanspruchs ableiten. Vielmehr liegt es in der Natur der Sache, dass ein Untersuchungsverfahren auf weitere Untersuchungsadressaten ausgedehnt werden kann (vgl. Urteil des BVGer B-5119/2019 vom 9. August 2021 E. 6.3, E. 7.3).

#### **E. 9.3.3.5**

Abgesehen davon kann der Anklagegrundsatz in Analogie zum Strafrecht gemäss dem vorstehend Gesagten (E. 9.3.3.2 f.) ohnehin erst mit der Sanktionsverfügung greifen, welche mit dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesgericht vor zwei Gerichtsinstanzen angefochten werden kann (vgl. Urteil des BVGer B-5119/2019 vom 9. August 2021 E. 6.3). Dass die Vorwürfe der angefochtenen Verfügung sich sachlich-thematisch mit der Untersuchung nicht decken würden, macht die Beschwerdeführerin zu Recht nicht geltend. Ebenso wenig bringt sie vor, dass sie nicht gewusst habe, was ihr mit der angefochtenen Verfügung zur Last gelegt wird.

#### **E. 9.3.3.6**

Schliesslich betont die Vorinstanz zu Recht, dass die Beschwerdeführerin bereits während der Untersuchung umfassend mit den gegen sie erhobenen Vorwürfen konfrontiert worden ist und auch hinlänglich Gelegenheit hatte, ihre Verteidigungsrechte gegenüber dem Sekretariat wie gegenüber der Vorinstanz auszuüben (vgl. Verfügung, Rz. 248;

Vernehmlassung, Rz. 89 Lemma 3). Der Beschwerdeführerin kann daher auch nicht gefolgt werden, falls sie im vorliegenden Zusammenhang sinngemäss zusätzlich eine Verletzung des Gehörsanspruchs oder anderer Verfahrensgarantien rügt.

#### **E. 9.3.4**

Zusammenfassend steht die Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG einer Sanktionierung der Wettbewerbsabreden in den Fällen Nr. 3, Nr. 4 und Nr. 5 nicht entgegen. Die Bestimmung ist mit der Vorinstanz tatbezogen auszulegen. Auch liegt keine Verletzung des Akkusationsprinzips vor, indem die Vorinstanz auf den 22. April 2013 als massgebliches Stichdatum abgestellt hat. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin erweisen sich als unbegründet.

#### **E. 9.4**

Rechtmässigkeit der Sanktionierung der Wettbewerbsabreden ohne Umsatz

##### **E. 9.4.1.1**

Die Parteien vertreten weiter unterschiedliche Standpunkte, was die Sanktionierung der unzulässigen Wettbewerbsabreden in den Fällen Nr. 3, Nr. 6, Nr. 7, Nr. 8 und Nr. 10 betrifft. In diesen fünf Fällen ging der Zuschlag für die Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten gemäss dem bereits Ausgeführten nicht an die Beschwerdeführerin, sondern an ein nicht abredebeteiligtes Drittunternehmen (E. 6.5.3.4, E. 7.4.1.1 Bst. b ff.; vgl. zudem das Prüfergebnis zur Unzulässigkeit in E. 7.6).

##### **E. 9.4.1.2**

Als unberücksichtigt gebliebene Offerentin generierte die Beschwerdeführerin mit ihrer Beteiligung an den entsprechenden Wettbewerbsabreden unstrittig keine eigenen Umsätze auf den relevanten Märkten (Bauleistungen im Zusammenhang mit dem jeweiligen Bauprojekt im Engadin sowie allenfalls angrenzenden Gebieten [vgl. B.p]).

##### **E. 9.4.1.3**

Die Beschwerdeführerin erhebt diesbezüglich die folgenden Rügen: - Die umsatzlosen Abredeeteiligungen der Beschwerdeführerin in den Fällen Nr. 3, Nr. 6, Nr. 7, Nr. 8 und Nr. 10 seien entgegen der Vorinstanz nicht sanktionierbar (vgl. E. 9.4.2). - Die von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung angewandte Methode zur Bemessung der Sanktion für die umsatzlosen Verstösse sei unrechtmässig. Diese Bemessungsmethode widerspreche der bisherigen Rechtsprechung, führe im Vergleich dazu zu einer höheren Sanktion und verletze somit den Grundsatz der Gleichbehandlung (vgl. E. 9.4.3). - In jedem Fall habe die Vorinstanz die Basisbetragssätze für die umsatzlosen Kartellrechtsverstösse mit 5% zu hoch bemessen. Die Einstufung als mittelschwere Verstösse sei unzutreffend (vgl. E. 9.5 [Prüfung zusammen mit der Rechtmässigkeit des Basisbetragssatzes von 8% für die umsatzgenerierenden Wettbewerbsabreden der Beschwerdeführerin in den Fällen Nr. 4 und Nr. 5]).

#### **E. 9.4.2**

Zunächst stellt sich die Beschwerdeführerin wie erwähnt auf den Standpunkt, ihre umsatzlosen Abredeeteiligungen in den Fällen Nr. 3, Nr. 6, Nr. 7, Nr. 8 und Nr. 10 seien nicht sanktionierbar.

##### **E. 9.4.2.1**

Die Beschwerdeführerin begründet diesen Standpunkt wie folgt: Aus Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 3 der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG, SR 251.5) ergebe sich, dass eine Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG zwingend auf der Grundlage des Umsatzes zu berechnen sei, welchen das an einer Abrede beteiligte Unternehmen auf dem relevanten Markt erzielt habe. Der Umsatz auf dem relevanten Markt stelle nach dem klaren Wortlaut der beiden Normen den einzigen Anknüpfungspunkt für die Sanktionsberechnung dar. Es sei nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen, einen hypothetischen Umsatz für die Berechnung des Basisbetrages heranzuziehen. Habe das zu sanktionierende Unternehmen auf dem relevanten Markt keinen Umsatz generiert, fehle die Basis für eine Sanktionsberechnung und es sei von einer Sanktion abzusehen. Es könne nicht angehen, dass die Beschwerdeführerin aufgrund der Berechnung eines hypothetischen Umsatzes, welchen sie selbst nicht erzielt habe, sanktioniert werde. Die Vorinstanz habe mit ihrem Abstellen auf die jeweilige Offertsumme der Beschwerdeführerin (vgl. sogleich E. 9.4.2.3) das strafrechtliche Legalitätsprinzip sowie Art. 49a Abs. 1 KG und die SVKG verletzt. Soweit sich die Vorinstanz auf die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. Juni 2018 in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau stütze (vgl. sogleich E. 9.4.2.2), verkenne sie, dass diese Urteile auf zwei wesentlich unterschiedlichen Prämissen beruhten: Erstens habe das Bundesverwaltungsgericht in jenen Urteilen zwar kein Rotationskartell bejaht, aber darauf hingewiesen, dass die Vielzahl der dort beurteilten Einzelverstösse nur unter dem Dach einer umfassenden Rahmenvereinbarung überhaupt denkbar gewesen sei. Die vorliegend beurteilte Situation sei damit nicht vergleichbar. Zweitens stimme die Sanktionsbemessung der Vorinstanz in der Untersuchung aus dem Kanton Aargau nicht mit jener in der vorliegenden Untersuchung überein. Während die Vorinstanz die Sanktion in der Aargauer Untersuchung noch aufgrund eines "Zuschlagsmodells" berechnet habe, rechne die Vorinstanz vorliegend für jedes Bauprojekt einen fiktiven eigenen Basisbetrag auf (Beschwerde, Rz. 14, 277 ff.; Replik, Rz. 94 ff.).

#### **E. 9.4.2.2**

Demgegenüber geht die Vorinstanz davon aus, dass eine Nicht-Sanktionierung der unzulässigen Abredeteiligungen der Beschwerdeführerin in den Fällen Nr. 3, Nr. 6, Nr. 7, Nr. 8 und Nr. 10 im Kartellgesetz nicht vorgesehen sei. Gemäss der Regelung auf Gesetzesstufe sei ein Sanktionsverzicht nur aus den in Art. 49a Abs. 3 KG abschliessend aufgeführten Gründen möglich. Das Bundesverwaltungsgericht habe die Rechtsfrage, ob ein Unternehmen für eine unzulässige Submissionsabsprache, mit welcher es keinen Umsatz erzielte, zu sanktionieren sei, in den Urteilen in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau geklärt. Dabei habe das Bundesverwaltungsgericht klargestellt, dass auch solche Verstösse zu sanktionieren seien. Vorliegend sei je ein Basisbetrag zu bestimmen, der einerseits den von der jeweiligen Wettbewerbsabrede "betroffenen Umsatz" einbeziehe und andererseits die Schwere und die Art des fraglichen Verstosses berücksichtige (vgl. stellvertretend Verfügung, Rz. 266 f. [Fall Nr. 3]; Vernehmlassung, Rz. 91 f.; Duplik, Rz. 52).

#### **E. 9.4.2.3**

Zur Bestimmung dieser Basisbeträge zog die Vorinstanz je den Umsatz heran, welchen die Beschwerdeführerin beim entsprechenden Bauprojekt als das erfolglos geschützte Unternehmen abrededemäss hätte erzielen sollen. Dieser Umsatz reflektiere letztlich die wirtschaftliche Bedeutung der fraglichen Submission und damit des entsprechenden Marktes und gebe dadurch Aufschluss über die Tragweite und das Schädigungspotential des

Kartellrechtsverstosses. Konkret stellte die Vorinstanz auf die jeweilige Offertsumme der Beschwerdeführerin (ohne Mehrwertsteuer) ab (Verfügung, Rz. 266 f. [Fall Nr. 3], Rz. 317 [Fall Nr. 6], Rz. 333 [Fall Nr. 7], Rz. 349 [Fall Nr. 8], Rz. 384 [Fall Nr. 10]). Die Schwere der fünf umsatzlosen Kartellrechtsverstösse der Beschwerdeführerin qualifizierte die Vorinstanz je als "mittelschwer". Gestützt darauf legte die Vorinstanz den Basisbetragsatz zur Berechnung der Sanktion der Beschwerdeführerin auf 5% der jeweiligen Offertsumme der Beschwerdeführerin fest (Verfügung, Rz. 270 f. [Fall Nr. 3], Rz. 320 f. [Fall Nr. 6], Rz. 336 f. [Fall Nr. 7], Rz. 352 f. [Fall Nr. 8], Rz. 387 f. [Fall Nr. 10]).

#### **E. 9.4.2.4**

Konkret präsentiert sich die Sanktionsberechnung der Vorinstanz hinsichtlich der fünf umsatzlosen Abredeeteiligungen der Beschwerdeführerin wie folgt (Verfügung, Rz. 280 [Fall Nr. 3], Rz. 330 [Fall Nr. 6], Rz. 346 [Fall Nr. 7], Rz. 366 [Fall Nr. 8], Rz. 397 [Fall Nr. 10], Rz. 398): Fall Offertsumme Basisbetragsatz Basisbetrag Sanktion Nr. 3 (...) 5% (...) (...) Nr. 6 (...) 5% (...) (...) Nr. 7 (...) 5% (...) (...) Nr. 8 (...) 5% (...) (...) Nr. 10 (...) 5% (...) (...)

#### **E. 9.4.2.5**

Die Vorinstanz bestätigt die Sanktionierbarkeit dieser fünf unzulässigen umsatzlosen Abredeeteiligungen der Beschwerdeführerin zu Recht unter Berufung auf die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau. Denn wie die Vorinstanz zutreffend festhält, hat das Bundesverwaltungsgericht die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Rechtsfrage, ob ein Unternehmen auch in jenen Fällen gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG sanktioniert werden muss, in welchen es mit der Beteiligung an einer nach Art. 5 Abs. 3 KG unzulässigen Submissionsabsprache keinen Umsatz erzielt hat, bereits in diesen Urteilen bejaht (vgl. Urteile des BVGer vom 25. Juni 2018 B-771/2012, B-807/2012, B-829/2012 und B-880/2012).

#### **E. 9.4.2.6**

Dabei betonte das Bundesverwaltungsgericht, dass die Auferlegung einer Sanktion in der Höhe von bis zu 10 Prozent des vom Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes die (zwingende) Rechtsfolge darstelle, sofern eine von Art. 49a Abs. 1 KG erfasste Wettbewerbsbeschränkung nachgewiesen ist. Das Gesetz räume diesbezüglich kein Entschliessungsermessen ein. Insofern habe die Vorinstanz damals zu Recht alle nach Art. 5 Abs. 3 KG unzulässigen Abredeeteiligungen der dortigen Beschwerdeführer sanktioniert; dies ohne zwischen den einzelnen Fallkonstellationen zu unterscheiden (im Wesentlichen: erfolgreiche und erfolglose Schutznahmen sowie erfolgreiche und erfolglose Stützofferten). In einer Nicht-Sanktionierung von Verstössen einer dieser Fallkonstellationen - die auch umsatzlose Verstösse wie die vorliegenden beinhalteten - erblickte das Bundesverwaltungsgericht unmissverständlich eine Verletzung von Art. 49a Abs. 1 KG (vgl. z.B. Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.4.1, Umbricht, bestätigt mit Urteil des BGer 2C\_845/2018 vom 3. August 2020).

#### **E. 9.4.2.7**

Zusätzlich hat das Bundesverwaltungsgericht in den damaligen Urteilen in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau auch aufgezeigt, dass der SVKG keine Art. 49a Abs. 1 KG konkretisierende Regel dafür entnommen werden kann, wie die rechtmässige Bemessung der Sanktion für die Beteiligung an unzulässigen umsatzlosen Submissionsabsprachen innerhalb des abstrakten Sanktionsrahmens von Art. 49a Abs. 1 KG konkret erfolgen muss.

Dieses Fehlen einer ausdrücklichen Bemessungsregel auf Verordnungsstufe dürfe aber nicht zur Fehleinschätzung verleiten, dass von einer Sanktionierung von umsatzlosen Wettbewerbsabreden mangels genügender rechtlicher Grundlage abgesehen werden müsste. Die Abredeteiligen hätten sich auch bei diesen Fallkonstellationen an einer Submissionsabsprache in der Form einer unzulässigen Preisabrede und Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG beteiligt. Art. 49a Abs. 1 KG bilde auch für die Sanktionierung dieser umsatzlosen Kartellrechtsverstösse die hinreichende formell-gesetzliche Rechtsgrundlage. Mit Art. 49a Abs. 2 und 3 KG habe der Gesetzgeber die grundlegenden Voraussetzungen für einen ganzen oder teilweisen Verzicht auf die Belastung mit einer Sanktion abschliessend auf Gesetzesstufe geregelt. Ein Spielraum für eine davon abweichende Regelung auf Verordnungsstufe bestehe nicht (vgl. zum Ganzen z.B. Urteil des BVGer B-829/2012 E. 10.5.5.5, E. 10.5.8.1 ff., Granella).

#### **E. 9.4.2.8**

Mit Bezug auf diesen fehlenden Spielraum auf Verordnungsstufe erinnerte das Bundesverwaltungsgericht in den Urteilen in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau weiter daran, dass sich die SVKG denn auch ausdrücklich darauf beschränke, Folgendes zu regeln: - die Voraussetzungen und das Verfahren beim gänzlichen oder teilweisen Verzicht auf eine Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 2 KG (vgl. Art. 1 Bst. b SVKG), - die Voraussetzungen und das Verfahren der Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG (vgl. Art. 1 Bst. c SVKG), - die Bemessungskriterien bei der Verhängung von Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Nicht zum Regelungsgegenstand der SVKG zähle hingegen, umsatzlose Fallkonstellationen, welche die Voraussetzungen für die direkte Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG erfüllten, von der gesetzlichen Sanktionierungspflicht auszunehmen (vorbehältlich einer Sanktionsbefreiung gestützt auf die Bonusregelung von Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b und Art. 8 ff. SVKG). Dies ergebe sich bereits aus der Umschreibung des Regelungsgegenstandes der Verordnung in Art. 1 Bst. a SVKG, wo von der blossen Regelung der "Bemessungskriterien" die Rede sei. Aber auch der systematische Aufbau der Verordnung ("2. Abschnitt: Sanktionsbemessung") bestätige, dass sich der Bundesrat beim Erlass der Verordnung auf die Konkretisierung der Bemessungskriterien bei der Verhängung von Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG beschränkt habe (vgl. z.B. Urteil des BVGer B-829/2012 E. 10.5.8.4, Granella).

#### **E. 9.4.2.9**

Es besteht kein Anlass, diese Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts in den Urteilen vom 25. Juni 2018 in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau in Frage zu stellen. Die angeblichen "zwei wesentlich unterschiedlichen Prämissen" dieser Urteile, auf welche sich die Beschwerdeführerin beruft (E. 9.4.2.1), sind für die Beantwortung der hier geprüften Frage der Sanktionierbarkeit der umsatzlosen Abredeteiligen der Beschwerdeführerin nicht relevant. Im Übrigen knüpft der Wortlaut von Art. 49a Abs. 1 KG entgegen der Beschwerdeführerin gerade nicht am Umsatz des fehlbaren Unternehmens auf dem von der unzulässigen Verhaltensweise betroffenen relevanten Markt an. Der Gesetzgeber gibt mit Art. 49a Abs. 1 KG im Gegenteil lediglich vor, dass die Belastung in jedem Fall auf 10% des Gesamtumsatzes zu begrenzen ist, welchen das Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielt hat (vgl. in diesem Sinne etwa auch: Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 Rz. 1633, DCC; Krauskopf,

DIKE-KG, Art. 49a Abs. 1-2 N. 2 und 60; Lauterburg, in: SIWR V/2, a.a.O., S. 708 f. N. 25 f., 48). Unterhalb dieser Maximalsanktion schreibt der Gesetzgeber die Sanktionierung auch dann zwingend vor, wenn ein Unternehmen mit einer ihm nachgewiesenen unzulässigen und sanktionsbedrohten Verhaltensweise (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, Art. 7 KG) keine Umsätze erzielt (vgl. damit übereinstimmend auch das Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 15.1.7 ff., insbes. E. 15.1.11, Engadin IV). Davon abzugrenzen sind die Fragen, ob auch die konkrete Bemessung der Sanktion rechtmässig erfolgte (vgl. nachfolgend E. 9.4.3, E. 9.5) und ob die letztlich resultierende Gesamtsanktion für die Beschwerdeführerin tragbar ist (vgl. nachfolgend E. 9.7 f.).

#### **E. 9.4.2.10**

Zusammenfassend hat die Vorinstanz die Sanktionierbarkeit der umsatzlosen Abredebeitrügen der Beschwerdeführerin in den Fällen Nr. 3, Nr. 6, Nr. 7, Nr. 8 und Nr. 10 zu Recht bejaht. Die Vorinstanz hat damit weder das strafrechtliche Legalitätsprinzip noch Art. 49a Abs. 1 KG oder die SVKG verletzt. Die Rüge der Beschwerdeführerin ist unbegründet.

#### **E. 9.4.3**

Weiter rügt die Beschwerdeführerin, die von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung angewandte Bemessungsmethode - welche die Sanktion für die fünf umsatzlosen Abredebeitrügen der Beschwerdeführerin bei 5% der jeweiligen Offertsumme der Beschwerdeführerin festlegt (vgl. E. 9.4.2.3 f.) - sei unrechtmässig. Diese Bemessungsweise widerspreche der bisherigen Rechtsprechung betreffend die Sanktionierung umsatzloser Einzelsubmissionsabsprachen in den Kantonen Aargau und Zürich und führe zu einem höheren Sanktionsbetrag, als er sich danach ergeben würde. Die Vorinstanz verletze dadurch den Grundsatz der Gleichbehandlung.

#### **E. 9.4.3.1**

Die Beschwerdeführerin führt dazu im Wesentlichen Folgendes aus: Der Vorinstanz sei es sehr wohl bewusst, dass die Berechnung auf der Grundlage eines hypothetischen Umsatzes auf keiner rechtlichen Grundlage beruhe und dass ein umsatzloser Verstoss deutlich milder zu sanktionieren sei. So habe die Vorinstanz im Aargauer Verfahren selbst ausgeführt, dass es zu unbefriedigenden Ergebnissen führe, wenn der Basisbetrag für diejenigen Unternehmen, welche mit einem Bauprojekt keine Umsätze gemacht hätten, auf der Grundlage eines hypothetischen Umsatzes berechnet würde. Auch im Zürcher Verfahren habe die Vorinstanz für die umsatzlosen Abredebeitrügen erneut einen Pauschalbetrag festgelegt, der deutlich tiefer gewesen sei als die Berechnung des Basisbetrags gestützt auf einen hypothetischen Umsatz. Als Beurteilungskriterien für die Berechnung des Pauschalbetrages habe die Vorinstanz jeweils die Anzahl der Beitteilungen, die Höhe der Offertsummen und die Grösse des Unternehmens berücksichtigt. Das grösste der beteiligten Bauunternehmen sei dabei lediglich mit einem Pauschalbetrag von Fr. 50'000.-, die kleineren Bauunternehmen seien mit einem Pauschalbetrag von lediglich Fr. 5'000.- sanktioniert worden. Eigene Teilsanktionen für umsatzlose Abredebeitrügen dürften gemäss der Rechtsprechung der Vorinstanz im Aargauer und Zürcher Verfahren keine auferlegt werden. Solche Abredebeitrügen seien, wenn überhaupt, lediglich als erschwerender Umstand im Sinne von Art. 5 SVKG zu behandeln. Beim Vergleich des vorliegenden Sachverhaltes mit jenem in den Aargauer Verfahren werde offensichtlich, dass die vorliegende Streitsache bei weitem nicht dasselbe Ausmass an

wettbewerbsschädlichen Auswirkungen annehme. Es könne nicht angehen, dass die Beschwerdeführerin härter sanktioniert werde als die Verfügungsadressaten in den Urteilen der Aargauer Verfahren, obwohl die dort beurteilten Verhaltensweisen weit schwerwiegendere Auswirkungen auf den Wettbewerb gehabt hätten als die Verhaltensweise der Beschwerdeführerin in der vorliegenden Streitsache.

#### **E. 9.4.3.2**

Ausgehend davon beantragt die Beschwerdeführerin subeventualiter eine Reduktion der Sanktionshöhe nach Massgabe der bisherigen Rechtsprechung der Vorinstanz betreffend Einzelsubmissionsabsprachen in den Kantonen Aargau und Zürich. Dabei gelte es zu berücksichtigen, dass sich die Beschwerdeführerin höchstens an sechs umsatzlosen Submissionsabsprachen beteiligt habe, womit von einer kleinen Anzahl Beteiligungen auszugehen sei. Weiter liege die Höhe der Offertsummen bei den betreffenden Objekten im Vergleich zu den Offertsummen im Aargauer und Zürcher Verfahren in einem tiefen Bereich. Schliesslich handle es sich bei der Beschwerdeführerin um ein eher kleines Bauunternehmen. Subeventualiter gerechtfertigt sei für alle umsatzlosen Verstösse der Beschwerdeführerin zusammen ein symbolischer Pauschalbetrag von maximal Fr. 5'000.- (vgl. Rechtsbegehren-Ziffer 3 [C.a, C.b], sowie zum Ganzen: Beschwerde, Rz. 292, 320 ff., 332, 341, 344, 347, 351, 354 f.; Replik, Rz. 95, 98, 111; RPW 2012/2, S. 270 ff., Rz 1093, 1094, 1095 und RPW 2013/4, S. 524 ff., Rz 944).

#### **E. 9.4.3.3**

Die Vorinstanz ist nicht bereit, die Sanktion für die fünf umsatzlosen Abredeteiligungen der Beschwerdeführerin im Sinne des Subeventualantrags der Beschwerdeführerin zu reduzieren, sondern hält an ihrer Bemessungsmethode fest. Diese (in E. 9.4.2.3 f. beschriebene) Sanktionsbemessung stehe im Einklang mit den vom Gesetz- und Verordnungsgeber in Art. 49a KG und Art. 3 SVKG getroffenen Wertungen. Der Einwand der Beschwerdeführerin, die vorliegende Sanktionsbemessung verstosse gegen die wettbewerbsbehördliche Praxis und den Grundsatz der Gleichbehandlung, beruhe auf der falschen Annahme, dass sich eine wettbewerbsbehördliche Praxis zur Sanktionierung von Einzelsubmissionsabsprachen gebildet habe, auf welche sich die Beschwerdeführerin berufen könne. Pauschalsanktionen habe die Vorinstanz einzig in der Entscheidung vom 16. Dezember 2011 betreffend Einzelsubmissionsabsprachen im Kanton Aargau gebildet. Schon in der Entscheidung vom 22. April 2013 betreffend Einzelsubmissionsabsprachen im Kanton Zürich habe die Vorinstanz festgehalten, dass in Bezug auf die Sanktionierung für die Abgabe von Stützofferten keine gefestigte Praxis bestehe und es für künftige Entscheide grundsätzlich geboten sei, für umsatzlose Einzelsubmissionsabsprachen nicht bloss Pauschalsanktionen aufzuerlegen, sondern die Sanktion anhand eines Basisbetrags festzulegen, welcher sich am Volumen des relevanten Markts orientiere (m.H. auf RPW 2013/4, S. 524, Rz. 949-951). Eine wettbewerbsbehördliche Praxis zur Sanktionierung von umsatzlosen Einzelsubmissionsabsprachen mittels Pauschalsanktionen habe vor dem Erlass der angefochtenen Verfügung somit gar nicht bestanden. Damit habe auch kein Vertrauen auf eine bestimmte Behördenpraxis entstehen können. Aber selbst, wenn man annähme, dass die Entscheidung vom 16. Dezember 2011 Vertrauen habe entstehen lassen, habe dieses Vertrauen nur bis zur Publikation des Entscheids vom 22. April 2013 Bestand haben können. Zudem schütze das Vertrauensprinzip einzig denjenigen, der im Vertrauen auf eine bestimmte Behördenpraxis Handlungen vornehme oder unterlasse. Die vorliegend sanktionierten Sachverhalte hätten sich aber zugetragen, als der Entscheid der Vorinstanz

vom 16. Dezember 2011 betreffend Einzelsubmissionsabsprachen im Kanton Aargau noch gar nicht ergangen und publiziert gewesen sei. Daher sei es ausgeschlossen, dass die Beschwerdeführerin im Vertrauen, höchstens mittels Pauschalsanktionen für ihre umsatzlosen Verstösse gebüsst zu werden, kartellrechtswidrig gehandelt habe. Unabhängig davon stünden das Gleichheitsprinzip und der Grundsatz der Rechtssicherheit einer Praxisänderung nicht entgegen, sofern diese auf sachlichen Gründen beruhe. Die Auffassung der Beschwerdeführerin, wonach umsatzlose Abredebeiträge nicht mit einer eigenen Teilsanktion belegt werden dürften, sondern höchstens als erschwerender Umstand im Sinne von Art. 5 SVKG zu behandeln seien, hätte laut der Vorinstanz zur Konsequenz, dass ein Unternehmen, welches sich "nur" an erfolglosen Abreden beteiligt habe, nicht sanktioniert werden könnte. Denn diesfalls würde es gar keinen Verstoß geben, dessen Sanktion nach Art. 5 SVKG erhöht werden könnte. Aus der Auffassung der Beschwerdeführerin würden daher unhaltbare und nicht mit dem Gesetz zu vereinbarende Ergebnisse resultieren, nämlich die Straffreiheit von Verstößen, für welche der Gesetzgeber eine Sanktionierung vorsehe. Bei der vorliegend angewandten Bemessungsmethode handle es sich um eine mittlerweile gefestigte Praxis, welche die Vorinstanz bereits mit der Publikation der Entscheidung vom 22. April 2013 betreffend Einzelsubmissionsabsprachen im Kanton Zürich angekündigt habe. Die Beträge, welche die Vorinstanz zur Sanktionierung der umsatzlosen Tatbeiträge herangezogen habe, reflektierten die wirtschaftliche Bedeutung der fraglichen Submission und damit des entsprechenden Marktes. Die Beträge gäben dadurch Aufschluss über die Tragweite und das Schädigungspotential des Kartellrechtsverstosses (vgl. zum Ganzen: Vernehmlassung, Rz. 93, 108 f., 111 Lemma 3, 117 Lemma 3, 119 Lemma 3, 121 Lemma 2, 125 Lemma 3; Duplik, Rz. 53; RPW 2013/4, S. 524, Rz. 949-951).

#### **E. 9.4.3.4**

Die Parteien gehen zunächst zu Recht übereinstimmend davon aus, dass sich die Bemessungsweise der angefochtenen Verfügung zur Festlegung der Sanktion für die fünf umsatzlosen Abredebeiträge der Beschwerdeführerin von der Bemessungsweise unterscheidet, welche die Vorinstanz in den Verfügungen vom 16. Dezember 2011 und 22. April 2013 zur Festlegung der Sanktionen für umsatzlose Beteiligungen an Einzelsubmissionsabsprachen angewendet hat: Während die Vorinstanz die Höhe der Sanktion für die fünf umsatzlosen Abredebeiträge der Beschwerdeführerin vorliegend - wie erwähnt (E. 9.4.2.3 f.) - anhand der Umsätze bestimmte, welche die Beschwerdeführerin als das erfolglos geschützte Unternehmen abredgemäß hätte erzielen sollen, richtete die Vorinstanz die Sanktionshöhe für umsatzlose Abredebeiträge in den beiden erwähnten Untersuchungen noch an der Häufigkeit der nicht umsatzgenerierenden Verstöße aus. Dabei stützte sich die Vorinstanz auf die Regelung erschwerender Umstände in Art. 5 SVKG und erhöhte den zuvor für die umsatzgenerierenden Verstöße berechneten Basisbetrag um prozentuale Zuschläge; dies in Abhängigkeit der Anzahl der im Basisbetrag nicht berücksichtigten umsatzlosen Abredebeiträge. Die Zuschläge für umsatzlose Abredebeiträge legte die Vorinstanz in den Verfügungen vom 16. Dezember 2011 und 22. April 2013 fest auf (1) 50% des Basisbetrags bei 3-10 zusätzlichen Fällen, (2) 100% des Basisbetrags bei 11-20 zusätzlichen Fällen sowie (3) 200% des Basisbetrags bei mehr als 20 zusätzlichen Fällen (vgl. RPW 2012/2, S. 270, Rz. 1108 ff., insbes. Rz. 1126 ff. [Verfügung der Vorinstanz vom 16. Dezember 2011 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau]; RPW 2013/4, S. 524, Rz. 975 ff., insbes. Rz. 980 f. [Verfügung der

Vorinstanz vom 22. April 2013 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich).

#### **E. 9.4.3.5**

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Zuschlagsmodells (E. 9.4.3.4) in den Urteilen in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau überprüft. Im Ergebnis schloss das Bundesverwaltungsgericht darauf, dass sich dieses Zuschlagsmodell innerhalb der verfassungsrechtlichen und kartellgesetzlichen Schranken bewegt. Von einer willkürlichen Festlegung der Zuschläge könne nicht gesprochen werden. Für die Bejahung von Willkür im Sinne von Art. 9 BV genüge es nicht, dass eine andere Lösung oder Bemessungsmethode ebenfalls als vertretbar erscheine oder möglicherweise gar vorzuziehen wäre. Ob auch die vorliegend zur Anwendung gebrachte (damals bereits angekündigte [E. 9.4.3.13]) alternative Bemessungsweise rechtmässig ist, liess das Bundesverwaltungsgericht offen. Dies werde im konkreten Anwendungsfall zu beurteilen sein (vgl. z.B. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.8.13 ff., Erne).

#### **E. 9.4.3.6**

Die Beschwerdeführerin geht zwar grundsätzlich durchaus zutreffend davon aus, dass die Bemessungsweise der Vorinstanz in den Verfügungen vom 16. Dezember 2011 und 22. April 2013 verglichen mit der Bemessungsmethode der angefochtenen Verfügung tendenziell zu milderer Gesamtsanktionen führen kann (vgl. in diesem Sinne auch [z.B.] Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.8.13, Erne). Ein tatsächliches Abschätzen der Auswirkungen der beiden Bemessungsmethoden auf die Höhe der Endsanktion erfordert aber eine konkrete Einzelfallbetrachtung.

#### **E. 9.4.3.7**

In der nachfolgenden Gegenüberstellung wird daher im Sinne einer Vergleichssimulation aufgezeigt, wie hoch die Gesamtsanktion der Beschwerdeführerin in Anwendung der beiden Bemessungsweisen je ausfallen würde. Die Gegenüberstellung basiert auf den Ergebnissen der bisherigen Erwägungen sowie auf den Offert- und Umsatzzahlen der jeweiligen Projekte entsprechend den Angaben in der angefochtenen Verfügung. Die Beschwerdeführerin zieht diese Zahlen zu Recht nicht in Zweifel (Verfügung, Rz. 280, 283, 287, 300, 304, 330, 346, 366, 397, 398; vgl. auch E. 9.4.2.4). Zudem erscheint es sachgerecht, dass der nachfolgenden Simulation die von der Vorinstanz verwendeten Basisbetragsätze von 5% und 8% zugrunde gelegt werden. Ob diese Basisbetragsätze rechtmässig sind, wird sich später zeigen (vgl. E. 9.5, E. 9.5.7). a) Sanktionsbemessung in Anwendung des Zuschlagsmodells aus den Aargauer und Zürcher Verfahren (vgl. E. 9.4.3.4) Beschreibung Fall Umsatz Basis-betrag (8%) An-zahl % Sanktion Abrede-beteiligungen mit Umsatz 4 (...) (...) (...) 5 (...) (...) (...) Zwischensumme (...) (...) (...) Zuschlag fürumsatzlose Abrede-beteiligungen 3,6,7,8,10 5 50 (...) Gesamtsanktion (...) b) Sanktionsbemessung wie angefochtene Verfügung (vgl. E. 9.4.2.3 f, nachfolgend E. 9.5 sowie B.p) Beschreibung Fall Offert-summe Umsatz Basis-betrag(\*5%, \*\*8%) Sanktion Abrede-beteiligungen ohne Umsatz 3 (...) - \*(...) (...) 6 (...) - \*(...) (...) 7 (...) - \*(...) (...) 8 (...) - \*(...) (...)

#### **E. 9.4.3.8**

Die obige Gegenüberstellung zeigt, dass die Gesamtsanktion in Anwendung des Zuschlagsmodells aus den Aargauer und Zürcher Verfahren deutlich höher ausfällt, als es

die Ausführungen der Beschwerdeführerin suggerieren. Mit Fr. (...) würde die Gesamtsanktion der Beschwerdeführerin in Anwendung des Zuschlagsmodells (nur) knapp [1-10] % tiefer ausfallen als die Gesamtsanktion von Fr. (...) in Anwendung der Vorgehensweise der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung. Während sich die Sanktion für die fünf umsatzlosen Verstösse der Beschwerdeführerin nach dem Zuschlagsmodell auf total Fr. (...) beliefe, ergibt sich dafür in Anwendung der Bemessungsmethode der angefochtenen Verfügung ein Betrag von total Fr. (...).

#### **E. 9.4.3.9**

Unter diesen Umständen ist die Behauptung der Beschwerdeführerin, dass sich bei einer Bemessung der Sanktion nach dem vorinstanzlichen Zuschlagsmodell für alle umsatzlosen Verstösse zusammen lediglich ein symbolischer Pauschalbetrag von maximal Fr. 5'000.- rechtfertigen würde, nicht haltbar. Der Zuschlag von 50% für die fünf erwiesenen umsatzlosen Abredebeitrügungen der Beschwerdeführerin auf dem Basisbetrag ihrer beiden umsatzgenerierenden Abredebeitrügungen würde in jedem Fall massiv höher ausfallen.

#### **E. 9.4.3.10**

Grund dafür ist die Konzeption des Zuschlagsmodells. Denn diese Konzeption erklärt den Gesamtumsatz der Beschwerdeführerin aus den umsatzgenerierenden Abredebeitrügungen (Fälle Nr. 4 und Nr. 5) zur Basis, um den absoluten Wert des fünfzigprozentigen Zuschlags für die umsatzlosen Verstösse zu bestimmen. Je nach der Höhe dieser Basis führt dies systembedingt zu vollkommen unterschiedlichen Resultaten, ohne dass ein Zusammenhang zu den abgesprochenen umsatzlosen Projekten besteht. Die Vorinstanz bemängelt zu Recht (E. 9.4.3.3), dass ihre damalige Konzeption des Zuschlagsmodells selbst zu einer gesetzeswidrigen Sanktionsbefreiung führen könnte, falls in einem Anwendungsfall nur umsatzlose Abredebeitrügungen vorliegen sollten. Vorliegend liegen mit den Fällen Nr. 4 und Nr. 5 jedoch zwei umsatzgenerierende Abredebeitrügungen vor. Der damit von der Beschwerdeführerin erzielte Umsatz war zudem hoch, nämlich über (...) Millionen Franken, was bei einem Basisbetragsatz von 8% für die beiden Wettbewerbsabreden mit Umsatz zu einem Zuschlag von Fr. (...) für die fünf umsatzlosen Abredebeitrügungen führen würde (vgl. Tabelle unter E. 9.4.3.7 Bst. a). Die von der Beschwerdeführerin erwähnte, angeblich "eher kleine" Unternehmensgrösse der Beschwerdeführerin und die Höhe der Offertsummen der umsatzlosen Objekte finden bei der Sanktionsbemessung nach dem Zuschlagsmodell der Vorinstanz keine Berücksichtigung.

#### **E. 9.4.3.11**

Unzutreffend ist auch die Behauptung der Beschwerdeführerin, dass sich die Pauschalbeträge für die Sanktionierung der umsatzlosen Abredebeitrügungen im Aargauer und Zürcher Verfahren lediglich zwischen Fr. 5'000.- bis maximal Fr. 50'000.- bewegt hätten (E. 9.4.3.1). So ergab die gerichtliche Überprüfung im Beschwerdeverfahren B-807/2012 beispielsweise einen rechtmässigen Zuschlag von 50% für sieben nachgewiesene umsatzlose Verstösse der (...) von (ebenfalls) deutlich über Fr. 100'000.- (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.11.1, Erne).

#### **E. 9.4.3.12**

Für eine Gutheissung des Subeventualantrags der Beschwerdeführerin, gerechtfertigt für alle umsatzlosen Verstösse der Beschwerdeführerin zusammen sei ein symbolischer Pauschalbetrag von maximal Fr. 5'000.- (E. 9.4.3.2), besteht somit von vorneherein kein

Raum.

#### **E. 9.4.3.13**

Vor dem Hintergrund der dargelegten konzeptionellen Schwächen des Zuschlagsmodells (E. 9.4.3.10, vgl. auch E. 9.4.3.5) kündigte die Vorinstanz bereits in der Verfügung vom 22. April 2013 in der parallel zum Kanton Aargau geführten Untersuchung betreffend Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich an, nicht umsatzgenerierende Kartellrechtsverstösse bei Einzelsubmissionsabsprachen künftig nicht mehr in Anwendung des Zuschlagsmodells zu sanktionieren. Stattdessen stellte die Vorinstanz in Aussicht, auch für umsatzlose Verstösse je einen fiktiven eigenen Basisbetrag aufzurechnen und sich dabei am Volumen der entsprechenden Ausschreibungen zu orientieren, also an der jeweiligen Offertsumme des designierten Schutznehmers. Aus Gründen der Gleichbehandlung der Untersuchungsadressaten der beiden parallel geführten Untersuchungen verzichtete die Vorinstanz in der Zürcher Untersuchung jedoch noch auf eine Anwendung des angekündigten neuen Sanktionsmodells (vgl. RPW 2013/4 S. 524, Rz. 951, Lemmas 6 ff. [Verfügung der Vorinstanz vom 22. April 2013 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich]).

#### **E. 9.4.3.14**

Dass die Vorinstanz die vorliegend angewandte Bemessungsmethode bereits mit der Publikation der Verfügung vom 22. April 2013 betreffend Einzelsubmissionsabsprachen im Kanton Zürich angekündigt hat, räumt auch die Beschwerdeführerin ein (Replik, Rz. 97). Sie sieht in der Anwendung des neuen Sanktionsmodells auf sie aber sinngemäss eine unzulässige Praxisänderung und leitet daraus unter Anrufung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ab, auch ihre Sanktion für die umsatzlosen Abredebeteiligungen sei richtigerweise unverändert nach dem Zuschlagsmodell zu bemessen. Ob dies zutrifft, ist nachfolgend zu prüfen.

#### **E. 9.4.3.15**

Die Rechtsprechung räumt einer eingelebten Praxis einer Verwaltungsbehörde ein grosses Gewicht zu und erachtet eine Praxisänderung nur dann als zulässig, wenn die zuständige Behörde aufgrund der Analyse der massgeblichen Sach- und Rechtslage zur Einsicht gelangt, dass eine Regelung bisher unrichtig angewandt wurde oder eine andere Rechtsanwendung oder Ermessensbetätigung dem Sinn des Gesetzes oder den veränderten Verhältnissen besser entsprechen würde (vgl. BGE 135 I 79 E. 3, BGE 132 III 770 E. 4; Urteil des BVGer A-2519/2012 vom 21. November 2013 E. 5.2.1 m.w.H.). Eine Praxisänderung muss sich demnach auf ernsthafte, sachliche Gründe stützen, die umso gewichtiger sein müssen, je länger die als nicht mehr richtig erkannte Praxis befolgt wurde (vgl. BGE 139 V 289 E. 6.2, Urteil des BVGer A-2519/2012 vom 21. November 2013 E. 5.2.1 m.w.H.). Der Rechtsgleichheitsgrundsatz des Art. 8 Abs. 1 BV verbietet der rechtsanwendenden Behörde, zwei tatsächlich gleiche Situationen ohne sachlichen Grund unterschiedlich und zwei tatsächlich verschiedene Situationen ohne sachlichen Grund gleich zu behandeln. Der Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung wird insbesondere verletzt, wenn hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn Unterscheidungen unterlassen werden, die aufgrund der Verhältnisse hätten getroffen werden müssen (vgl. statt Vieler: BGE 140 I 201 E. 6.5.1; BGE 135 V 361 E. 5.4.1; Urteil des BVGer B-8386/2015 vom 24. Juni 2021 E.

9.1; Urteil des BVGer B-5920/2014 vom 30. Oktober 2017 E. 4.3.2.1; Urteil des BVGer A-5836/2015 vom 26. Mai 2016 E. 8.1). Eine zulässige neue Praxis ist grundsätzlich sofort und in allen hängigen Verfahren anzuwenden. Dieser Regel kann im Einzelfall der Schutz von Treu und Glauben entgegenstehen. Diesfalls darf die neue Praxis insbesondere nicht ohne vorgängige Ankündigung Anwendung finden (vgl. BGE 132 II 153 E. 5.1 S. 159, m.H.). Voraussetzung ist dabei freilich unter anderem, dass die Person, die sich auf den Vertrauensschutz beruft, die alte Praxis kannte und tatsächlich im Vertrauen darauf handelte (vgl. Urteil des BGer 2C\_421/2007 vom 21. Dezember 2007 E. 3.1).

#### **E. 9.4.3.16**

Mit der Vorinstanz ist darauf zu schliessen, dass vorliegend im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung noch keine (eingelebte) Praxis zur Sanktionierung von umsatzlosen Einzelsubmissionsabsprachen mittels Pauschalsanktionen bestanden hat. Denn gemäss dem oben Dargelegten (E. 9.4.3.4, E. 9.4.3.13 f.) ist die Anwendung des Zuschlagsmodells einzig in der Aargauer Untersuchung vorbehaltlos erfolgt, worauf die Vorinstanz schon in der Zürcher Paralleluntersuchung auf Mängel dieser Bemessungsweise hingewiesen und einen grundlegenden Systemwechsel angekündigt hat. Bei dieser Ausgangslage dürfen die Anforderungen an die Vornahme des strittigen Systemwechsels im Lichte der beschriebenen Rechtsprechung nicht zu hoch angesetzt werden.

#### **E. 9.4.3.17**

Der Wechsel vom Zuschlagsmodell zur vorliegend angewandten Bemessungsweise erscheint dem Bundesverwaltungsgericht zudem durchaus sinnvoll. Damit konnten die beschriebenen Nachteile der Vorgehensweise in den Verfügungen vom 16. Dezember 2011 und 22. April 2013 (E. 9.4.3.10, 9.4.3.5) massgeblich vermindert und - im Fall der drohenden gesetzeswidrigen Sanktionslosigkeit - beseitigt werden. Der Systemwechsel war somit aus sachlichen Gründen angezeigt und die neue Bemessungsweise entspricht dem Sinn des Kartellgesetzes insgesamt besser (vgl. dazu auch nachfolgend E. 9.4.3.23). Von einer unzulässigen Praxisänderung kann entgegen der Beschwerdeführerin folglich nicht gesprochen werden.

#### **E. 9.4.3.18**

Seit der Ankündigung in der Verfügung vom 22. April 2013 wendet die Vorinstanz die neue Bemessungsweise konsequent und rechtsgleich auf alle neuen Verfahren an (vgl. dazu auch die Auflistung der Vorinstanz in Vernehmlassung, Rz. 93 [Fussnote Nr. 31]). Die Gleichbehandlung der verschiedenen Verfügungsadressaten in den neuen Verfahren gewährleistet die rechtsgleiche Umsetzung des zulässigen Systemwechsels, welcher angesichts der damit angestrebten verbesserten Rechtsanwendung im öffentlichen Interesse liegt. Diese Gleichbehandlung der Verfügungsadressaten in den neuen Verfahren geht der Gleichbehandlung zwischen den Parteien der Aargauer und Zürcher Untersuchung - welche unter Umständen von der alten Bemessungsweise profitiert haben - und späteren Verfügungsadressaten vor, für die - wie für die Beschwerdeführerin - nunmehr eine tendenziell strengere Bemessungsweise gilt. Die neue Bemessungsweise hält demnach auch vor dem Rechtsgleichheitsprinzip stand (vgl. in diesem Sinne Urteil des BGer 2C\_421/2007 vom 21. Dezember 2007 E. 3.3).

#### **E. 9.4.3.19**

Auf den Vertrauensschutz kann sich die Beschwerdeführerin schon deshalb nicht berufen, weil ihr die aufgebene alte Bemessungsweise im Zeitpunkt der Begehung ihrer

umsatzlosen Abredebeteiligungen (Fall Nr. 3: 2008; Fälle Nr. 6, Nr. 7, Nr. 8: 2011; Fall Nr. 10: 2012 [Februar]) noch gar nicht bekannt sein konnte (Publikation der Verfügung vom 16. Dezember 2011 betreffend Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau auf der Homepage der Vorinstanz am 9. Mai 2012 und in RPW 2012/2 S. 270 im Juli 2012). Wie die Vorinstanz richtigerweise erwähnt (E. 9.4.3.3), hat die Beschwerdeführerin die umsatzlosen Kartellrechtsverstösse somit fraglos nicht im Vertrauen begangen, dafür höchstens mittels Pauschalsanktionen gebüsst zu werden. Damit fehlt es für die Anrufung des Grundsatzes von Treu und Glauben bereits an der erforderlichen wesentlichen Vertrauensgrundlage (vgl. Urteil des BGer 2C\_421/2007 vom 21. Dezember 2007 E. 3.5).

#### **E. 9.4.3.20**

Der Vorinstanz war es somit nicht verwehrt, auf die als mangelbehaftet erkannte Bemessungsweise zurückzukommen. Die Beschwerdeführerin hat dementsprechend keinen Anspruch auf Bemessung der Sanktion für die fünf umsatzlosen Tatbeteiligungen nach Massgabe des Zuschlagsmodells aus den Aargauer und Zürcher Verfahren. Einen solchen Anspruch kann die Beschwerdeführerin gemäss dem Dargelegten weder aus dem Gleichbehandlungsgebot noch aus dem Vertrauensschutz für sich ableiten.

#### **E. 9.4.3.21**

Die Aussage der Beschwerdeführerin, dass die vorliegend zur Anwendung gebrachte alternative Bemessungsmethode auf keiner rechtlichen Grundlage beruhe, trifft nicht zu. Zwar ist der SVKG, wie erwähnt (E. 9.4.2.7), keine Art. 49a Abs. 1 KG konkretisierende Regel dafür zu entnehmen, wie die rechtmässige Bemessung der Sanktion für die Beteiligung an unzulässigen umsatzlosen Submissionsabsprachen innerhalb des abstrakten Sanktionsrahmens von Art. 49a Abs. 1 KG konkret erfolgen muss. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist die konkrete Bemessungsmethode für die Sanktionierung umsatzloser Abredebeteiligungen mangels generell abstrakter Vorgaben auf Verordnungsebene aber - innerhalb der nachfolgend zu nennenden Schranken - durch die Praxis der Wettbewerbsbehörden zu entwickeln (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 15.2.3, Engadin IV) sowie bereits [z.B.] Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.8.5, Erne).

#### **E. 9.4.3.22**

Bei der gerichtlichen Beurteilung der Rechtmässigkeit der Bemessungsmethode sind neben allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen wie dem Willkürverbot (Art. 9 BV), dem Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 BV) und dem Prinzip der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) auch die vom Kartellgesetz selber aufgestellten Anforderungen an die Sanktionsbemessung zu beachten (vgl. z.B. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.8.7, Erne). Art. 49a KG schreibt vor, dass sich der Sanktionsbetrag nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens bemisst und der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist. Weiter ist die Sanktion laut Art. 49a KG begrenzt; sie kann in keinem Fall mehr als 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens betragen (vgl. Urteil des BGer 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 10.1, DCC).

#### **E. 9.4.3.23**

Der Umstand, dass die Vorinstanz die Höhe der Sanktion für die fünf umsatzlosen Abredebeitrungen der Beschwerdeführerin anhand der Umsätze bestimmte, welche die Beschwerdeführerin als das erfolglos geschützte Unternehmen abredegemäss hätte erzielen sollen, lässt diese Bemessungsweise nicht als willkürlich oder sonst wie unrechtmässig erscheinen.

#### **E. 9.4.3.24**

Im Gegenteil knüpft die Vorinstanz damit im Unterschied zum aufgegebenen Zuschlagsmodell an Beträgen an, welche mit den umsatzlosen Verstössen unmittelbar zusammenhängen und deren potentielle Schädlichkeit wie auch die wirtschaftliche Bedeutung der betroffenen Submissionen widerspiegeln. Eine solche Bemessungsmethode trägt dem Grundgedanken Rechnung, wonach die Bemessungsgrundlage für den Basisbetrag nach Art. 3 SVKG anhand eines tatnahen Umsatzes zu bestimmen ist (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 15.2.6, Engadin IV; Urteil des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 18.3.3, m.w.H.). Sie entspricht dem Sinn des Kartellgesetzes damit insgesamt besser als das mangelbehaftete Zuschlagssystem der Aargauer und Zürcher Untersuchung. Im Übrigen stimmt die vorliegend angewandte Bemessungsmethode auch mit der Praxis der EU-Wettbewerbsinstanzen überein (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 15.2.6, Engadin IV, m.H. auf EuGH, C-580/12, EU:C:2014:2363, Rz. 57, Guardian Industries; EuG, T-211/08, EU:T:2011:289, Rz. 58 ff., belgisches Umzugskartell Putters, jeweils mit Hinweisen auf Ziff. 13 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäss Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a der Verordnung Nr. 1/2003 [ABl. 2006, C 210, S. 2]).

#### **E. 9.4.4.1**

Zusammenfassend hat die Vorinstanz die Sanktionierbarkeit der umsatzlosen Abredebeitrungen der Beschwerdeführerin in den Fällen Nr. 3, Nr. 6, Nr. 7, Nr. 8 und Nr. 10 zu Recht bejaht (E. 9.4.2).

#### **E. 9.4.4.2**

Weiter erweist es sich im Ergebnis als bundesrechtskonform, dass die Vorinstanz die Sanktion für die fünf umsatzlosen Abredebeitrungen der Beschwerdeführerin auf der Grundlage der jeweiligen Offertsumme der Beschwerdeführerin festgelegt hat. Die Rüge, diese Bemessungsweise sei unrechtmässig, ist unbegründet. Mit dem Wechsel vom Zuschlagsmodell aus den Aargauer und Zürcher Verfahren zur Bemessungsweise der angefochtenen Verfügung hat die Vorinstanz den Grundsatz der Gleichbehandlung nicht verletzt (E. 9.4.3).

#### **E. 9.4.4.3**

Unbegründet ist gemäss dem Dargelegten auch der Subeventualantrag der Beschwerdeführerin auf Reduktion der Sanktionshöhe für die fünf umsatzlosen Abredebeitrungen auf einen symbolischen Pauschalbetrag von maximal Fr. 5'000.- nach Massgabe des aufgegebenen Zuschlagsmodells. Dieser Subeventualantrag wird daher abgewiesen (E. 9.4.3.2 ff., E. 9.4.3.12).

#### **E. 9.4.4.4**

Nachfolgend zu prüfen bleiben die Rechtmässigkeit der Basisbetragsätze (vgl. E. 9.5), die beanstandete Nichtberücksichtigung von mildernden Umständen (vgl. E. 9.6) und ob die Gesamtsanktion für die Beschwerdeführerin tragbar ist (vgl. E. 9.7 f.).

## **E. 9.5**

Rechtmässigkeit der Basisbetragsätze Im Folgenden wird geprüft, ob die Vorinstanz die Prozentsätze der Basisbeträge von 8% (Abredebeteiligungen mit Umsatz) und von 5% (Abredebeteiligungen ohne Umsatz) korrekt festgelegt hat (vgl. E. 9.4.3.7 Bst. b). Die Beschwerdeführerin hält beide Prozentsätze für unverhältnismässig hoch.

### **E. 9.5.1**

Der Sanktionsbetrag bestimmt sich nach Art. 49a Abs. 1 KG unter anderem nach der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Dies konkretisierend sieht Art. 3 SVKG vor, dass der Basisbetrag je nach der "Schwere und Art des Verstosses" bis zu 10% der massgeblichen Umsätze beträgt. Unter Schwere ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die objektive, d.h. verschuldensunabhängige Schwere zu verstehen. Massgebend ist das abstrakte Gefährdungspotential. Bei der Beurteilung der Schwere eines Verstosses sind auch dessen Wirksamkeit und der Grad der Wettbewerbsbeeinträchtigung zu berücksichtigen. Dem Umstand, ob der Verstoss in einer Beseitigung oder erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs liegt, ist mithin angemessen Rechnung zu tragen (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.2.3.2, Swisscom ADSL; BGE 144 II 194 E. 6.4, BMW; BGE 143 II 297 E. 9.7.2, Gaba; Urteile des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 15.3.4, Engadin IV, B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.6.1, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Erne).

### **E. 9.5.2**

Die Anpassung der Sanktionshöhe an die objektive Schwere des Verstosses ist ein wertender Schritt. Der Vorinstanz kommt diesbezüglich ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Ermessensentscheide sind zu korrigieren, wenn die Behörde von dem ihr zustehenden Ermessen einen falschen Gebrauch gemacht hat oder wenn sich das Ergebnis als offensichtlich unbillig oder in stossender Weise ungerecht erweist, doch hat das Bundesverwaltungsgericht nicht sein Ermessen anstelle desjenigen der Vorinstanz zu setzen (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.5.2, Hors-Liste Medikamente Pfizer; Urteil des BGer 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 10.1, DCC; Urteil des BVGer B-710/2014 vom 16. November 2022 E. 15.1.1, Luftfracht; Urteil des BVGer B-2597/2017 vom 19. Januar 2022 E. 15.2.2, Medikamenteninformationen; Urteil des BVGer B-8386/2015 vom 24. Juni 2021 E. 10.4.1, Swisscom WAN-Anbindung; Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 9.1, Nikon m.H. auf Urteil des BVGer A-330/2007 vom 12. Juli 2007 E. 4.2; Weber/Volz, Wettbewerbsrecht, a.a.O., N. 3.231). Bei schweren Verstössen bewegt sich der Basisbetrag regelmässig im oberen Drittel des Sanktionsrahmens (vgl. Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 3).

### **E. 9.5.3**

Die Vorinstanz qualifizierte die beiden sanktionierten umsatzgenerierenden Abredebeteiligungen der Beschwerdeführerin (Fälle Nr. 4 und Nr. 5) als "schwerwiegend" und setzte den Basisbetrag auf 8% der jeweils realisierten Umsätze fest. Die Abredepartnerin Foffa Conrad sanktionierte die Vorinstanz in diesen beiden (erfolgreich verlaufenen) Fällen mit einem Basisbetrag von 4% (Verfügung, Rz. 284 ff. [Fall Nr. 4], Rz. 301 ff. [Fall Nr. 5]). Die Schwere der fünf umsatzlosen Abredebeteiligungen der Beschwerdeführerin (Fälle Nr. 3, 6, 7, 8 und 10) wertete die Vorinstanz - wie bereits erwähnt (E. 9.4.2.3) - als "mittelschwer". Die Basisbeträge dieser (erfolglos verlaufenen) Fälle legte die Vorinstanz für die Beschwerdeführerin auf jeweils 5% der entsprechenden

Offertsumme der Beschwerdeführerin fest. Im Quervergleich wertete die Vorinstanz die Schwere des Tatbeitrages der Foffa Conrad, welche der Beschwerdeführerin bei den fünf umsatzlosen Abredebeiträgen je erfolglos Schutz gewährt hat, als "eher leicht" und legte den Basisbetragsatz für sie auf 2.5% der jeweiligen Offertsumme der Beschwerdeführerin fest (Verfügung, Rz. 269 ff. [Fall Nr. 3], Rz. 318 ff. [Fall Nr. 6], Rz. 334 ff. [Fall Nr. 7], Rz. 350 ff. [Fall Nr. 8], Rz. 385 ff. [Fall Nr. 10]).

#### **E. 9.5.4**

Die Beschwerdeführerin argumentiert, der Basisbetragsatz von 8% für die umsatzgenerierenden Wettbewerbsabreden widerspreche der bisherigen Praxis. Diese habe bedeutend schwerwiegendere Einzelsubmissionsabsprachen lediglich mit 7% sanktioniert (m.H. auf die Verfügungen der Vorinstanz vom 6. Juli 2009 in Sachen Elektroinstallationsbetriebe Bern [vgl. RPW 2009/3, S. 196, insbes. Rz. 126, 148], 16. Dezember 2011 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau [vgl. RPW 2012/2, S. 270, insbes. Rz. 1101, 1144] und 22. April 2013 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich [vgl. RPW 2013/4, S. 524, insbes. Rz. 967]). Die Vorinstanz habe den Basisbetragsatz willkürlich und in Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei 8% festgesetzt. Es gebe keinen sachlichen Grund, von einem höheren Prozentsatz als in den bisherigen Entscheiden auszugehen. Denn im Gegensatz zu den damaligen Verfahren gehe es hier höchstens um sehr unbedeutende Kartellrechtsverstösse, deren volkswirtschaftliche Bedeutung vernachlässigbar sei. Kein einziges objektives Beurteilungskriterium sei gegeben, um auf eine schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung zu schliessen. Die Parteien seien überhaupt nicht miteinander im Wettbewerb gestanden und hätten eine Wettbewerbsbeschränkung weder bezweckt noch bewirkt. Im Unterschied zu den damaligen Verfahren lägen auch weder gleichzeitig mehrere Tatbestände noch eine Beseitigung oder auch nur eine weitgehende Beseitigung des Wettbewerbs auf einem bestimmten Markt vor. Weiter habe die Beschwerdeführerin ihre Offerte (abgesehen vom Fall Nr. 3 [P. Lenatti], vgl. E. 6.8.2, E. 6.8.9) jeweils nur an ein einziges Unternehmen übermittelt. Ebenso unzutreffend sei die Einstufung der umsatzlosen Abreden als "mittelschwer". Bei diesen Abredebeiträgen handle es sich um Projekte, bei welchen immer auch noch andere Bauunternehmer mitoffert hätten, mit welchen die Beschwerdeführerin vor der Offerteingabe keinen Kontakt gehabt habe. Ausserdem habe die Beschwerdeführerin bei diesen Projekten den Zuschlag gerade nicht erhalten. Eine allfällige Sanktion habe sich im tiefen unteren Bereich der Prozentsätze zu bewegen. Für die umsatzgenerierenden Wettbewerbsabreden sei subeventualiter von einem Basisbetragsatz von (...) % statt 8% auszugehen (konkret von Fr. [...] im Fall Nr. 4 und von Fr. [...] im Fall Nr. 5). Insgesamt sei die Beschwerdeführerin subeventualiter mit einem symbolischen Pauschalbetrag von maximal Fr. 38'693.- zu belasten (vgl. Rechtsbegehren-Ziffer 3 [...]; vgl. zum Ganzen: Beschwerde, Rz. 292, 300 ff., 315 ff., 331, 335, 338, 353, 355 f.; Replik, Rz. 104 f., 112 ff., 118).

#### **E. 9.5.5**

Die Vorinstanz entgegnet im Wesentlichen, sie habe die Umstände der konkreten Verstösse sorgfältig und umfassend gewürdigt. Unter anderem habe sie zugunsten der Beschwerdeführerin berücksichtigt, dass diese den Zuschlag bei den umsatzlosen Abredebeiträgen nicht erhalten habe, dass es Aussenwettbewerber gegeben und keine Wettbewerbsbeseitigung vorgelegen habe, sondern die sanktionierten Verstösse als

erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu qualifizieren seien. Bei einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs wäre der Basisbetrag höher anzusetzen gewesen. Die Beschwerdeführerin versuche, die Schwere ihrer Taten herunterzuspielen und verkenne, dass es sich bei Submissionsabsprachen nicht um Bagatellen handle. Das Schädigungspotenzial sei auch bei den vorliegenden Abreden gewichtig gewesen (vgl. zum Ganzen: Vernehmlassung, Rz. 96 ff., 111 Lemma 2, 113, 115, 117 Lemma 2, 119 Lemma 2, 121 Lemma 2, 125 Lemma 2).

#### **E. 9.5.6.1**

Wie aus dem bereits Ausgeführten hervorgeht, beruht die Argumentation der Beschwerdeführerin (E. 9.5.4) in mehrfacher Hinsicht auf unzutreffenden Behauptungen. So hat sich gezeigt, dass die Foffa Conrad und die P. Lenatti (Fall Nr. 3) potentielle wie auch aktuelle Wettbewerberinnen der Beschwerdeführerin waren und die gegen das Vorliegen einer Wettbewerbssituation sowie gegen jegliche Wettbewerbswirkungen gerichteten Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht haltbar sind (E. 6.4 f.; E. 6.4.9). Auch das erneute Bestreiten einer bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung zur Begründung der angeblichen Fehleinschätzung der Art und Schwere der Verstösse durch die Vorinstanz geht fehl. Abgesehen davon, dass bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen (E. 6.5.5.11), ist auch die potentielle Wettbewerbsbeeinträchtigung der Wettbewerbsabreden in den Fällen Nr. 1, Nr. 3 - Nr. 8 und Nr. 10 evident (E. 7.4.2.6). Gleichzeitig wurde der Wettbewerb auch tatsächlich beeinträchtigt, indem (zumindest) jeglicher Innenwettbewerb zwischen den Abredeteiligen beseitigt wurde (E. 7.4.2.8, E. 6.5.5.7). Die Einzelsubmissionsabsprachen in den Fällen Nr. 1, Nr. 3 - Nr. 8 und Nr. 10 beeinträchtigten den Wettbewerb auf den je relevanten Märkten wie dargelegt erheblich, ohne dass eine Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz möglich ist (E. 7.4.4). Die Erheblichkeitsschwelle von Art. 5 Abs. 1 KG wurde dabei sowohl unabhängig von der Anzahl der Abredeteiligen als auch unabhängig davon überschritten, ob die jeweilige Zuschlagsmanipulation glückte oder misslang. Bagatellfälle liegen nicht vor (E. 7.4.2.9 f.). Von "unbedeutenden Kartellrechtsverstössen mit einer vernachlässigbaren volkswirtschaftlichen Bedeutung" kann entgegen der Beschwerdeführerin keine Rede sein. Weiter sind die Wettbewerbsabreden zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad in den Fällen Nr. 1-8 und Nr. 10 im Unterschied zur Auffassung der Beschwerdeführerin je zugleich als horizontale Geschäftspartner- und Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG zu qualifizieren (E. 7.3.5). Die Praxis der Vorinstanz gewichtet solche Verstösse, welche also zugleich mehrere entscheidende Wettbewerbsparameter umfassen, zu Recht schwerer als solche, die nur einen Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfüllen (vgl. Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 3).

#### **E. 9.5.6.2**

Die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten harten Kartellabreden gelten gemeinhin als Wettbewerbsverstösse mit hohem Schädigungspotential für Konsumenten, Unternehmen und die Gesamtwirtschaft. Im Rahmen von Ausschreibungen getroffene harte Horizontalabreden sind nach allgemeiner Erkenntnis volkswirtschaftlich und sozial besonders schädlich. Sie gefährden nicht nur unmittelbar und auf gravierendste Weise das berechnete Interesse der ausschreibenden Stellen, das vorteilhafteste Angebot und namentlich den unverfälschten Marktpreis zu eruieren. Aufgrund marktfremder Preissteigerungen auf Kosten der Allgemeinheit, eines geringeren Effizienz- und

Innovationswettbewerbs sowie verzögerter oder ausbleibender Strukturanpassungen verursachen Submissionsabsprachen auch mittel- und langfristig hohe volkswirtschaftliche Schäden. Anbieter, welche ihr Angebot - wie die Beschwerdeführerin - verdeckt nicht selbständig und unabhängig ausgearbeitet haben, spiegeln dem Ausschreiber treuwidrig eine unabhängige Offerteingabe und damit einen vermeintlich unverfälschten Wettbewerb vor. Bei dieser Sachlage wird das zentrale Hauptziel einer Ausschreibung - nämlich den wirksamen Wettbewerb unter den Anbietern zu fördern - verfehlt. Auf einen objektiv besonders schwerwiegenden Kartellrechtsverstoss ist dabei zweifellos immer dann zu schliessen, falls eine - unter Art. 5 Abs. 3 KG fallende - Submissionsabsprache im konkreten Anwendungsfall erwiesenermassen die Beseitigung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zur Folge hat. Aber auch bei einer Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bleibt die schädliche Qualität einer Submissionsabsprache bestehen (vgl. vorstehend E. 6.5.5.6 sowie Urteil des BVerG B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 9.3.2, E. 11.4.6.4, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Umbricht, m.w.H., bestätigt mit Urteil des BVerG 2C\_845/2018 vom 3. August 2020).

#### **E. 9.5.6.3**

Bereits vor diesem Hintergrund besteht kein Grund zu folgern, dass die Vorinstanz die Schwere der vorliegenden Einzelsubmissionsabsprachen falsch eingeschätzt hat oder bei der Festlegung der Basisbetragssätze auf 8% und 5% für die beiden Fallgruppen gar in Willkür verfallen ist. Willkür würde nach der ständigen Praxis des Bundesgerichts voraussetzen, dass der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (vgl. BGE 147 V 194 E. 6.3.1).

#### **E. 9.5.6.4**

Dafür liegen vorliegend keine Anhaltspunkte vor. Die Vorinstanz betont im Gegenteil zu Recht, dass sie alle relevanten Umstände sorgfältig in die Beurteilung der Schwere der vorliegenden Kartellrechtsverstösse miteinbezogen hat. Namentlich berücksichtigt die vorinstanzliche Beurteilung ausdrücklich zu Gunsten der Beschwerdeführerin, dass sämtliche sanktionierten Einzelsubmissionsabsprachen den Wettbewerb "lediglich" erheblich beeinträchtigt und nicht beseitigt haben (vgl. Verfügung, Rz. 269 [Fall Nr. 3]; Rz. 285 [Fall Nr. 4]; Rz. 302 [Fall Nr. 5]; Rz. 319 [Fall Nr. 6]; Rz. 335 [Fall Nr. 7]; Rz. 351 [Fall Nr. 8]; Rz. 386 [Fall Nr. 10]). Ebenso begründet die Vorinstanz die Festlegung der Basisbetragssätze gegenüber der Beschwerdeführerin auf 8% und 5% nachvollziehbar mit dem Erfolg der Einzelsubmissionsabsprachen in den Fällen Nr. 4 und Nr. 5, dem ausgebliebenen Erfolg der Absprachen in den Fällen Nr. 3, Nr. 6, Nr. 7, Nr. 8 und Nr. 10 sowie auch mit der konkreten Rolle, welche die Beschwerdeführerin beim jeweiligen Verstoss je eingenommen hat ("erfolgreiche Schutznehmerin" in den Fällen Nr. 4 und Nr. 5 und "nicht erfolgreiche Schutznehmerin" in den Fällen Nr. 3, Nr. 6, Nr. 7, Nr. 8 und Nr. 10; vgl. Verfügung, Rz. 287 [Fall Nr. 4]; Rz. 304 [Fall Nr. 5]; Rz. 269, 271 [Fall Nr. 3]; Rz. 319, 321 [Fall Nr. 6]; Rz. 335, 337 [Fall Nr. 7]; Rz. 351, 353 [Fall Nr. 8]; Rz. 386, 388 [Fall Nr. 10]).

#### **E. 9.5.6.5**

Mit 8% für die beiden erfolgreichen Abredebeitilgungen legte die Vorinstanz den Basisbetragssatz für die Beschwerdeführerin zwei Prozentpunkte unter dem Maximum gemäss Art. 3 SVKG von 10% fest. Dagegen ist nichts einzuwenden. Dass der wirksame Wettbewerb bei diesen Einzelsubmissionsabsprachen "nur" erheblich beeinträchtigt wurde, schmälert die objektive Schwere der beiden durch keine Effizienzgründe gerechtfertigten Verstösse nur geringfügig. Dies gilt insbesondere deshalb, weil es den Abredebeitilgten in diesen Fällen trotz der teilweise weiterwirkenden Wettbewerbskräfte gelungen ist, der Beschwerdeführerin den gesamten Marktumsatz der sachlich relevanten Einzelsubmissionsmärkte zuzuweisen. Hätten die Einzelsubmissionsabsprachen darüber hinaus auch noch erwiesenermassen zu einer Wettbewerbsbeseitigung geführt, wäre ihre objektive Schwere kaum mehr zu übertreffen gewesen (wettbewerbsbeseitigende Wirkung bei gleichzeitiger, erfolgreicher Zuweisung des gesamten Marktes an den dafür vorgesehenen Marktteilnehmer; vgl. ähnlich bereits das Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.6.5, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Umbricht, bestätigt mit Urteil des BGer 2C\_845/2018 vom 3. August 2020).

#### **E. 9.5.6.6**

Unter diesen Umständen betont die Vorinstanz korrekt, dass die Basisbetragssätze vorliegend im Falle einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs höher anzusetzen gewesen wären (E. 9.5.5). Wie sie damit zu Recht andeutet, wäre das volle Ausschöpfen des Sanktionsrahmens von 10% bei umsatzgenerierenden Einzelsubmissionsabsprachen (nach Art. 5 Abs. 3 KG) mit einer wettbewerbsbeseitigenden Wirkung sachlich durchaus geboten gewesen.

#### **E. 9.5.6.7**

Weiter erscheint es auch sachgerecht, dass die Vorinstanz die fünf umsatzlosen Abredebeitilgungen der Beschwerdeführerin im Vergleich zu den beiden Abredebeitilgungen mit Umsatz zu einem tieferen Prozentsatz sanktioniert hat. Damit bringt die Vorinstanz in Übereinstimmung mit Art. 49a Abs. 1 KG - wonach der "mutmassliche Gewinn" angemessen zu berücksichtigen ist - zum Ausdruck, dass die Beschwerdeführerin mit den erfolglosen Einzelsubmissionsabsprachen im Gegensatz zu den erfolgreichen Verstössen nicht unmittelbar von keiner Kartellrente profitieren konnte.

#### **E. 9.5.6.8**

Nach dem Dafürhalten des Bundesverwaltungsgerichts sind die verschiedenen Basisbetragssätze der Vorinstanz (8% und 5% für die Beschwerdeführerin; 4% und 2.5% für die Abredepartnerin in der Rolle als erfolgreiche und erfolglose Schutzgeberin [E. 9.5.3]), gut aufeinander abgestimmt. Die hälftige Reduzierung der Basisbetragssätze für die Abredepartnerin im Vergleich zur Beschwerdeführerin erscheint angemessen und vertretbar (vgl. in diesem Sinne auch: Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 15.3.14; E. 15.3.17, Engadin IV). Die Basisbetragssätze widerspiegeln die objektive, verschuldensunabhängige Schwere der jeweiligen Verstösse bzw. Tatbeitilgungen insgesamt überzeugend.

#### **E. 9.5.6.9**

Eine unzulässige Praxisänderung oder eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes liegt nicht vor (vgl. für die rechtlichen Anforderungen E. 9.4.3.15): Zwar weist die Beschwerdeführerin zutreffend darauf hin, dass die Vorinstanz umsatzgenerierende Einzelsubmissionsabsprachen in den Verfügungen in Sachen Elektroinstallationsbetriebe

Bern, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau und Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich (bei erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung) mit einem (nur leicht tieferen) Basisbetragsatz von 7% sanktioniert hat (vgl. RPW 2009/3, S. 196, Rz. 126, 148; RPW 2012/2, S. 270, Rz. 1101, 1144; RPW 2013/4, S. 524, Rz. 967). Die Beschwerdeführerin erwähnt aber nicht, dass die Vorinstanz bereits in der Verfügung vom 16. Dezember 2011 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau angedeutet hat, dass sie den Sanktionsrahmen in Zukunft voll ausschöpfen und Basisbeträge von 10% des Umsatzes auf den relevanten Einzelsubmissionsmärkten in Betracht ziehen werde (vgl. RPW 2012/2, S. 270, Rz. 1103). Damit übereinstimmend bezeichnete die Vorinstanz den im Fall Elektroinstallationsbetriebe Bern gewählten Basisbetragsatz von 7% in der Verfügung vom 22. April 2013 betreffend Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich ausdrücklich als zu tief. Der Art und Schwere solcher Verstösse angemessen sei richtig der maximale Basisbetragsatz von 10%. Allerdings verzichtete die Vorinstanz damals aus Gründen der Gleichbehandlung der Untersuchungsadressaten in der parallel geführten Aargauer Untersuchung - analog zum Wechsel des Sanktionsmodells (vgl. E. 9.4.3.13) - noch darauf, den eigentlich als angemessen erachteten Prozentsatz anzuwenden. In künftigen Fällen werde sie eine volle Ausschöpfung des Sanktionsrahmens für (wettbewerbsbeseitigende) erfolgreiche Schutznahmen bei Einzelsubmissionsabsprachen und Einzelsubmissionsmarktangrenzungen in Betracht ziehen (vgl. RPW 2013/4, S. 524 ff., Rz. 959 ff., 964, 966 f.). Beim Erlass der angefochtenen Verfügung lag somit noch keine Praxis zur Sanktionierung von umsatzgenerierenden (den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden) Einzelsubmissionsabsprachen mit lediglich 7% statt 8% vor. Entsprechend sind die Anforderungen an die Vornahme der - ohnehin nur minimalen - Erhöhung des Basisbetragsatzes im Lichte der unter E. 9.4.3.15 beschriebenen Rechtsprechung gering. Zudem legte die Vorinstanz die Basisbetragsätze der Beschwerdeführerin vorliegend im Sinne des oben Ausgeführten (E. 9.5.6.1 ff., insbesondere E. 9.5.6.5 f.) aus sachlichen Gründen auf 5% und 8% fest.

#### **E. 9.5.7**

Zusammenfassend ist somit nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die umsatzgenerierenden Abredebeteiligungen der Beschwerdeführerin (Fälle Nr. 4 und Nr. 5) als "schwerwiegende" Verstösse und die Abredebeteiligungen der Beschwerdeführerin ohne Umsatz (Fälle Nr. 3, 6, 7, 8 und 10) als "mittelschwere" Verstösse qualifiziert und die Basisbetragsätze entsprechend auf 8% und 5% festgesetzt hat. Die Vorinstanz hat ihr Ermessen bei der Festlegung dieser Basisbetragsätze nicht pflichtwidrig ausgeübt. Ihr ist diesbezüglich weder Willkür noch eine unzulässige Praxisänderung oder eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorzuwerfen.

#### **E. 9.5.8**

Demnach erweisen sich die Basisbeträge der angefochtenen Verfügung von Fr. (...) (Fall Nr. 3), Fr. (...) (Fall Nr. 4), Fr. (...) (Fall Nr. 5), Fr. (...) (Fall Nr. 6), Fr. (...) (Fall Nr. 7), Fr. (...) (Fall Nr. 8) und Fr. (...) (Fall Nr. 10) als rechtmässig (vgl. E. 9.4.3.7, insbes. Tabelle unter Bst. b). Bei diesem Ergebnis besteht für eine Gutheissung des Subeventualantrags der Beschwerdeführerin, die angefochtene Sanktion sei auf einen symbolischen Pauschalbetrag von maximal Fr. 38'693.- zu reduzieren (vgl. Rechtsbegehren-Ziffer 3), kein Raum. Dieser Subeventualantrag wird daher abgewiesen.

## **E. 9.6**

### Weitere Bemessungsfaktoren

#### **E. 9.6.1**

Der im Einzelfall auszusprechende Sanktionsbetrag ist im Rahmen der konkreten Sanktionsbemessung weiter unter Berücksichtigung der Dauer der Verstösse (Art. 4 SVKG) sowie erschwerender und mildernder Umstände (Art. 5 und 6 SVKG) zu bestimmen. Dauerte ein Wettbewerbsverstoss zwischen ein und fünf Jahren, so wird der Basisbetrag um bis zu 50% erhöht. Wettbewerbsverstösse mit einer Dauer von mehr als fünf Jahren führen zu entsprechenden Zuschlägen von bis zu 10% für jedes zusätzliche Jahr (Art. 4 SVKG). Vermindert wird der Sanktionsbetrag insbesondere, wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats der Vorinstanz, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26-30 KG beendet (Art. 6 Abs. 1 SVKG). Ebenso erfolgt eine Verminderung des Sanktionsbetrages, wenn das Unternehmen bei Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG "ausschliesslich eine passive Rolle gespielt hat" (Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG).

#### **E. 9.6.2**

Die Vorinstanz hat "wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer" der vorliegenden Wettbewerbsverstösse darauf verzichtet, eine Erhöhung der Basisbeträge gestützt auf Art. 4 SVKG vorzunehmen. Ebenso verneint die angefochtene Verfügung erschwerende oder mildernde Umstände nach den Art. 5 und 6 SVKG. Die Voraussetzungen für eine Verminderung des Sanktionsbetrages in Anwendung von Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG aufgrund einer passiven Rolle der Beschwerdeführerin seien entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin in der vorinstanzlichen Untersuchung nicht erfüllt (vgl. Verfügung, Rz. 272 f. [Fall Nr. 3], Rz. 289 f. [Fall Nr. 4], Rz. 306 f. [Fall Nr. 5], Rz. 322 f. [Fall Nr. 6], Rz. 338 f. [Fall Nr. 7], Rz. 354 f. [Fall Nr. 8], Rz. 389 f. [Fall Nr. 10]).

#### **E. 9.6.3**

Auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren beruft sich die Beschwerdeführerin auf den mildernden Umstand der ausschliesslich passiven Rolle (Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG). Dieser Sanktionsmilderungsgrund sei gegeben, weil die Beschwerdeführerin bei den betreffenden Bauprojekten jeweils von der Foffa Conrad kontaktiert worden sei und auf deren Anfrage hin reagiert habe. Ein solches Verhalten auf eine Nachfrage hin sei als passive Rolle zu werten, obwohl die Handlung eine aktive gewesen sei. Auch sei die Beschwerdeführerin die übrigen Offerenten nicht angegangen, was ebenfalls ein passives Verhalten sei. Zudem begründe die Vorinstanz ihren Standpunkt nur im Fall Nr. 3 explizit (m.H. auf Verfügung, Rz. 273), während sie bei den anderen Fällen einzig mit Querverweisen behaupte, dass die Beschwerdeführerin eine aktive Rolle innegehabt habe. Diese pauschale Beurteilung genüge den Anforderungen an eine individuelle Darlegung der Begründung nicht. Bei gewissen Projekten sei ja nicht einmal klar, ob überhaupt ein Kontakt zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad stattgefunden habe (Beschwerde, Rz. 310 ff.; Replik, Rz. 107 ff.).

#### **E. 9.6.4**

Unter einer (ausschliesslich) "passiven Rolle" ist ein Verhalten zu verstehen, das durch Abwesenheit von besonderen Aktivitäten hinsichtlich der Organisation, Koordination und Durchführung der Wettbewerbsbeschränkung gekennzeichnet ist. Der Sanktionsadressat

darf die Wettbewerbsabrede weder aktiv initiiert, noch massgeblich ausgestaltet, gefördert oder intensiviert haben. Die ausschliesslich passive Rolle, welche Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG belohnt, liegt dabei auf der untersten von drei Stufen der Beteiligungsintensität: Bei einer "führenden Rolle" wird die Sanktion erhöht (Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG); keine Modifikation erfolgt im Fall einer durchschnittlichen Beteiligungsintensität; eine Verminderung der Sanktion nach Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG verlangt eine wesentlich geringere Beteiligungsintensität (vgl. Peter G. Picht, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Kommentar Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 6 SVKG N 3; Tagmann/Zirlick in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N 89).

#### **E. 9.6.5**

Gemäss dem vorliegenden Beweisergebnis steht fest, dass die Beschwerdeführerin ihre Offerte in den Fällen Nr. 1-8 und Nr. 10 an die Foffa Conrad übermittelt hat und zwischen beiden Abredeteiligen je ein natürlicher Konsens zustande gekommen ist, ihre Angebote für das jeweilige Bauprojekt zu koordinieren. Darüber hinaus wirkte die Beschwerdeführerin im Fall Nr. 3 auch bewusst und gewollt mit der P. Lenatti zusammen, um ihr Angebot auch mit dieser Konkurrentin zu koordinieren (E. 6.7.1.44, E. 6.7.2.31, E. 6.8.9).

#### **E. 9.6.6**

Spätestens mit der Übermittlung ihrer Offerten an die Abrededpartnerinnen schuf die Beschwerdeführerin stets selbst und aktiv die entscheidende Grundlage für ihre Kartellrechtsverstösse. Denn das Verhalten der Beschwerdeführerin versetzte die Konkurrentinnen überhaupt erst in die Lage, das Eingabeverhalten mit der Beschwerdeführerin abzustimmen und ein koordiniertes, höheres Angebot als diese einzureichen. Von einer ausschliesslich passiven Rolle der Beschwerdeführerin kann bei dieser Sachlage keine Rede sein. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin vermögen daran nichts zu ändern. Die Vorinstanz hat den mildernden Umstand von Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG in allen vorstehend genannten Fällen offensichtlich zu Recht verneint.

#### **E. 9.6.7**

Die Begründungspflicht als Teilgehalt des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör ergibt sich für das Verfahren vor Bundesverwaltungsbehörden unmittelbar aus Art. 35 Abs. 1 VwVG (vgl. Waldmann/Bickel, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 29 N. 102). Gemäss ständiger Rechtsprechung muss die Begründung eines Entscheids so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. Wenigstens kurz sind die wesentlichen Überlegungen zu nennen, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt (vgl. BGE 142 III 433 E. 4.3.2, BGE 139 V 496 E. 5, BGE 138 I 232 E. 5.1, BGE 133 I 270 E. 3.1, Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 5.3.2, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Erne, je m.w.H.).

#### **E. 9.6.8**

Die angefochtene Verfügung genügt diesen Anforderungen. Im Rahmen der Prüfung von Fall Nr. 3 bezeichnet die Verfügung die Verminderung des Sanktionsbetrages in Anwendung von Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG aufgrund einer passiven Rolle der Beschwerdeführerin unmissverständlich als unbegründet. Dabei lässt die Lektüre der angefochtenen Verfügung keinen Zweifel daran, dass die Hinweise zur fehlenden passiven

Rolle der Beschwerdeführerin in Rz. 273 der Verfügung nicht nur für das Bauprojekt im Fall Nr. 3 Gültigkeit haben, sondern auch für die übrigen Bauprojekte. Dies geht nicht nur aus den eindeutigen Querverweisen in Rz. 290 (Fall Nr. 4), Rz. 307 (Fall Nr. 5), Rz. 323 (Fall Nr. 6), Rz. 339 (Fall Nr. 7), Rz. 355 (Fall Nr. 8) und Rz. 390 (Fall Nr. 10) hervor, sondern wird auch durch den Wortlaut von Rz. 273 der Verfügung verdeutlicht.

#### **E. 9.6.9**

Dieser Wortlaut ist nämlich im Plural verfasst, d.h. weist ausdrücklich darauf hin, dass "die vorliegenden Angebotskoordinierungen" im Interesse der Beschwerdeführerin gelegen seien, zumal die anderen abredebeteiligten Unternehmen im Rahmen der Koordination des Bieterverhaltens "jeweils höhere Angebote" eingereicht und dadurch die Chancen der Beschwerdeführerin auf die Zuschlagserteilung begünstigt hätten. Darüber hinaus habe sich die Beschwerdeführerin auch "an der Organisation und Umsetzung der Abreden" beteiligt (vgl. Verfügung, Rz. 273).

#### **E. 9.6.10**

Damit hat die Vorinstanz die für sie entscheidenden Überlegungen genannt und der Beschwerdeführerin eine sachgerechte Anfechtung ermöglicht. Die Rüge der Verletzung der Begründungspflicht ist deshalb unbegründet.

#### **E. 9.6.11**

Neu ruft die Beschwerdeführerin vor Bundesverwaltungsgericht zusätzlich auch den mildernden Umstand von Art. 6 Abs. 1 SVKG an, der eine Sanktionsmilderung insbesondere bei frühzeitiger Beendigung der Wettbewerbsbeschränkung vorsieht (E. 9.6.1). Zur Begründung bringt die Beschwerdeführerin vor, die relevanten Tathandlungen hätten in den Jahren 2008 bis 2011 stattgefunden. Somit seien sie bereits mehrere Jahre vor der Untersuchungseröffnung eingestellt worden. Die Voraussetzung für eine Sanktionsmilderung nach Art. 6 Abs. 1 SVKG sei gegeben, da die Tathandlungen lediglich einmal und nicht fortdauernd vorgenommen worden seien. Eine Wettbewerbsbeeinträchtigung, die über längere Zeit fortdauere, erzeuge offensichtlich schädlichere Auswirkungen auf dem Markt als eine in einer einzelnen Tathandlung abgeschlossene Wettbewerbsbeeinträchtigung. Dass der Milderungsgrund von Art. 6 Abs. 1 SVKG nur dann zum Zuge kommen solle, wenn ein Unternehmen das wettbewerbswidrige Verhalten aus Einsicht und eigenem Antrieb aufgegeben habe, sei nicht zwingend (Beschwerde, Rz. 308 f.; Replik, Rz. 106).

#### **E. 9.6.12**

Wie die Beschwerdeführerin sinngemäss selbst einräumt, geht die von ihr geltend gemachte "Einstellung der Tathandlungen bereits mehrere Jahre vor der Untersuchungseröffnung" nicht auf den autonomen Entschluss der Beschwerdeführerin zurück, die Wettbewerbsbeschränkungen frühzeitig zu beenden. Der Grund für diese Ausgangslage liegt vielmehr allein in der Natur der beurteilten Einzelsubmissionsabsprachen selbst. Denn diese Einzelsubmissionsabsprachen konnten nach dem Abschluss der jeweiligen Projektausschreibung naturgemäss nicht mehr aufrechterhalten und weitergeführt werden. Die Vorinstanz weist diesbezüglich zutreffend darauf hin, dass Art. 6 Abs. 1 SVKG grundsätzlich auf "auf Dauer" angelegtes Verhalten zugeschnitten ist, bei Einzelsubmissionsabsprachen aber immer spätestens nach dem Abschluss einer Ausschreibung und der Realisierung eines Projekts alle Tathandlungen beendet sind (Vernehmlassung, Rz. 100).

### **E. 9.6.13**

Auch mit Bezug auf die Beschwerdeführerin steht gemäss den vorstehenden Erwägungen fest, dass sie bei der "Einstellung ihrer Tathandlungen" bei allen Wettbewerbsabreden jeweils bereits alles Erforderliche für die Angebotskoordination und deren Umsetzung vorgekehrt hatte. Für dieses idealtypische Verhalten einer Einzelsubmissionsabsprache eine Strafmilderung infolge frühzeitiger Beendigung der Wettbewerbsbeschränkung zu gewähren, wäre unangebracht und liesse sich mit dem gesetzlichen Sanktionszwang nicht vereinbaren.

### **E. 9.6.14**

Im Übrigen hat die Vorinstanz der tatsächlichen Schwere der vorliegenden Einzelsubmissionsabsprachen im Rahmen der Festlegung der Basisbetragsätze angemessen Rechnung getragen (E. 9.5). Der Hinweis der Beschwerdeführerin auf die angeblich geringere Schädlichkeit der vorliegenden Abreden im Vergleich zu "Wettbewerbsbeeinträchtigungen, die über eine längere Zeit fortauern" (E. 9.6.11), geht daher ebenfalls an der Sache vorbei. Insgesamt beruft sich die Beschwerdeführerin demnach missbräuchlich auf den mildernden Umstand von Art. 6 Abs. 1 SVKG, was keinen Rechtsschutz verdient (vgl. zum Verbot des Rechtsmissbrauchs, welches alle Rechtsbereiche umfasst, etwa: Urteil des BVGer A-5973/2017 vom 28. Mai 2019 E. 4, m.w.H. auf die Rechtsprechung).

### **E. 9.6.15**

Im Ergebnis ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz das Vorliegen von mildernden Umständen weder aufgrund der geltend gemachten "passiven Rolle" der Beschwerdeführerin (E. 9.6.3 ff.) noch aufgrund einer "frühzeitigen Beendigung" der Wettbewerbsbeschränkungen (E. 9.6.11 ff.) bejaht hat. Es liegen keine sanktionsmildernden Umstände im Sinne von Art. 6 SVKG vor. Der Verzicht der Vorinstanz auf einen Zuschlag aufgrund der Dauer der Verstösse (Art. 4 SVKG) sowie eine Anpassung der Sanktion aufgrund erschwerender Umstände (Art. 5 SVKG) blieb zu Recht unbestritten.

## **E. 9.7**

Zwischenergebnis Gesamtsanktion

### **E. 9.7.1**

Somit ergibt sich, dass die in E. 9.5.8 erwähnten Basisbeträge der angefochtenen Verfügung durch die weiteren Bemessungsfaktoren in Übereinstimmung mit der vorinstanzlichen Beurteilung keine Änderung erfahren. Die Summe dieser rechtmässigen Basisbeträge ergibt eine Gesamtsanktion in der Höhe von Fr. 444'922.-.

### **E. 9.7.2**

Dieser Betrag fällt im Vergleich zum Sanktionsbetrag der angefochtenen Verfügung (Fr. 489'467.-) um Fr. 44'545.- geringer aus, da der angebliche Wettbewerbsverstoss der Beschwerdeführerin im Fall Nr. 9 nicht rechtsgenügend nachgewiesen ist (E. 6.7.3.14). Die Gesamtsanktion im Betrag von Fr. 444'922.- ist gerichtlich zu bestätigen, falls sie sich für die Beschwerdeführerin als tragbar erweist (vgl. nachfolgend).

## **E. 9.8**

Tragbarkeit der Sanktion

### **E. 9.8.1**

Die Beschwerdeführerin bestritt bereits im Untersuchungsverfahren die Tragbarkeit der ihr damals in Aussicht gestellten Sanktion. Verfüge die Vorinstanz eine Sanktion in der vom Sekretariat beantragten Höhe, drohe der Beschwerdeführerin zwangsläufig der Konkurs, was den Verhältnismässigkeitsgrundsatz verletzen würde. Zur Begründung hatte sich die Beschwerdeführerin auf einen prognostizierten Kapitalverlust von Fr. (...) berufen, welcher Sanierungsmassnahmen erforderlich mache (vgl. Stellungnahme vom 13. März 2019 zum Verfügungsantrag des Sekretariats, Rz. 199, 205, 203; Vorinstanz, act. 93 [22-0459]). Bei diesem, laut der Beschwerdeführerin drohenden, Kapitalverlust handelte es sich um die Summe der folgenden prognostizierten Verluste: Jahr prognostizierter Verlust 2019 Fr. (...) 2020 Fr. (...) 2021 Fr. (...) Fr. (...) In den Folgejahren 2022 bis 2025 rechnete die Beschwerdeführerin gegenüber der Vorinstanz mit weiteren Jahresverlusten im Betrag von je Fr. (...). Zudem berief sich die Beschwerdeführerin auf einen bereits eingetretenen Jahresverlust 2018 von Fr. (...), also insgesamt auf Verluste im Zeitraum 2018 bis 2025 von Fr. (...).

### **E. 9.8.2**

Die prognostizierten Jahresverluste der Jahre 2019 bis 2025 (E. 9.8.1) basierten auf der Annahme der Beschwerdeführerin, dass sie in diesem Zeitraum namentlich die folgenden "Budgetpositionen" werde verkraften müssen: Budgetpositionen 2019 bis 2025 laut Angaben der Beschwerdeführerin in der Untersuchung (Auszug) Nr. Bezeichnung 1 Investitionen in (...) [Gegenstände] 2 Wertbereinigung H.\_\_\_\_\_ 3 Übernahme G.\_\_\_\_\_AG 4 Sanierungsarbeiten (...) [Liegenschaft] 5 Rückzahlung (...) [Darlehen] 6 Rückkauf (...) [Wertpapiere] 7 Firmenübergabe (...) / Dividendenzahlung (...) Konkret müsse die Beschwerdeführerin in den nächsten Jahren mindestens Fr. (...) pro Jahr in (...) investieren, um (...) [deren] mittlere[s] Alter (...) in fünf Jahren unter acht Jahren halten zu können. Bei der Position Nr. 2 "Wertbereinigung H.\_\_\_\_\_" gehe es darum, einen bisher nicht erfolgreichen Verkauf (...) durch Wertbereinigungen von je Fr. (...) in den Jahren 2020 und 2021 doch noch zu ermöglichen. Unter dem Titel der Position Nr. 3 "Übernahme G.\_\_\_\_\_AG" hatte sich die Beschwerdeführerin gegenüber der Vorinstanz auf einen budgetierten Betrag von Fr. (...) im Jahr 2019 sowie Beträge von je Fr. (...) in den Jahren 2020 bis 2025 berufen. Weiter stünden in den Jahren 2021 bis 2025 Sanierungsarbeiten (...) im Umfang von insgesamt mindestens Fr. (...) an. Für die Position Nr. 5 "Rückzahlung (...) [Darlehen]" sah das Budget der Beschwerdeführerin weiter einen Betrag von Fr. (...) im Jahr 2019 vor. Unter dem Titel der Position Nr. 6 "Rückkauf (...) [Wertpapiere]" veranschlagte die Beschwerdeführerin gegenüber der Vorinstanz einen Betrag von Fr. (...) im Jahr 2020. Die Position Nr. 7 "Firmenübergabe (...) / Dividendenzahlung (...)" schlage in den Jahren 2020 bis 2025 schliesslich voraussichtlich mit je Fr. (...) zu Buche (vgl. Stellungnahme vom 13. März 2019 zum Verfügungsantrag des Sekretariats, Rz. 202 ff. sowie Beilagen Nr. 1 und Nr. 2 zu dieser Stellungnahme [Budget und Investitionsplanung bis 2025, Inventarliste], Vorinstanz, act. 93 [22-0459]; vgl. in diesem Sinne auch schon die Eingabe der Beschwerdeführerin an die Vorinstanz vom 14. Februar 2019, insbesondere deren Beilagen Nr. 9-12 [ursprüngliche Budget und Investitionsplanung bis 2025, Bericht zum Geschäftsausblick und Einschätzung der allgemeinen Unternehmenslage, Bericht über geplante und veranlasste Massnahmen zur Fortführung des Unternehmens, anstehende Investitionen], Vorinstanz, act. 89 [22-0459]).

### **E. 9.8.3**

Gestützt auf diese Budgetpositionen (E. 9.8.2) und die daraus abgeleiteten Jahresverluste (E. 9.8.1) berief sich die Beschwerdeführerin in der Untersuchung der Vorinstanz auf einen drohenden Kapitalverlust von Fr. (...) bis Ende 2021 und von Fr. (...) bis Ende 2025. Dieser Kapitalverlust stelle eine qualifizierte Form der Unterbilanz dar und liege vor, wenn die Hälfte des Grundkapitals nicht mehr gedeckt sei (Vorinstanz, act. 93 [22-0459], Rz. 205 m.H. auf Art. 725 Abs. 1 aOR; vgl. heute Art. 725a OR, in Kraft seit 1. Januar 2023 [AS 2020 4005, 2022 109, BBl 2017 399]). Vor dem Erlass der angefochtenen Verfügung - per Ende 2018 - verfüge die Beschwerdeführerin noch über ein Eigenkapital von Fr. (...) (m.H. auf die damals vorliegende provisorische Jahresrechnung 2018 [Vorinstanz, act. 89 [22-0459], Beilage Nr. 6]).

#### **E. 9.8.4**

Gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht bestreitet die Beschwerdeführerin die Tragbarkeit der Sanktion und der Verfahrenskosten weiterhin. Neu macht die Beschwerdeführerin allerdings geltend, die Bezahlung der ihr durch die Vorinstanz auferlegten Beträge sei für sie unter dem Gesichtspunkt der "Liquidität" nicht tragbar. Eine Auferlegung der Sanktion würde die Wettbewerbsfähigkeit der Beschwerdeführerin nach ihrem Dafürhalten erheblich beeinträchtigen und dazu führen, dass sie "in sehr kurzer Zeit aufgrund fehlender Liquidität" Konkurs anmelden müsste. Eine solche Konsequenz einer kartellrechtlichen Sanktion sei unverhältnismässig. Aufgrund der fehlenden Tragbarkeit und Unverhältnismässigkeit sei von einer Sanktion abzusehen.

#### **E. 9.8.5**

Zur Beurteilung dieses Standpunkts sei entgegen der Vorinstanz auf die Angaben des mit der Beschwerde eingereichten Liquiditätsplans für die Jahre 2019 bis 2025 abzustellen (Beschwerdebeilage Nr. 5). Die Beschwerdeführerin beruft sich mit diesem Dokument zur Begründung der neu gerügten Liquiditätsproblematik im Wesentlichen auf dieselben "Budgetpositionen", welche sie auch schon in der Untersuchung zur damaligen Begründung des angeblich drohenden Kapitalverlusts herbeigezogen hatte (E. 9.8.2). Mit den zusätzlichen Dokumenten, welche die Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht während dem Beschwerdeverfahren aufforderungsgemäss nachgereicht habe (vgl. nachfolgend E. 9.8.7, E. 9.8.16.1), sei dargelegt, dass der befürchtete Liquiditätsengpass zwar zeitlich etwas verzögert, aber dennoch voraussichtlich bereits im Jahr 2023 eintreten werde (vgl. zum Ganzen: Eingaben vom 2. Juni 2021 und 16. August 2021 sowie Beschwerde, Rz. 14, 235, 247, 250 ff.; Replik, Rz. 83, 148).

#### **E. 9.8.6**

Demgegenüber geht die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung davon aus, dass die Sanktion und die Verfahrenskosten für die Beschwerdeführerin unter dem Gesichtspunkt der Kapitalisierung wie der Liquidität vollumfänglich tragbar sind (Verfügung, Rz. 414). An dieser Beurteilung hält die Vorinstanz vor Bundesverwaltungsgericht fest.

#### **E. 9.8.7**

Unter den von der Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht nachgereichten Dokumenten (E. 9.8.5, C.h) befinden sich unter anderem die Geschäftsberichte 2019 und 2020 (Beilagen Nr. 1 und Nr. 2 zur Eingabe vom 2. Juni 2021), eine Zusammenstellung der stillen Reserven (Beilage Nr. 3 zur Eingabe vom 2. Juni 2021) sowie eine überarbeitete Plan-Erfolgsrechnung mit Liquiditätsplan (Beilage Nr. 6 zur Eingabe vom 2. Juni 2021). Zudem reichte die Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht im Zusammenhang

mit der Budgetposition Nr. 3 "Übernahme G. \_\_\_\_\_AG" (E. 9.8.2) einen Aktionärsbindungsvertrag ein, welchen sie kurz vor dem Untersuchungsabschluss (...) unterzeichnet und der Vorinstanz nicht mehr zu den Akten gegeben hatte (Beschwerdebeilage Nr. 6 [Aktionärsbindungsvertrag G. \_\_\_\_\_AG vom ...]).

#### **E. 9.8.8.1**

Bei der Festsetzung der Sanktion ist entsprechend Art. 5 Abs. 2 BV das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu beachten (Art. 2 Abs. 2 SVKG; vgl. Urteil des BGer 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 10.1, DCC, m.w.H.). Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt, dass sich staatliches Handeln im Hinblick auf das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel als geeignet, erforderlich und zumutbar erweist (vgl. BGE 148 II 475 E. 5; BGE 146 I 157 E. 5.4).

#### **E. 9.8.8.2**

Während das Kriterium der "Eignung" verlangt, dass eine Verwaltungsmassnahme geeignet ist, das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel zu erreichen, gebietet die "Erforderlichkeit", eine Verwaltungsmassnahme so zu bemessen, dass der im öffentlichen Interesse angestrebte Zweck nicht auch mit einer gleich geeigneten, aber mildereren Massnahme erreicht werden könnte. Die "Zumutbarkeit" einer Verwaltungsmassnahme ist zu bejahen, wenn der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den dem Privaten auferlegten Belastungen oder dem bewirkten Eingriff steht. Die Massnahme muss durch ein öffentliches Interesse, welches das private Interesse überwiegt, gerechtfertigt sein (vgl. zum Ganzen: BGE 147 I 450 E. 3.2.3, BGE 140 II 194 E. 5.8.2, BGE 136 I 29 E. 4.5 und BGE 130 I 140 E. 5.3.6; Urteil des BVGer B-823/2016 vom 2. April 2020 E. 6.5.2, Flügel und Klaviere; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 514, 522, 527; Pierre Tschannen/Markus Müller/Markus Kern, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2022, § 21 Rz. 452 f., 456, 458, 468).

#### **E. 9.8.9.1**

Die Beschwerdeführerin macht mit ihrer Argumentation sinngemäss geltend, das Vorgehen der Vorinstanz sei unverhältnismässig, da durch die verfügten Beträge der Teilaspekt der Zumutbarkeit verletzt werde. Dass die Auferlegung der Sanktion und der Verfahrenskosten infolge fehlender Geeignet- oder Erforderlichkeit unverhältnismässig sei, behauptet die Beschwerdeführerin nicht.

#### **E. 9.8.9.2**

Das Bundesverwaltungsgericht hat angesichts des Ergebnisses der vorstehenden Erwägungen auch keine Veranlassung, das Vorliegen dieser beiden weiteren Kriterien des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes anzuzweifeln. Insbesondere ist die Sanktionierung im Gesamtbetrag gemäss E. 9.7.1 geeignet, den rechtmässigen Sanktionsanspruch nach Art. 49a Abs. 1 KG im Interesse der Förderung des Wettbewerbs wie der Abschreckung der Beschwerdeführerin vor künftigen Wettbewerbsverstössen einzufordern.

#### **E. 9.8.9.3**

Die nachfolgende Beurteilung beschränkt sich daher auf den Aspekt der Zumutbarkeit. Dabei wendet das Bundesverwaltungsgericht das Recht von Amtes wegen an. Daraus folgt, dass das Bundesverwaltungsgericht weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden ist (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

Es kann die Beschwerde mithin auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder die angefochtene Verfügung im Ergebnis mit einer von derjenigen der Vorinstanz abweichenden Begründung bestätigen (sog. Motivsubstitution; vgl. statt vieler: BGE 139 V 127 E. 1.2; Urteil des BVGer A-4078/2021 vom 31. Mai 2022 E. 1.4 m.H. auf BGE 140 II 353 E. 3.1). Wie in jedem Beschwerdeverfahren ist für das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich die Rechts- und Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheids massgebend (vgl. statt vieler: Urteil des BVGer F-5958/2022 vom 25. Januar 2023 E. 3; BVGE 2014/1 E. 2 m.H.; BVGE 2011/1 E. 2).

#### **E. 9.8.10.1**

Eine kartellrechtliche Verwaltungssanktion ist grundsätzlich nur dann zumutbar, wenn die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens bewahrt wird; logischerweise ist dabei auch dessen Existenz miteingeschlossen (vgl. Urteil des BGer 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 10.1, DCC; BGE 143 II 297 Gaba E. 9.7.2; Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012 Publigroupe E. 12.3.2, nicht publiziert in BGE 139 I 72; Urteil des BVGer B-823/2016 vom 2. April 2020 E. 6.5.2, E. 6.5.5, Flügel und Klaviere). Die Sanktionen sollen schmerzen, aber ein Unternehmen nicht in den Konkurs treiben, denn damit wäre dem Wettbewerb letztlich nicht gedient. Insofern soll der Bussenbetrag in einem zumutbaren Verhältnis zur Leistungsfähigkeit des Unternehmens stehen. Allerdings muss der finanzielle Nachteil so gross sein, dass sich eine Beteiligung an einer Zuwiderhandlung nicht lohnt (vgl. Urteil des BGer 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 10.1, DCC; BGE 146 II 217 E. 9.1, Swisscom ADSL; BGE 143 II 297 E. 9.7.2, Gaba; Urteil des BVGer B-823/2016 vom 2. April 2020 E. 6.5.5, Flügel und Klaviere, m.w.H.).

#### **E. 9.8.10.2**

Hinsichtlich der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des sanktionierten Unternehmens ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen "Flügel und Klaviere" grundsätzlich auf den Zeitpunkt abzustellen, der dem wettbewerbswidrigen Verhalten am nächsten steht (vgl. Urteil des BVGer B-823/2016 vom 2. April 2020 E. 6.1.2, Flügel und Klaviere). Dabei handelt es sich vorliegend - zumindest annäherungsweise - um den Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung.

#### **E. 9.8.10.3**

Auf einen anderen Zeitpunkt ist ausnahmsweise dann abzustellen, wenn die besonderen Umstände des Einzelfalls dies nahelegen. So kann der Abschluss des Beschwerdeverfahrens als massgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit qualifiziert werden, wenn beim betroffenen Unternehmen während des Beschwerdeverfahrens ohne eigenes Zutun erhebliche Liquiditätsschwierigkeiten eingetreten sind. Dabei ist zu beachten, dass ein Unternehmen, das solche Liquiditätsschwierigkeiten (oder auch einen Kapitalverlust oder eine Überschuldungssituation [vgl. sogleich]) geltend macht, eine sehr weitgehende Mitwirkungspflicht trifft. Gestützt auf diese Mitwirkungspflicht hat das ersuchende Unternehmen vollständig über seine aktuelle finanzielle Situation Auskunft zu geben (vgl. Urteil des BVGer B-823/2016 vom 2. April 2020 E. 6.1.2, E. 6.5.5, E. 7.1, Flügel und Klaviere; Urteil des BVGer B-294/2022 vom 31. August 2022 E. 6.3.2.5, Dargaud [Suisse] SA).

#### **E. 9.8.11.1**

Unverhältnismässig infolge fehlender Zumutbarkeit wäre die Belastung eines Unternehmens mit einer Kartellsanktion und Verfahrenskosten im Lichte der vorstehenden Erwägungen ohne Weiteres dann, wenn das Unternehmen dadurch "zahlungsunfähig" wird, oder wenn die entsprechenden Verbindlichkeiten zu einem "Kapitalverlust" oder einer "Überschuldung" des Unternehmens führen (vgl. nachfolgend die Umschreibung dieser Begriffsgehalte).

#### **E. 9.8.11.2**

"Zahlungsunfähigkeit" besteht dann, wenn ein Unternehmen seine fälligen Verbindlichkeiten aus einem nicht nur vorübergehenden Mangel an Zahlungsmitteln nicht mehr erfüllen kann und somit auch nicht über den erforderlichen Kredit verfügt, sich die erforderlichen Zahlungsmittel nötigenfalls zu beschaffen (vgl. Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Obligationenrechts [Aktienrecht] vom 23. November 2016, BBl 2017 399, 573 f., m.H. auf BGE 111 II 206 E. 1 [nachfolgend: Botschaft Aktienrecht]; Christoph Dimino/Hans Rudolf Trüb, in: Umweltrecht in der Praxis [URP], 2022-6, S. 611, m.H. auf Alexander Brunner/Felix H. Boller/Eugen Fritschi, in: Basler Kommentar, SchKG, 3. Aufl. 2021, Art. 191 Rz. 2).

#### **E. 9.8.11.3**

Ein "Kapitalverlust" liegt nach Art. 725 Abs. 1 aOR vor, wenn die letzte Jahresbilanz zeigt, "dass die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist". Eine "Überschuldung" setzt gemäss Art. 725 Abs. 2 aOR voraus, dass laut dem Ergebnis einer erstellten Zwischenbilanz "die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind".

#### **E. 9.8.11.4**

Die Formulierungen von Art. 725 Abs. 1 und Abs. 2 aOR wurden im Zuge der kürzlich in Kraft getretenen Aktienrechtsrevision präzisiert (vgl. die revidierten Art. 725a OR [Kapitalverlust] und Art. 725b OR [Überschuldung], je in Kraft seit 1. Januar 2023; AS 2020 4005, AS 2022 109).

#### **E. 9.8.11.5**

Aus diesen Präzisierungen ergeben sich für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache keine relevanten Änderungen. Die Revision von Art. 725 Abs. 1 und Abs. 2 aOR knüpft vielmehr grundsätzlich an der bisherigen Regelung an (vgl. Botschaft Aktienrecht, a.a.O., S. 576, 578). So enthält der neue Art. 725a Abs. 1 OR etwa die Präzisierung, dass die massgebenden Reserven für die Berechnung des Verlusts der Hälfte des Kapitals die gesetzlichen Reserven sind, die nicht an die Aktionäre zurückzahlbar sind; also diejenigen, die zu den gesetzlich vorgeschriebenen Reserven nach den Art. 671 und 672 OR gehören (vgl. Pascal Montavon/ Ivan Jabbour, Die Revision des Aktienrechts, ergänzt um die Änderungen des GmbH-Rechts und des Genossenschaftsrechts per 1. Januar 2023, in: Trex 2023 S. 4 ff., S. 9 Rz. 33).

#### **E. 9.8.11.6**

Von den gesetzlich vorgeschriebenen Reserven (Art. 671 und 672 OR) zu unterscheiden sind die freiwilligen Gewinnreserven (Art. 673 OR). Für die Berechnung des hälftigen Kapitalverlusts nach Art. 725 Abs. 1 aOR sind nach dem Wortlaut der (bisherigen wie der revidierten) Bestimmung ausschliesslich die gesetzlichen Reserven massgebend (vgl. statt vieler: Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., 2022, S. 1738 ff.).

### **E. 9.8.12.1**

Im Sinne der Rechtsprechung (vgl. E. 9.8.10) gilt es nachfolgend in einem ersten Schritt zu prüfen, ob sich die angefochtene Verfügung zum Zeitpunkt ihres Erlasses als mit Bezug auf die Tragbarkeit rechtmässig erweist. Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz die Zumutbarkeit der Bezahlung der Sanktion und der Verfahrenskosten durch die Beschwerdeführerin in der angefochtenen Verfügung unter Berücksichtigung der ihr damals vorliegenden Sachlage zu Recht bejaht hat (E. 9.8.13, insbes. E. 9.8.13.3, E. 9.8.13.8; E. 9.8.14 f.). Da für das Bundesverwaltungsgericht wie in jedem Beschwerdeverfahren grundsätzlich der Sachverhalt massgeblich ist, wie er im Zeitpunkt seines Entscheids vorliegt, sind bereits bei diesem ersten Prüfschritt von der Beschwerdeführerin während des Beschwerdeverfahrens nachgereichte Unterlagen mitzubersichtigen (vgl. aber zu den Mitwirkungspflichten der Beschwerdeführerin E. 9.8.16.2).

### **E. 9.8.12.2**

In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob bei der Beschwerdeführerin im Sinne der vorne zitierten Rechtsprechung während des Beschwerdeverfahrens ohne eigenes Zutun erhebliche Liquiditätsschwierigkeiten eingetreten sind (E. 9.8.13.4 ff.; E. 9.8.13.8; E. 9.8.15 f.). Wird diese Frage im Ergebnis verneint, ist eine Sanktionsreduktion im Nachgang zum Verfügungszeitpunkt oder gar ein Sanktionserlass ausgeschlossen. Für eine Anpassung der Sanktion besteht somit grundsätzlich kein Raum, falls die Beschwerdeführerin während des Beschwerdeverfahrens selber aktiv dazu beigetragen hat, dass sie nachträglich in den von ihr geltend gemachten Liquiditätsengpass gerät (vgl. dazu konkretisierend E. 9.8.16.8 ff.).

### **E. 9.8.13.1**

Was nun den von der Beschwerdeführerin in der Untersuchung geltend gemachten drohenden Kapitalverlust (E. 9.8.1) betrifft, betont die angefochtene Verfügung zutreffend, dass ein hälftiger Kapitalverlust nach Art. 725 Abs. 1 aOR nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes nur dann vorliegt, wenn "die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist" (Verfügung, Rz. 407).

### **E. 9.8.13.2**

Weiter weist die angefochtene Verfügung in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Beschwerdeführerin laut der Bilanz per 31. Dezember 2017 über eine "freiwillige Gewinnreserve" von Fr. (...) verfügt habe (Vorinstanz, act. 89 [22-0459], Beilage Nr. 5), welche von Art. 725 Abs. 1 aOR nicht erfasst sei. Der Betrag von Fr. (...) sei daher mit den anfallenden Verlusten zu verrechnen, bevor die Bezugsgrösse zur Bestimmung des hälftigen Kapitalverlusts berechnet werde. Ausgehend vom Eigenkapital der Beschwerdeführerin von Fr. (...) per Ende 2017 (vgl. Vorinstanz, act. 89 [22-0459], Beilage Nr. 5) betrage das Eigenkapital der Beschwerdeführerin per Ende 2025 unter korrektem Einbezug der "freiwilligen Gewinnreserve" selbst im Fall der Anrechnung von allen geltend gemachten Verlusten von total Fr. (...) für die Jahre 2018 bis 2025 (vgl. E. 9.8.1 sowie Vorinstanz, act. 93 [22-0459], Beilage Nr. 1 [Budget und Investitionsplanung bis 2025]) immer noch Fr. (...). Damit läge das Eigenkapital der Beschwerdeführerin auch noch nach sieben weiteren Geschäftsjahren über dem kritischen Schwellenwert von Art. 725 Abs. 1 aOR. Dieser belaufe sich auf Fr. (...) (...); Verfügung, Rz. 406 ff.).

### **E. 9.8.13.3**

Die Beträge, auf welche die Vorinstanz in der obigen Beurteilung (E. 9.8.13.1 f.) abstellt, stimmen mit der durch die Akten damals ausgewiesenen Sachlage überein. Es trifft insbesondere zu, dass die Beschwerdeführerin per 31. Dezember 2017 über eine - in ihrer damaligen Argumentation unerwähnt gebliebene - freiwillige Gewinnreserve von Fr. (...) verfügte (vgl. Vorinstanz, act. 89 [22-0459], Beilage Nr. 5; Vorinstanz, act. 93 [22-0459], Beilage Nr. 1). Auch in rechtlicher Hinsicht besteht unter Berücksichtigung des unter E. 9.8.11 Ausgeführten keine Veranlassung, die oben umschriebene Darstellung der Vorinstanz in Frage zu stellen. Die Beschwerdeführerin bestreitet die Rechtmässigkeit der angefochtenen Verfügung in diesem Punkt auch nicht. Sie trägt ihre ursprüngliche Rüge - die in der Untersuchung in Aussicht gestellten Belastungen seien infolge eines drohenden Kapitalverlusts unverhältnismässig - vor Bundesverwaltungsgericht zu Recht gar nicht mehr vor (E. 9.8.4). Die Beschwerdeführerin macht auch nicht geltend, dass sie gestützt auf aktuellere Unterlagen im Verlauf des Beschwerdeverfahrens oder nach dessen Abschluss den Eintritt eines Kapitalverlusts oder einer Überschuldungssituation befürchtet.

#### **E. 9.8.13.4**

Für Letzteres bestehen auch keine Anhaltspunkte. Im Gegenteil haben sich die von der Beschwerdeführerin ursprünglich für 2018 bis 2025 prognostizierten Verluste zwischenzeitlich deutlich verringert: Während sich der von der Beschwerdeführerin ursprünglich prognostizierte kumulierte Verlust für die Jahre 2018 bis 2025 noch auf Fr. (...) belaufen hätte (E. 9.8.1, E. 9.8.13.2), beträgt der entsprechende Gesamtbetrag gemäss der nun vorliegenden Aktenlage nur noch Fr. (...) (Beilagen Nr. 1 und Nr. 2 zur Eingabe vom 2. Juni 2021 [Geschäftsberichte 2019 und 2020]; Beilage Nr. 6 zur Eingabe vom 2. Juni 2021 [überarbeitete Plan-Erfolgsrechnung]).

#### **E. 9.8.13.5**

Diese markant günstigere Entwicklung besteht unter anderem darin, dass die Beschwerdeführerin im Jahr 2019 statt des ursprünglich prognostizierten Verlusts von Fr. (...) (E. 9.8.1) tatsächlich (...) verbucht hat (Beilage Nr. 1 zur Eingabe vom 2. Juni 2021 [Geschäftsbericht 2019]). Auch das Jahr 2020 schloss die Beschwerdeführerin besser als ursprünglich prognostiziert ab, nämlich mit (...) gegenüber dem deutlich zu pessimistisch eingeschätzten Verlust von Fr. (...) laut der Prognose im Zeitpunkt vor dem Untersuchungsabschluss (Beilage Nr. 2 zur Eingabe vom 2. Juni 2021; Vorinstanz, act. 93 [22-0459], Beilage Nr. 1). Zudem rechnet die Beschwerdeführerin im Jahr 2021 laut der überarbeiteten Plan-Erfolgsrechnung noch mit (...) statt (...) gemäss der Annahme vor dem Untersuchungsabschluss (Beilage Nr. 6 zur Eingabe vom 2. Juni 2021; Vorinstanz, act. 93 [22-0459], Beilage Nr. 1).

#### **E. 9.8.13.6**

Darüber hinaus steht gemäss der aktuellen Aktenlage auch fest, dass der - laut der überarbeiteten Plan-Erfolgsrechnung geltend gemachte - Gesamtverlust für die Jahre 2018 bis 2025 von noch Fr. (...) (E. 9.8.13.4) neu auch Rückstellungen von insgesamt Fr. (...) für das vorliegende Verfahren beinhaltet. Denn wie die Beschwerdeführerin selbst ausführt, berücksichtigt der in der überarbeiteten Plan-Erfolgsrechnung aufgeführte Verlust von Fr. (...) für das Jahr 2020 "die Rückstellungen der von der Vorinstanz verfügten Sanktion im Umfang von CHF [...] sowie Verfahrens- und Anwaltskosten im Umfang von CHF [...]". Für das Jahr 2021 berücksichtigt die überarbeitete Plan-Erfolgsrechnung laut der Beschwerdeführerin Rückstellungen von Fr. (...) für Verfahrens- und Anwaltskosten

(Eingabe vom 2. Juni 2021, Ziffer 5). Somit wird der mit der Bezahlung der Sanktion und der Verfahrenskosten zu verbuchende Aufwand das Eigenkapital der Beschwerdeführerin nicht mehr zusätzlich belasten.

#### **E. 9.8.13.7**

Im Übrigen hat sich gestützt auf die Abklärungen des Bundesverwaltungsgerichts gezeigt, dass die Beschwerdeführerin per (...) über stille Reserven von (zumindest) Fr. (...) verfügte (Beilage Nr. 3 zur Eingabe vom 2. Juni 2021 [Zusammenstellung stille Reserven]). Das Eigenkapital der Beschwerdeführerin betrug per 31. Dezember 2020 laut der nachgereichten Bilanz Fr. (...) (Beilage Nr. 2 zur Eingabe vom 2. Juni 2021). Per Ende 2025 will die Beschwerdeführerin laut ihren eigenen Angaben weiterhin über ein Eigenkapital von Fr. (...) verfügen. Dieses beinhalte Ende 2025 neben dem Aktienkapital und der gesetzlichen Kapitalreserve weiterhin eine freiwillige Gewinnreserve im Betrag von Fr. (...) (Beilage Nr. 6 zur Eingabe vom 2. Juni 2021 [Eigenkapitalsituation]).

#### **E. 9.8.13.8**

Unter diesen Umständen war der Eintritt eines hälftigen Kapitalverlusts oder gar einer Überschuldungssituation aufgrund des vorliegenden Kartellverfahrens nicht nur zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung ausgeschlossen, sondern ist es erst recht auch unter Beizug und Würdigung der aktuellen Aktenlage. Der Vorinstanz ist daher zuzustimmen, dass die verfügte Sanktion inklusive Verfahrenskosten für die Beschwerdeführerin unter dem Gesichtspunkt der Kapitalisierung vollumfänglich tragbar ist.

#### **E. 9.8.14**

Es fragt sich aber, ob die Vorinstanz die Zumutbarkeit der Bezahlung der Sanktion und der Verfahrenskosten durch die Beschwerdeführerin im Verfügungszeitpunkt auch aus Sicht der "Liquidität" bejahen durfte.

#### **E. 9.8.14.1**

Die angefochtene Verfügung führt diesbezüglich aus, dass die Gesamtbelastung aus Liquiditätssicht dann für ein Unternehmen nicht tragbar wäre, wenn die vorhandenen Reserven ohne Gefährdung der Weiterführung der Unternehmung nicht hinreichend liquidierbar und somit im Umlauf- oder Anlagevermögen gebunden wären. Die Liquiditätssituation der Beschwerdeführerin könne per Ende 2018 als sehr gut bezeichnet werden. Zu diesem Zeitpunkt habe die Beschwerdeführerin nämlich über flüssige Mittel von Fr. (...) verfügt. Ein Jahr vorher - per 31. Dezember 2017 - hätten die flüssigen Mittel der Beschwerdeführerin noch Fr. (...) betragen (Verfügung, Rz. 411 ff.). Auch habe die Beschwerdeführerin ihre Liquiditätssituation im Geschäftsbericht 2017 und einem Schreiben vom Juli 2018 selbst als gut eingeschätzt. Die Sanktion und die Verfahrenskosten seien für die Beschwerdeführerin somit auch unter dem Gesichtspunkt der Liquidität vollumfänglich tragbar (Verfügung, Rz. 414).

#### **E. 9.8.14.2**

Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz demgegenüber eine unvollständige Erhebung des Sachverhalts und eine willkürliche Würdigung der Zusammenhänge vor. Denn obwohl sich die Beschwerdeführerin in der Untersuchung ausführlich zur finanziellen Prognose der kommenden Jahre geäußert habe, gehe die angefochtene Verfügung bei der Analyse der Liquiditätssituation darauf nicht ein. Die Beschwerdeführerin habe im Zusammenhang der

Untersuchung der Vorinstanz feststellen müssen, dass sie anstehende Investitionen lange Zeit vernachlässigt und die Liquidität der Unternehmung aus dem Auge verloren habe. Sie habe daher einen soliden Liquiditätsplan erstellt. Erst damit sei ihr bewusst geworden, dass sie auf einen finanziellen Engpass zusteure. Der Erlass der angefochtenen Verfügung habe klar gemacht, dass die Vorinstanz die Liquiditätssituation der Beschwerdeführerin nicht ernsthaft untersucht habe. Es wäre aber Aufgabe der Vorinstanz gewesen, im Hinblick auf die Tragbarkeit der Sanktion nicht bloss die Kapitalisierung der Beschwerdeführerin, sondern auch deren Liquiditätssituation zu untersuchen. Dass die Beschwerdeführerin den Liquiditätsplan (Beschwerdebeilage Nr. 5) erst mit der Beschwerde eingereicht habe, sei ihr nicht vorzuwerfen (vgl. zum Ganzen: Beschwerde, Rz. 231 f.; Replik, Rz. 68 f.; abschliessende Stellungnahme [29. Juni 2020], Rz. 15).

#### **E. 9.8.14.3**

Dem hält die Vorinstanz mit Verweis auf die angefochtenen Verfügung (Rz. 411 ff.) entgegen, dass die damals erst in der provisorischen Jahresrechnung per 31. Dezember 2018 ausgewiesenen flüssigen Mittel von Fr. (...) mit der revidierten Jahresrechnung 2018 übereinstimmten (Beschwerdebeilage Nr. 4). Wie in der angefochtenen Verfügung festgehalten, sei diese Liquiditätssituation als sehr gut zu bewerten. Weiter gelte es hervorzuheben, dass sich die Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren bezüglich der Tragbarkeit der Sanktion darauf berufen habe, dass die Sanktion zu einer Überschuldung führe. Zur Liquiditätssituation habe sich die Beschwerdeführerin damals nicht geäussert. Erst im Beschwerdeverfahren habe die Beschwerdeführerin angebliche künftige Liquiditätsschwierigkeiten geltend gemacht. Dennoch habe die Vorinstanz in der Verfügung neben der Kapitalisierung auch die Liquiditätslage der Beschwerdeführerin geprüft. Die neuen Beweismittel, welche die Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht eingereicht habe, seien - als erst nach dem vorinstanzlichen Entscheid entstandene Akten - nicht geeignet, zur Beurteilung der Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Entscheids zum Verfügungszeitpunkt beizutragen. Werde im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hinsichtlich der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des sanktionierten Unternehmens auf den Zeitpunkt abgestellt, der dem wettbewerbswidrigen Verhalten am nächsten stehe, sei die Tragbarkeit der vorliegenden Sanktion ohne Weiteres gegeben. Anzeichen dafür, dass die Beschwerdeführerin in den Jahren 2008 bis 2012, in welchen sich die acht sanktionierten Wettbewerbsverstösse zugetragen hätten, mit einem Insolvenzrisiko konfrontiert gewesen sei, bestünden keine. Die Beschwerdeführerin habe ihre Liquiditätssituation noch im Juli 2018 auch selber als gut eingeschätzt. Die zuverlässigen und revidierten Zahlen aus der Vergangenheit zeichnen das Bild eines Unternehmens mit einer sehr guten Liquidität (vgl. zum Ganzen: Vernehmlassung, Rz. 76, 78; Duplik, Rz. 46, 49; Stellungnahme der Vorinstanz vom 2. Juli 2021).

#### **E. 9.8.14.4**

Die Fähigkeit einer Gesellschaft, den fälligen Zahlungsansprüchen Folge zu leisten, ist unstrittig eine wichtige unternehmerische Rahmenbedingung, deren Nichteinhalten die Existenz einer Gesellschaft ernsthaft bedrohen kann (vgl. zum Begriff der Zahlungsunfähigkeit bereits E. 9.8.11.2). Der Gesetzgeber stellte den Regeln zum Kapitalverlust und zur Überschuldung mit der bereits erwähnten Aktienrechtsrevision (E. 9.8.11.4 f.) den neuen Art. 725 OR voran. Nachdem der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft aufgrund der allgemeinen Sorgfaltspflicht (Art. 717 Abs. 1 OR) auch

bereits nach der bisherigen Rechtslage zur Überwachung der Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft verpflichtet war (vgl. Peter Forstmoser / Marcel Kuchler, in: Schweizerisches Aktienrecht 2020, Mit neuem Recht der GmbH und der Genossenschaft und den weiteren Gesetzesänderungen, 2022, Art. 725 OR N. 6), hält Art. 725 Abs. 1 OR diese Verpflichtung des Verwaltungsrats nun ausdrücklich fest. Droht die Gesellschaft zahlungsunfähig zu werden, muss der Verwaltungsrat den spezifischen, im Gesetz aufgeführten, Handlungspflichten nachkommen, um die Zahlungsunfähigkeit zu vermeiden (Abs. 2). Die konkreten Handlungsschritte des Verwaltungsrats umfassen dabei mehrere Stufen, bis als letzte Option nötigenfalls ein Gesuch um Nachlassstundung eingereicht werden muss. Die einmalige Unmöglichkeit, fristgerecht zu bezahlen, begründet noch keine Zahlungsunfähigkeit (vgl. Botschaft Aktienrecht, a.a.O., S. 573 f., m.H. auf BGE 109 III 77 E. 2; Forstmoser / Kuchler, a.a.O., Art. 725 OR N. 7, 10).

#### **E. 9.8.14.5**

Zur Analyse der Zahlungsfähigkeit einer Gesellschaft kann in der Praxis auf die sog. "dispositive" und "strukturelle" Liquidität abgestellt werden. Das bestandesorientierte Konzept der dispositiven Liquidität untersucht anhand der nachfolgend genannten Kennziffern (E. 9.8.14.6), inwieweit die zu einem bestimmten Zeitpunkt vorhandenen flüssigen oder geldnahen Mittel in der Lage sind, die kurzfristigen erwarteten Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen. Die "strukturelle" Liquidität stellt demgegenüber die Frage ins Zentrum, ob die operative Nutzung des Betriebsvermögens geeignet ist, einen Beitrag an die künftigen Liquiditätsverpflichtungen zu leisten. Von Bedeutung in diesem "stromgrößenorientierten" Konzept ist vor allem der "Cashflow" als Massgrösse für den Zufluss an selbsterarbeiteten liquiden Mitteln aus Betriebstätigkeit (sog. Innenfinanzierungskraft des Unternehmens). Die zentrale Grösse zur Bestimmung des Cashflows bildet die Geldflussrechnung (vgl. Luz Hail / Conrad Meyer, Abschlussanalyse und Unternehmensbewertung, 2006, S. 56 ff.).

#### **E. 9.8.14.6**

Bei der Analyse der dispositiven Liquidität werden die folgenden Kennziffern unterschieden: Kennziffer Berechnungsweise Cash Ratio (Liquiditätsgrad I) Liquide Mittel / kurzfristige Verbindlichkeiten Quick Ratio (Liquiditätsgrad II) (Liquide Mittel + kurzfristige Forderungen) / kurzfristige Verbindlichkeiten Current Ratio (Liquiditätsgrad III) Umlaufvermögen / kurzfristige Verbindlichkeiten Die "Quick Ratio" bildet die aussagekräftigste Kennziffer. Sie betrachtet die kurzfristig in Geld zu verwandelnden Bestände des Umlaufvermögens in Relation zum kurzfristigen Fremdkapital. Das Warenlager bleibt im Gegensatz zur "Current Ratio" von der Analyse ausgeschlossen. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass bei physischen Lagervorräten sowohl der Anfall als auch die Höhe einer Umwandlung in flüssige Mittel mit erheblichen Unsicherheiten behaftet sind. Gegenüber der "Cash Ratio" erfolgt die Abgrenzung über den Einbezug der Debitorenbestände. So wird bei der "Quick Ratio" angenommen, dass die ausstehenden Kundenforderungen innert nützlicher Frist beglichen werden und die gebildeten Delkredererückstellungen die effektiven Zahlungsausfälle abzudecken vermögen (vgl. Hail/Meyer, a.a.O., S. 56 ff.).

#### **E. 9.8.14.7**

Die Bestimmung der "Quick Ratio" der Beschwerdeführerin mittels der Geschäftsdaten, über welche die Vorinstanz beim Erlass der angefochtenen Verfügung verfügt hat, bestätigt,

dass die Liquiditätssituation der Beschwerdeführerin vor dem Erlass der angefochtenen Verfügung sehr gut war. Denn wie aus der nachfolgenden Übersicht hervorgeht, betrug der Liquiditätsgrad II der Beschwerdeführerin per Ende 2018 hohe (...) %. Die der Vorinstanz damals vorliegenden Akten belegen zudem, dass sich die Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin in den Jahren 2013 bis 2018 bis zur erwähnten sehr guten Situation im Jahr 2018 (ausgehend von einem bereits guten Wert von (...) % im Jahr 2013) mit jedem Jahr wie folgt kontinuierlich verbessert hat (Zielwert Liquidität II: mindestens 100%; vgl. Vorinstanz, act. 89 [22-0459], Beilagen Nr. 1 - Nr. 6): Quick Ratio 2013 2014 2015 2016 2017 2018 Liquidität II (...) % (...) % (...) % (...) % (...) % (...) % Abgesehen davon ist der Hinweis der Vorinstanz korrekt, dass die beim Verfügungserlass erst in der provisorischen Jahresrechnung per 31. Dezember 2018 ausgewiesenen flüssigen Mittel von Fr. (...) mit der revidierten Jahresrechnung 2018 übereinstimmen (vgl. Beschwerdebeilage Nr. 4).

#### **E. 9.8.14.8**

Angesichts dieser - zwar vergangenheitsgerichteten, aber über einen langen Zeitraum eindeutigen und konstant guten - Kennziffern durfte die Vorinstanz im Verfügungszeitpunkt durchaus davon ausgehen, dass die Beschwerdeführerin ohne Gefährdung ihrer Wettbewerbsfähigkeit in der Lage sein wird, neben ihren weiteren Zahlungsverpflichtungen auch die verfügte Kartellsanktion inkl. Verfahrenskosten innert nützlicher Frist zu bezahlen.

#### **E. 9.8.14.9**

Dass sich die Vorinstanz in der Verfügung darauf beschränkt hat, die Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin im Wesentlichen gestützt auf die damals vorhandenen, erheblichen freien Finanzmittel zu bejahen, ist unter den gegebenen Umständen nicht zu beanstanden. Zwar hätte die Vorinstanz die von der Beschwerdeführerin - ausschliesslich unter dem Aspekt der Kapitalisierung herangezogenen - "Budgetpositionen" (E. 9.8.2 f.) grundsätzlich auch von Amtes wegen einer detaillierten Analyse der mutmasslich künftigen Liquiditätsentwicklung (mit Plan- statt mit Vergangenheitsdaten) unterziehen können. Im Verzicht der Vorinstanz auf eine solche Zusatzanalyse ist nach der Einschätzung des Bundesverwaltungsgerichts aber entgegen der Beschwerdeführerin weder eine unvollständige Sachverhaltserhebung noch eine willkürliche Würdigung der Zusammenhänge zu sehen.

#### **E. 9.8.14.10**

Denn es gilt zu beachten, dass der Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin aufgrund der allgemeinen Sorgfaltspflicht (Art. 717 Abs. 1 OR) - wie erwähnt (E. 9.8.14.4) - auch bereits nach der damaligen Rechtslage zur Überwachung der Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin verpflichtet war. Deshalb, sowie in Anbetracht der sehr weitgehenden Mitwirkungspflicht der Beschwerdeführerin bei der Ermittlung der Finanzlage konnte von der Beschwerdeführerin erwartet werden, dass sie die Vorinstanz auf eine ihr allenfalls drohende Zahlungsunfähigkeit unmissverständlich hinweist.

#### **E. 9.8.14.11**

Da dies unstrittig nicht geschehen ist, bestand für die Vorinstanz beim Erlass der angefochtenen Verfügung keine Veranlassung, von Amtes wegen auch eine detaillierte, zukunftsgerichtete Prüfung vorzunehmen. Davon waren unter Berücksichtigung der lange konstant guten Ergebnisse der bestandesorientierten Analyse vernünftigerweise keine gegenteiligen Erkenntnisse zu erwarten. Die Vorinstanz schloss daher im

Verfügungszeitpunkt auch ohne entsprechende Zusatzprüfung rechtmässig darauf, dass der verfügte Sanktionsbetrag inklusive Verfahrenskosten in einem zumutbaren Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Beschwerdeführerin steht.

#### **E. 9.8.14.12**

Dies gilt umso mehr, da im Verfügungszeitpunkt unter den gegebenen Umständen auch davon ausgegangen werden musste, dass die Beschwerdeführerin durchaus in der Lage wäre, sich zur Überbrückung eines allfälligen künftigen Liquiditätsengpasses erfolgreich einen angemessenen Bankkredit zu beschaffen. Im Übrigen bietet die Vorinstanz der Beschwerdeführerin ausdrücklich Ratenzahlungen an, damit diese den gesamten geschuldeten Betrag notfalls nicht auf einmal bezahlen muss (vgl. in diesem Sinne die Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung, S. 1, Fn. 2, sowie ausdrücklich auch die Stellungnahme vom 2. Juli 2021). Auch diese entlastenden Faktoren sind zur Beurteilung der Tragbarkeit unter dem Aspekt einer angeblich drohenden Zahlungsunfähigkeit zu berücksichtigen.

#### **E. 9.8.14.13**

Insgesamt hat die Vorinstanz die Tragbarkeit der Sanktion und der Verfahrenskosten in der angefochtenen Verfügung daher auch aus Sicht der Liquidität zu Recht bejaht. Im Verfügungszeitpunkt (Mai 2019) bestand für die Vorinstanz unter Berücksichtigung der damals vorliegenden Sachlage auch unter diesem Gesichtspunkt keine Veranlassung anzunehmen, die Bezahlung der Sanktion und der Verfahrenskosten sei für die Beschwerdeführerin nicht zumutbar und damit unverhältnismässig. Die angefochtene Verfügung erweist sich zum Zeitpunkt ihres Erlasses auch mit Blick darauf als rechtmässig.

#### **E. 9.8.15**

Als Zwischenresultat kann demnach festgehalten werden, dass die vorinstanzliche Sanktion inklusive Verfahrenskosten für die Beschwerdeführerin unter dem Gesichtspunkt der Kapitalisierung vollumfänglich tragbar ist. Unter diesem Titel ergibt sich weder im Verfügungszeitpunkt noch später eine Unverhältnismässigkeit der Massnahme (E. 9.8.13.8). Ebenso zu Recht bejaht hat die Vorinstanz die Tragbarkeit der Sanktion und der Verfahrenskosten aus Sicht der Liquidität im Verfügungszeitpunkt (E. 9.8.14.13). Unter all diesen Gesichtspunkten erweisen sich die Beträge, welche die Vorinstanz der Beschwerdeführerin auferlegt hat - und somit auch die leicht tiefere, vom Bundesverwaltungsgericht berechnete Gesamtsanktion (E. 9.7.1) - als verhältnismässig. Soweit die Beschwerdeführerin dies beanstandet, sind ihre Vorbringen unbegründet.

#### **E. 9.8.16**

Offen ist, ob die Beschwerdeführerin während des Beschwerdeverfahrens ohne eigenes Zutun in Liquiditätsschwierigkeiten geraten ist. So rügt die Beschwerdeführerin, die Bezahlung der Sanktion und der Verfahrenskosten sei für sie gestützt auf die dem Bundesverwaltungsgericht neu vorgelegten Dokumente mangels genügender Liquidität nicht zumutbar.

#### **E. 9.8.16.1**

Dem Bundesverwaltungsgericht liegen diesbezüglich das mit der Beschwerde eingereichte Aktenstück "Plan-Erfolgsrechnung und Liquiditätsplan 2019-2025" (Beschwerdebeilage Nr. 5) sowie insbesondere die folgenden weiteren Akten des Beschwerdeverfahrens vor (vgl. auch C.b, C.d, C.g, C.h, E. 9.8.7): - Beschwerdebeilage Nr. 6 (Neuer

Aktionärsbindungsvertrag G. \_\_\_\_\_AG vom [...]); - Replikbeilagen Nr. 1-6 (darunter: Erster Aktionärsbindungsvertrag G. \_\_\_\_\_AG vom [...] [Beilage Nr. 1], E-Mail-Korrespondenz zur Umsetzung Kauf G. \_\_\_\_\_AG [Beilage Nr. 2], Aktualisierte Inventarliste [Beilage Nr. 5], Belege über Investitionen 2019 [Beilage Nr. 6]); - Beilage Nr. 1 zur abschliessenden Stellungnahme vom 29. Juni 2020 (alternativer Liquiditätsplan); - Beilagen Nr. 1-11 zur Eingabe vom 2. Juni 2021 (darunter: Geschäftsbericht 2019 [Beilage Nr. 1], Geschäftsbericht 2020 [Beilagen Nr. 2], Zusammenstellung stille Reserven per 31. Dezember 2020 [Beilage Nr. 3], überarbeitete Plan-Erfolgsrechnung mit Liquiditätsplan 2019-2025 [Beilage Nr. 6]).

#### **E. 9.8.16.2**

Die Beschwerdeführerin hat ihre Angaben zur Entwicklung der Liquiditätslage seit ihrer Eingabe vom 2. Juni 2021 (welcher noch die Schreiben vom 16. Juni 2021 und 16. August 2021 folgten) nicht weiter aktualisiert (vgl. C.h, C.i, C.k). Angaben dazu, wie die Beschwerdeführerin die Geschäftsjahre ab 2021 tatsächlich abgeschlossen hat, liegen deshalb nicht vor. Dass sich aus den jüngsten Geschäftszahlen eine Bestätigung der geltend gemachten Zahlungsunfähigkeit oder gar eine Verschlechterung derselben ergibt, macht die Beschwerdeführerin nicht geltend. Angesichts der sehr weitgehenden Mitwirkungspflichten der Beschwerdeführerin (E. 9.8.10.3) wird im Folgenden demnach auf die Unterlagen abgestellt, welche die Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht bis am 2. Juni 2021 eingereicht hat.

#### **E. 9.8.16.3**

Im Übrigen steht bei der nachfolgenden Beurteilung mit Bezug auf die verschiedenen im Recht liegenden Plan-Erfolgsrechnungen und Liquiditätspläne primär das zeitlich aktuellste Dokument im Fokus. Dabei handelt es sich um die überarbeitete Plan-Erfolgsrechnung mit Liquiditätsplan gemäss Beilage Nr. 6 zur Eingabe vom 2. Juni 2021.

#### **E. 9.8.16.4**

Die Beschwerdeführerin ruft zur Begründung ihrer vor Bundesverwaltungsgericht neu erhobenen Rüge - wie erwähnt (E. 9.8.5) - im Wesentlichen dieselben "Budgetpositionen" an, welche sie auch schon in der Untersuchung zur damaligen Begründung des angeblich drohenden Kapitalverlusts herangezogen hatte (vgl. die Positionen Nr. 1 - Nr. 7 in der Auflistung unter E. 9.8.2). Betragsmässig passt die Beschwerdeführerin ihre Darstellung vor Bundesverwaltungsgericht teilweise an. Zuletzt argumentiert die Beschwerdeführerin zusammenfassend wie folgt: a) In den Jahren 2019 bis 2025 gelte es unter Berücksichtigung von erwarteten notwendigen Investitionen Abschreibungen von durchschnittlich Fr. (...) pro Jahr zu veranschlagen, nämlich: Abschreibungen (in Fr.) 2019 2020 2021 2022 2023 2024 2025 (...) [Wertpapiere] (...) [Wertpapiere] (...) [Wertpapiere] (...) [Wertpapiere] (...) [Wertpapiere] (...) [Wertpapiere] (...) [Wertpapiere] b) Es sei von einer Modellrechnung auszugehen, in welcher Investitionen und Abschreibungen gleichzusetzen seien. Ein einzelnes Jahr möge positiv oder negativ davon abweichen. Auf mehrere Jahre hinaus betrachtet sei es aber richtig, dass Investitionen und Abschreibungen gleich hoch seien (abschliessende Stellungnahme [29. Juni 2020], Rz. 11). Entsprechend beruft sich die Beschwerdeführerin auf Investitionen von Fr. (...) und Fr. (...) in den Jahren 2019 und 2020 sowie auf jährliche Mittelabflüsse für Investitionen von je Fr. (...) in den Jahren 2021 bis 2025. c) Die in den Jahren 2019 und 2020 berücksichtigten Abschreibungen und Investitionen seien mit Fr. (...) (2019) und Fr. (...) (2020) deshalb höher ausgefallen als

ursprünglich vorausgeplant, da ausserplanmässig hohe Kosten durch Neuanschaffungen von (...) angefallen seien. In den Jahren 2019 und 2020 hätten beispielsweise (...) für Fr. (...) und (...) für Fr. (...) gekauft werden müssen. (...). In beiden Fällen habe es sich gezeigt, dass die Beschwerdeführerin unvorhersehbarerweise schnell viel Liquidität brauche (Eingabe vom 2. Juni 2021, Ziff. 4 m.H. auf Beilagen Nr. 7 und Nr. 8 zur erwähnten Eingabe). d) Die Abschreibungen und Investitionen für die Jahre 2021 bis 2025 habe die Beschwerdeführerin auf Fr. (...) heraufgesetzt, weil der zuvor angegebene Investitions- und Abschreibungswert von Fr. (...) (vgl. Beschwerdebeilage Nr. 5) zu tief kalkuliert gewesen sei. Dass die höhere Zahl realistisch sei, ergebe sich aus dem Durchschnitt der Abschreibungen der Jahre 2016 bis 2020 von Fr. (...) (Eingabe vom 2. Juni 2021, Ziff. 4; Replik, Rz. 82; Replikbeilage Nr. 6). Für die Jahre 2016 bis 2018 hatte die Beschwerdeführerin gemäss der mit der Beschwerde eingereichten Plan-Erfolgsrechnung Abschreibungen von durchschnittlich Fr. (...) pro Jahr berücksichtigt (vgl. Beschwerdebeilage Nr. 5). e) Weiter beruft sich die Beschwerdeführerin in den Jahren 2021 bis 2025 auf einen Abfluss von jährlich Fr. (...) für die "Übernahme der G. \_\_\_\_\_ AG". f) Zudem sei in den Vorjahren 2019 und 2020 der folgende Liquiditätsbedarf zu berücksichtigen (vgl. Beschwerdebeilage Nr. 5):  
Bezeichnung 2019 2020 "Übernahme G. \_\_\_\_\_ AG" (...) (...) "Rückzahlung Darlehen (...)" (...)  
"Darlehen / Dividende für (...)" (...) "Dividende für Firmenübergabe (...)" (...) g) Weil die im Jahr 2020 mit einem Mittelabfluss von Fr. (...) - geplanten Rückkäufe der (...) (vgl. Bst. f.) nur teilweise zustande gekommen seien, budgetiere die Beschwerdeführerin für das Jahr 2023 weiterhin einen Betrag von Fr. (...) für einen Rückkauf der (...) [Wertpapiere] durch (...) ([...]; vgl. Eingabe vom 2. Juni 2021, Ziff. 4). h) Aufgrund all dieser Geldabflüsse sei von einer Reduktion der flüssigen Mittel der Beschwerdeführerin von Fr. (...) per 1. Januar 2021 auf minus Fr. (...) per Ende 2025 auszugehen. Eine ungenügende Liquidität von minus Fr. (...) sei voraussichtlich per Ende 2023 zu erwarten (vgl. Beilage Nr. 6 zur Eingabe vom 2. Juni 2021). Die stillen Reserven der Beschwerdeführerin per 31. Dezember 2020 von total Fr. (...) (E. 9.8.13.7) seien in der Baubranche zwingend notwendig und basierten auf Erfahrungswerten (Eingabe vom 2. Juni 2021, Ziff. 2).

### **E. 9.8.16.5**

Nach Ansicht der Vorinstanz steht die Liquidität der Sanktion der Beschwerdeführerin in der verfügten Höhe nach wie vor nicht entgegen. Mit ihrem Liquiditätsplan verfolge die Beschwerdeführerin eine sehr offensive Ausschüttungs- und Investitionspolitik, welche ihrer wirtschaftlichen Situation nicht angepasst sei. Bei der Beurteilung der Tragbarkeit einer Sanktion sei auf das betriebsnotwendige Liquiditätsminimum abzustellen. Der Abfluss flüssiger Mittel für nicht betriebsnotwendige Ausgaben sei bei der Tragbarkeitsprüfung nicht zu berücksichtigen. Anderes gelte grundsätzlich nur für künftige Mittelabflüsse, zu denen sich das sanktionierte Unternehmen bereits vor Erhalt des Antrags des Sekretariats rechtlich verbindlich und ohne Kündigungs- oder Rücktrittsmöglichkeit verpflichtet habe und sofern diese Verpflichtung nicht unter anderem auch dem Zweck gedient habe, die Liquiditätssituation im Hinblick auf die drohende Sanktion zu schmälern und die Tragbarkeit dadurch in Frage stellen zu können. Die Liquiditätsplanung der Beschwerdeführerin enthalte diverse nicht betriebsnotwendige Ausgaben. Dazu zähle neben dem Kauf der G. \_\_\_\_\_ AG auch der (...) [Rückkauf Wertpapiere] (...) mit (...) [anschliessender Firmenübergabe]. Weiter berücksichtige die Beschwerdeführerin umfangreiche Investitionen von neu Fr. (...) pro Jahr, welche nicht konkret dargelegt würden und offenbar jeweils sogleich vollumfänglich abgeschrieben werden sollen. Die vorhandenen stillen Reserven lasse die Beschwerdeführerin ausser Acht. Mögliche

Bankkredite und die Möglichkeit von Ratenzahlungen klammere die Beschwerdeführerin ebenfalls vollständig aus (vgl. Vernehmlassung, Rz. 76, 81 ff., 86; Duplik, Rz. 47 f.; Stellungnahme vom 2. Juli 2021; ergänzende Duplik [19. Mai 2020])

#### **E. 9.8.16.6**

Die Beschwerdeführerin weist diese Darstellung der Vorinstanz zurück. Die Vorinstanz überschreite ihre Kompetenz und mache sich einen nicht zumutbaren Eingriff in die unternehmerische Freiheit der Beschwerdeführerin an. Richtigerweise habe die Beschwerdeführerin nicht die Betriebsnotwendigkeit ihrer Ausgaben darzulegen, sondern bloss, dass die geplanten Mittelabflüsse aus unternehmerischem Blickwinkel "rational und sinnvoll" seien. Dies sei nicht nur beim Kauf des Unternehmens G.\_\_\_\_\_AG der Fall, sondern auch beim (...) [Rückkauf Wertpapiere] und (...) [Firmenübergabe]. Die Beurteilung der Tragbarkeit einer Sanktion habe sich danach zu richten, ob eine Sanktion die Wettbewerbsfähigkeit eines Unternehmens unverhältnismässig einschränke, während die unternehmerische Freiheit eines Unternehmens gewahrt bleiben müsse. Die Übernahme der G.\_\_\_\_\_AG sei abzuwickeln, um (...). Es sei für ein Bauunternehmen durchaus rational und sinnvoll, im Sinne einer langfristigen Unternehmensstrategie (...). Dies gelte insbesondere in einer hart umkämpften Branche wie der Baubranche im Engadin, die (...). Beim im Jahr 2020 geltend gemachten Betrag von Fr. (...) (E. 9.8.16.4 Bst. f) gehe es um (...). (...) Es handle sich (...) um strategische Entscheide, die schon länger angestanden seien. Sie seien nun unabhängig von der drohenden Sanktion für den Zeitpunkt der Unternehmensübertragung gefällt worden (vgl. Beschwerde, Rz. 245 f.; Beilage Nr. 10 zur Eingabe vom 2. Juni 2021 [Protokoll der Generalversammlung der Beschwerdeführerin vom 13. August 2018, Ziff. 8]). Die Sanktion und die Verfahrenskosten hätten unabhängig vom Erhalt eines Bankkredits zur Folge, dass (1) der Liquiditätsengpass schneller eintrete, dass (2) der Beschwerdeführerin weniger Zeit bleibe, einen Bankkredit zu verhandeln, dass sie (3) möglicherweise zwingend notwendige Investitionen nicht tätigen könne und somit an Wettbewerbsfähigkeit einbüsse oder sogar (...). Es sei daher realistisch, dass die Sanktion einen entscheidenden negativen Einfluss auf die finanzielle Entwicklung der Beschwerdeführerin in den nächsten Jahren habe (vgl. Eingaben vom 29. Juni 2020 und 16. August 2021; Beschwerde, Rz. 244; Replik, Rz. 72ff., 84).

#### **E. 9.8.16.7**

Gemäss den vorstehenden Erwägungen steht fest, dass die angefochtene Verfügung zum Zeitpunkt ihres Erlasses mit Bezug auf die Tragbarkeit rechtmässig war. Die Vorinstanz hat die Zumutbarkeit der Bezahlung der Sanktion und der Verfahrenskosten unter Berücksichtigung der ihr damals vorliegenden Sachlage auch aus Sicht der Liquidität zu Recht bejaht (E. 9.8.14.13, E. 9.8.15).

#### **E. 9.8.16.8**

Somit bleibt zu prüfen (E. 9.8.12.2 ff.), ob vorliegend die Voraussetzung des Eintritts erheblicher Liquiditätsschwierigkeiten "ohne eigenes Zutun im Beschwerdeverfahren" gegeben ist. Dabei gilt es konkret zu beantworten, ob die Beschwerdeführerin während des Beschwerdeverfahrens selber aktiv dazu beigetragen hat, dass sie nachträglich in den von ihr geltend gemachten Liquiditätsengpass gerät. Trifft dies zu, besteht für eine Anpassung der Sanktion nach unten durch das Bundesverwaltungsgericht unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit - wie erwähnt (E. 9.8.12.2) - grundsätzlich kein Raum.

#### **E. 9.8.16.9**

Für ein Unternehmen, das - wie die Beschwerdeführerin - als Partei in eine kartellrechtliche Untersuchung der Vorinstanz involviert war, verdichten sich die Anhaltspunkte, dass es möglicherweise eine Kartellsanktion und Verfahrenskosten bezahlen muss, spätestens mit dem Zugang des Verfügungsantrags des Sekretariats. In der Folge erlangt ein solches Unternehmen durch die Eröffnung einer entsprechenden Sanktionsverfügung Gewissheit, dass die Vorinstanz die Auferlegung der verfügbaren Beträge für rechtmässig hält. Ab diesem Zeitpunkt muss dem Unternehmen zudem klar sein, dass sich die Vorinstanz dafür einsetzen wird, die Sanktion und die Verfahrenskosten vor den Rechtsmittelinstanzen zu verteidigen.

#### **E. 9.8.16.10**

Bis zum rechtskräftigen Abschluss eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens besteht eine Übergangszeit, während der gerichtlich geklärt wird, ob die von der Vorinstanz angeordnete Zahlungsverpflichtung Bestand hat oder nicht. Die Vorinstanz und das von ihr sanktionierte Unternehmen stehen auch in dieser Übergangszeit in einem Rechtsverhältnis, welches beide Seiten zu einem Verhalten nach Treu und Glauben verpflichtet (Art. 5 Abs. 3 BV; vgl. BGE 143 V 66 E. 4.3; BGE 137 V 394 E. 7.1, je zur Bindung auch von Privaten an den Grundsatz von Treu und Glauben).

#### **E. 9.8.16.11**

Die Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben beinhaltet für die Vorinstanz namentlich die Respektierung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (Art. 55 Abs. 1 VwVG) und somit einen vorläufigen Verzicht auf die Vornahme von Vollzugshandlungen. Das sanktionierte Unternehmen ist in der Übergangszeit bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsmittelverfahrens im Gegenzug verpflichtet, seine unternehmerischen Entscheide nach Treu und Glauben so auszurichten, dass ein allfälliger späterer Vollzug der angefochtenen Verfügung gewährleistet bleibt.

#### **E. 9.8.16.12**

Dies bedeutet, dass ein von der Vorinstanz erstinstanzlich sanktioniertes Unternehmen die weitere Zukunftsplanung im Rahmen von gegebenen unternehmerischen Spielräumen zwingend so ausgestalten muss, dass das Unternehmen mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln neben den anderen Zahlungsverpflichtungen im Fall des ganzen oder teilweisen Unterliegens im Rechtsmittelverfahren auch die Kartellsanktion und die Verfahrenskosten bezahlen kann.

#### **E. 9.8.16.13**

Die Unternehmensführung hat die Zahlungsfähigkeit des Unternehmens gestützt auf die allgemeine Sorgfaltspflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR - und neu auch ausdrücklich gestützt auf Art. 725 OR (E. 9.8.14.4) - mit Bezug auf alle Verbindlichkeiten gleichermassen zu überwachen und sicherzustellen (E. 9.8.14.4). Die bei einer rechtsgültigen Beschwerdeabweisung endgültig feststehende Verpflichtung zur Bezahlung der Kartellsanktion und der Verfahrenskosten unterscheidet sich nicht von anderen Zahlungsverpflichtungen des Unternehmens.

#### **E. 9.8.16.14**

Die gebotene Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit setzt neben der Bildung der voraussichtlich erforderlichen Rückstellungen zulasten der Erfolgsrechnung (Art. 960e OR) auch eine vorsichtige Liquiditätsplanung voraus. Diese hat auf den durch die

Kartellsanktion drohenden Mittelabfluss gebührend Rücksicht zu nehmen. Die dazu notwendige gesamtheitliche Betrachtung der Unternehmenslage kann ohne Weiteres zur Folge haben, dass das erstinstanzlich sanktionierte Unternehmen an sich wünschbare, aber nicht zwingend betriebsnotwendige Ausgaben zugunsten der späteren Bezahlung der Kartellsanktion und der Verfahrenskosten zurückstellen oder möglicherweise auch ganz verhindern muss.

#### **E. 9.8.16.15**

Ein erstinstanzlich sanktioniertes Unternehmen, welches im Rechtsmittelverfahren Ausgaben plant oder umsetzt, welche eine Verminderung der im Verfügungszeitpunkt vorhandenen liquiden Mittel zur Folge haben, ohne dass diese Ausgaben unumgänglich sind, um den Fortbestand des Unternehmens aufrecht zu erhalten, trägt selber aktiv und treuwidrig zum Eintritt einer der Bezahlung der Kartellsanktion angeblich entgegenstehenden finanziellen Notlage bei. Wie die Vorinstanz korrekt ausführt, bezweckt die Tragbarkeitsprüfung nicht, dass sich ein fehlbares Unternehmen im Nachhinein durch eine extensive Ausgabenpolitik während des Beschwerdeverfahrens der Sanktion entziehen kann.

#### **E. 9.8.16.16**

Die Auffassung der Beschwerdeführerin, dass es für eine Anrechnung von Mittelabflüssen in der vorliegenden Tragbarkeitsprüfung genügt, wenn das Unternehmen einen Mittelabfluss für "rational und sinnvoll" hält, überzeugt nicht. Denn wie die Vorinstanz mit Recht betont, liefe es dem Sinn und Zweck der vorliegenden Zumutbarkeitsprüfung zuwider, wenn es das sanktionierte Unternehmen nach eigenem Belieben selbst in der Hand hätte, sich einer im Verfügungszeitpunkt rechtmässigen Sanktion nachträglich durch angeblich "rationale und sinnvolle" Liquiditätsabflüsse zu entziehen. Wären solche Unternehmensentscheide für die vorliegende Tragbarkeitsprüfung massgebend, könnte ein sanktioniertes Unternehmen im Verfügungszeitpunkt vorhandene flüssige Mittel zum Beispiel an seine Aktionäre ausschütten, wodurch diese - bei einer gleichzeitigen Sanktionsreduktion des Unternehmens - profitieren würden, anstatt dass das Unternehmen die Sanktion mit diesen Mitteln bezahlt.

#### **E. 9.8.16.17**

Der Vorinstanz ist daher zuzustimmen, dass bei der Prüfung der Tragbarkeit einer Sanktion auf das betriebsnotwendige Liquiditätsminimum abzustellen ist. Eine Ausgabe kann dabei nur dann als betriebsnotwendig - d.h. als "notwendig für den Betrieb eines Unternehmens" - gelten, wenn sie unter Würdigung aller Umstände unmittelbar dem statutarischen Zweck des betreffenden Unternehmens dient (vgl. ähnlich auch den steuerrechtlichen Begriff des betriebsnotwendigen Anlagevermögens gemäss Art. 30 Abs. 3 und Art. 64 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer, DBG; SR 642.11). Bei der folgenden Tragbarkeitsprüfung ist der Abfluss flüssiger Mittel für nicht betriebsnotwendige Ausgaben somit nicht zu berücksichtigen.

#### **E. 9.8.16.18**

Die Beschwerdeführerin hat die von ihr für die Jahre 2019 und 2020 budgetierten Mittelabflüsse (E. 9.8.16.4 Bst. f) inzwischen grundsätzlich wie geplant aktiv umgesetzt, ohne dabei ihren Liquiditätsbedarf zur Bezahlung der Kartellsanktion und der Verfahrenskosten im Fall eines Unterliegens im Rechtsmittelverfahren zu berücksichtigen. Dies gilt für die beiden "Tranchen-Zahlungen" an die G. \_\_\_\_\_ AG von Fr. (...) und Fr.

(...) ebenso wie für einen Teil des Mittelabflusses von Fr. (...) für die geplanten Rückkäufe der (...) [Wertpapiere] (E. 9.8.16.4 Bst. g; Beschwerde, Rz. 244; Beilagen Nr. 1 [insbes. Anhang "B 06 Beteiligungen" per 31. Dezember 2019] und Nr. 2 [insbes. Anhang "B 07 Beteiligungen" per 31. Dezember 2020] zur Eingabe vom 2. Juni 2021; Beilage Nr. 11 zur Eingabe vom 2. Juni 2021 [Protokoll der Generalversammlung der Beschwerdeführerin vom 12. August 2020, insbes. Ziff. 2 "Jahresbericht des Verwaltungsratspräsidenten" sowie Ziff. 3 "Erläuterungen der Revisionsstelle zur Jahresrechnung 2019"]; abschliessende Stellungnahme [29. Juni 2020], Rz. 28). Was den für 2019 und 2020 geltend gemachten besonders hohen Investitions- und Abschreibungsbedarf anbelangt (E. 9.8.16.4 Bst. c), ist darauf hinzuweisen, dass eine der im Jahr 2019 getätigten Neuanschaffungen der Beschwerdeführerin ein neuer "Audi [...]" mit 450 PS für B.\_\_\_\_\_ für rund Fr. (...) gewesen ist (vgl. Replikbeilage Nr. 6).

#### **E. 9.8.16.19**

All diese Zahlungen führten zu einer erheblichen Substanzausschüttung. Die Beschwerdeführerin schmälerte ihre Liquidität aktiv, obwohl sie von der drohenden Zahlungsverpflichtung im Zusammenhang mit der Kartellsanktion wusste. Die entsprechende Abnahme der flüssigen Mittel widerspiegelt sich nicht nur in den Jahresrechnungen 2019 und 2020, sondern vor allem auch unmittelbar in den flüssigen Mitteln der Beschwerdeführerin von (noch) Fr. (...) per 1. Januar 2021.

#### **E. 9.8.16.20**

Dass die erwähnten - und bereits erfolgten - Zahlungen sowie die weiteren - bis 2025 geplanten - Mittelabflüsse zur Übernahme der G.\_\_\_\_\_AG und für den Rückkauf der restlichen (...) [Wertpapiere] betriebsnotendige Ausgaben im Sinne der obigen Begriffsumschreibung (E. 9.8.16.17) sein sollen, macht auch die Beschwerdeführerin mit ihrer Argumentation zu Recht nicht geltend. Wie aus den nachfolgenden Erwägungen hervorgeht, besteht für das Bundesverwaltungsgericht keine Veranlassung, diese Geldabflüsse entgegen dieser eigenen Einschätzung der Beschwerdeführerin wie auch der Vorinstanz als betriebsnotwendige Ausgaben zu qualifizieren.

#### **E. 9.8.16.21**

Zur Übernahme der G.\_\_\_\_\_AG und den damit verbundenen Mittelabflüssen (2019: Fr. [...], bis 2025 gefolgt von jährlichen Tranchen à Fr. [...]) hat sich die Beschwerdeführerin erst durch den Abschluss des Aktionärsbindungsvertrages vom (...) verpflichtet (Beschwerdebeilage Nr. 6). Der von der Beschwerdeführerin angerufene Aktionärsbindungsvertrag vom (...) (Replikbeilage Nr. 1) beinhaltet für die Beschwerdeführerin offensichtlich noch keine rechtlich bindende Verpflichtung zum Erwerb von Aktien der G.\_\_\_\_\_AG. Denn dieser Aktionärsbindungsvertrag hatte lediglich (...). (...)

#### **E. 9.8.16.22**

Unstrittig hat bis am (...) keine der damaligen Vertragsparteien von (...) Gebrauch gemacht. Zudem hatten die Parteien im Vertrag vom (...) explizit vereinbart, dass (...) (vgl. Ziff. 7.1 f. und 8.1 f. des Vertrags vom [...]) [Replikbeilage Nr. 1]). Im Übrigen ergibt sich eine Verpflichtung der Beschwerdeführerin zum Erwerb von Aktien an der G.\_\_\_\_\_AG auch nicht aus Ziffer 15 des Aktionärsbindungsvertrages vom (...), welche (...).

#### **E. 9.8.16.23**

Mit dem Abschluss des Aktionärsbindungsvertrages vom (...) (Beschwerdebeilage Nr. 6) vereinbarten die Vertragsparteien ohne vorbestehende Kaufs- oder Verkaufspflichten den jährlichen Kauf eines Aktienpakets der G.\_\_\_\_\_AG durch die Beschwerdeführerin. In Ziffer 7.4 dieses Vertrages verpflichtete sich die Beschwerdeführerin ausdrücklich und neu dazu, im Jahr 2019 ein erstes grösseres Aktienpaket der G.\_\_\_\_\_AG von (...) % zum Kaufpreis von Fr. (...) zu erwerben. Ziffer 15.3 des Vertrages stellt zudem klar, dass dieser Vertrag die vollständige Vereinbarung zwischen den Parteien bildet und alle früheren mündlichen oder schriftlichen Vereinbarungen zwischen den Parteien ersetzt.

#### **E. 9.8.16.24**

Der Vorinstanz ist daher zuzustimmen, dass die Beschwerdeführerin mit dem Aktionärsbindungsvertrag vom (...) (Beschwerdebeilage Nr. 6) selbst aktiv eine neue Verpflichtung eingegangen ist, welche geeignet ist, ihre Liquidität auf einen Schlag deutlich zu verschlechtern. Die Beschwerdeführerin hat das Aktienpaket von (...) % im Jahr 2019 dabei mit der Vorinstanz keineswegs erwerben müssen. Bei diesem Schritt handelte es sich im Gegenteil um eine neue Zahlungsverpflichtung, welche die Beschwerdeführerin freiwillig und in voller Kenntnis der drohenden Pflicht zur Bezahlung der Kartellsanktion und der Verfahrenskosten einging. Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, überzeugt nicht und widerspricht den Tatsachen.

#### **E. 9.8.16.25**

Damit steht fest, dass die Beschwerdeführerin durch ihr freiwilliges Eingehen der neuen Verpflichtung zum Kauf der G.\_\_\_\_\_AG und die in diesem Zusammenhang teilweise bereits ausgeführten Zahlungen selber aktiv und treuwidrig zum Eintritt des geltend gemachten Liquiditätsengpasses beigetragen hat. Die Mittelabflüsse infolge des Erwerbs der Aktienpakete der G.\_\_\_\_\_AG (2019: Fr. [...], bis 2025 gefolgt von jährlichen Tranchen à Fr. [...]) dienen offensichtlich nicht unmittelbar dem Unternehmenszweck der Beschwerdeführerin. Diese Mittelabflüsse können als nicht betriebsnotwendige Ausgaben bei der Beurteilung der Liquiditätssituation der Beschwerdeführerin daher nicht angerechnet werden.

#### **E. 9.8.16.26**

Mit einer freiwilligen und die Bezahlung der Sanktion unnötig missachtenden Substanzausschüttung verbunden sind auch die von der Beschwerdeführerin angerufenen Mittelabflüsse im Zusammenhang mit dem (...) [Rückkauf Wertpapiere] und (...) [Firmenübergabe] (Fr. [...] und Fr. [...] im Jahr 2020, Fr. [...] im Jahr 2023 [E. 9.8.16.4 Bst. f und Bst. g]).

#### **E. 9.8.16.27**

Die angestrebte Nachfolgeregelung (...) mag zwar wünschenswert sein, gefährdet aber nachträglich und ohne gegebene Betriebsnotwendigkeit die Erfüllung der im Verfügungszeitpunkt rechtmässig angeordneten Pflicht zur Bezahlung der Kartellsanktion und der Verfahrenskosten. Die Beschwerdeführerin trägt insofern auch in diesem Kontext selber aktiv und ohne gegebene Betriebsnotwendigkeit dazu bei, dass sie nachträglich in den von ihr geltend gemachten Liquiditätsengpass gerät. Auch diese Mittelabflüsse sind somit nicht weiter zu beachten.

#### **E. 9.8.16.28**

Wird die überarbeitete Plan-Erfolgsrechnung mit Liquiditätsplan gemäss Beilage Nr. 6 zur Eingabe vom 2. Juni 2021 um diese Positionen (E. 9.8.16.25 f.) korrigiert, wird ersichtlich, dass die Sanktion und die Verfahrenskosten für die Beschwerdeführerin auch unter Berücksichtigung der aktuellen Sachlage tragbar sind. Davon, dass die Beschwerdeführerin während des Beschwerdeverfahrens ohne eigenes Zutun in Liquiditätsschwierigkeiten geraten ist, kann keine Rede sein.

#### **E. 9.8.16.29**

Ob die Investitionen und die Abschreibungen nun mit Fr. (...), Fr. (...) oder Fr. (...) berücksichtigt werden sollen, kann aufgrund dieses Ergebnisses offenbleiben. Es liegt aber auf der Hand, dass die Beschwerdeführerin auch in diesem Bereich über einen erheblichen unternehmerischen Gestaltungsspielraum verfügt. Dieser dürfte es der Beschwerdeführerin ohne Weiteres ermöglichen, gebotene Investitionen zeitlich so umzusetzen, dass auch die Bezahlung der Kartellsanktion und der Verfahrenskosten ermöglicht wird.

#### **E. 9.8.16.30**

Im Übrigen ist an die durchaus intakte Möglichkeit der Beschwerdeführerin auf eine zusätzliche Kapitalaufnahme zu erinnern. Auch kann die Beschwerdeführerin die Vorinstanz notfalls - wie erwähnt (E. 9.8.14.12) - ersuchen, die Zahlungsverpflichtung ihr gegenüber gestaffelt in Raten zu erfüllen. 9.8.16.31 Gerade vor diesem Hintergrund ist schliesslich nicht ersichtlich, inwiefern die Wettbewerbsfähigkeit der Beschwerdeführerin durch die vorliegende Bestätigung der Zumutbarkeit zur Bezahlung der ihr im Verfügungszeitpunkt rechtmässig auferlegten Beträge nachträglich auf eine relevante Weise gefährdet sein soll. 9.8.16.32 Auch von der Liquiditätsseite her ergeben sich somit keine Gründe, welche eine Reduktion der Sanktion rechtfertigen würden. Die Rüge der Beschwerdeführerin, die Bezahlung der Sanktion und der Verfahrenskosten sei für sie gestützt auf die dem Bundesverwaltungsgericht neu vorgelegten Dokumente mangels genügender Liquidität nicht zumutbar, ist unbegründet. Ein allfälliges Ausscheiden der Beschwerdeführerin aus dem Markt wäre nicht auf die Bezahlung der Sanktion und der Verfahrenskosten, sondern auf das eigene - unternehmerisch nicht sinnvolle - Festhalten der Beschwerdeführerin an nicht betriebsnotwendigen Ausgaben zurückzuführen.

#### **E. 9.8.17**

Zusammenfassend hat die Vorinstanz die Tragbarkeit und Verhältnismässigkeit des Sanktionsbetrages und der Verfahrenskosten gemäss den Dispositiv-Ziffern 2.3 und 3.3 der angefochtenen Verfügung demnach zu Recht bejaht. Der Antrag der Beschwerdeführerin, dass aufgrund der angeblich fehlenden Tragbarkeit und Unverhältnismässigkeit von einer Sanktion abzusehen sei, erweist sich als unbegründet und ist somit abzuweisen.

#### **E. 9.8.18**

Damit ist auch die vom Bundesverwaltungsgericht berechnete - im Vergleich zu Dispositiv-Ziffer 2.3 der angefochtenen Verfügung um Fr. 44'545.- tiefere - Gesamtsanktion von Fr. 444'922.- (E. 9.7) für die Beschwerdeführerin tragbar und verhältnismässig. Die Belastung der Beschwerdeführerin mit einer Sanktion von Fr. 444'922.- ist somit gerichtlich zu bestätigen. Im Mehrbetrag ist die Dispositiv-Ziffer 2.3 der angefochtenen Verfügung aufzuheben.

#### **E. 10**

Mai 2022 E. 5.1.1.4, Sport im Pay-TV, m.w.H.).

### **E. 10.1**

Die Wettbewerbsbehörden erheben für die Ausarbeitung von Verfügungen über die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen nach den Art. 26 ff. KG Gebühren (Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG). Die Gebühr bemisst sich nach dem Zeitaufwand (Art. 53a Abs. 2 KG). Der Bundesrat legt die Gebührensätze fest und regelt die Gebührenerhebung (Art. 53a Abs. 3 KG). Gestützt hierauf hat der Bundesrat die Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz vom 25. Februar 1998 erlassen (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2). Gemäss dieser ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 GebV-KG). Dabei gilt ein Stundensatz von Fr. 100.- bis 400.- je nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals (Art. 4 Abs. 2 GebV-KG).

### **E. 10.2**

Gebühren unterliegen dem Kostendeckungs- und dem Äquivalenzprinzip (vgl. Urteil des BVGer B-5161/2019 vom 9. August 2021 E. 8.1, Im- plenia; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2777). Nach dem Kostendeckungsprinzip soll der Gebührenertrag die gesamten Kosten des betreffenden Verwaltungszweigs nicht oder nur geringfügig übersteigen. Das Äquivalenzprinzip konkretisiert das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Willkürverbot. Es bestimmt, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der abzugeltenden Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen halten muss (vgl. BGE 145 I 52 E. 5.2.2 f.).

### **E. 10.3**

Die Vorinstanz hat die Verfahrenskosten der vorliegenden Untersuchung Nr. 22-0459 "Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II" auf insgesamt Fr. 106'000.- festgelegt. Dieses Total setzt sich aus den folgenden Teilbeträgen zusammen: Teilbetrag Nr. 1 Fr. 51'000.-, Teilbetrag Nr. 2 Fr. 55'000.- Total Verfahrenskosten Fr. 106'000.- Den Teilbetrag Nr. 1 begründet die Vorinstanz mit einem Zeitaufwand von insgesamt 249 Stunden (sechs Stunden zu Fr. 130.-, 225 Stunden zu Fr. 200.-, 18 Stunden zu Fr. 290.-). Dieser Zeitaufwand sei der Vorinstanz ab der formellen Eröffnung der Untersuchung Nr. 22-0459 "Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II" am 23. November 2015 (vgl. A.g f.) bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung am 27. Mai 2019 angefallen (Verfügung, Rz. 418 ff.). Beim Teilbetrag Nr. 2 handelt es sich laut der Vorinstanz um den der Untersuchung Nr. 22-0459 "Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II" anrechenbaren Anteil ihres Verfahrensaufwandes im ursprünglichen Verfahren Nr. 22-0433 "Bauleistungen Graubünden" bis zur Verfahrensauftrennung am 23. November 2015 (vgl. A.h). Die Anrechnung von Fr. 55'000.- an die vorliegende Untersuchung sei geboten, weil die Wettbewerbsbehörden bereits vor der Verfahrenstrennung vom 23. November 2015 diverse Einvernahmen, mündliche Ergänzungen der Selbstanzeigen, Amtshilfebegehren und Auskunftbegehren in Bezug auf die vorliegenden Wettbewerbsverstösse durchgeführt hätten. Ebenso hätten die Wettbewerbsbehörden bis zur Verfahrenstrennung die anlässlich der Hausdurchsuchungen beschlagnahmten Unterlagen im Hinblick auf die vorliegenden Verstösse ausgewertet (Verfügung, Rz. 417 ff.).

#### **E. 10.4**

Der Beschwerdeführerin auferlegte die Vorinstanz von den Verfahrenskosten von total Fr. 106'000.- einen Anteil von Fr. 53'300.-. Die Foffa Conrad hat laut der angefochtenen Verfügung einen Verfahrenskostenanteil von Fr. 49'300.- zu tragen. Zudem verpflichtete die Vorinstanz die Broggi Lenatti AG und die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau solidarisch zur Bezahlung eines Kostenanteils von Fr. 3'400.- (Dispositiv-Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung).

#### **E. 10.5**

Gemäss den vorstehenden Erwägungen hat die Beschwerdeführerin wiederholt und schwerwiegend gegen das Kartellgesetz verstossen. Die Beschwerdeführerin hat die vorinstanzlichen Untersuchungshandlungen somit fraglos im Sinne von Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG i.V.m. Art. 2 GebV-KG (mit-)verursacht.

#### **E. 10.6**

Dies gilt unabhängig davon, dass der angebliche Wettbewerbsverstoss der Beschwerdeführerin in einem Fall nicht rechtsgenügend nachgewiesen wurde (E. 6.7.3.14). Auch dass die Anordnung der Massnahmen gemäss Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung entgegen der Rechtsauffassung der Vorinstanz nicht erforderlich ist (E. 8.4.10), ändert an der Gebührenpflicht der Beschwerdeführerin nichts. Die Beschwerdeführerin ist daher nicht zu hören, soweit sie einen vollständigen Verzicht auf die Auferlegung von Verfahrenskosten beantragt.

#### **E. 10.7**

Gegen den Zeitaufwand der Vorinstanz von 249 Stunden ab der formellen Eröffnung der Untersuchung "Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II" am 23. November 2015 erhebt die Beschwerdeführerin keine Einwände. Dieser Zeitaufwand erscheint auch nachvollziehbar. Anhaltspunkte dafür, dass er im Widerspruch zum Kostendeckungs- oder Äquivalenzprinzip stehen könnte, bestehen nicht. Die anteilmässige Kostenbeteiligung der Beschwerdeführerin am Teilbetrag Nr. 1 ist daher grundsätzlich zu bestätigen.

#### **E. 10.8**

Weiter lassen die beiden vom Bundesverwaltungsgericht festgestellten Beanstandungen (E. 10.6) unter Würdigung aller Umstände nicht auf eine relevante Verminderung des vorinstanzlichen Verfahrensaufwands schliessen. Die Richtigstellung der angefochtenen Verfügung durch das vorliegende Urteil (vgl. E. 11) rechtfertigt daher entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin (vgl. Beschwerde, Rz. 361) keine Reduktion der Verfahrenskosten vor der Vorinstanz.

B-5172/2019 Seite 215

#### **E. 10.9**

Die Beschwerdeführerin bestreitet weiter, dass die Anrechnung des Teilbetrages Nr. 2 von Fr. 55'000.- auf die vorliegende Untersuchung rechtmässig war (E. 10.3).

##### **E. 10.9.1**

Konkret bringt die Beschwerdeführerin vor, es sei nicht ersichtlich, inwieweit der Verfahrensaufwand von Fr. 55'000.- aus der Untersuchung Nr. 22-0433 "Bauleistungen Graubünden" für das vorliegende Verfahren relevant sein sollte. Bei der Untersuchung Nr. 22-0433 "Bauleistungen Graubünden" habe es sich um andere Verfahrensparteien, andere

Baubjekte und gänzlich andere Sachverhalte gehandelt. Auch sei es nicht zulässig, bei einer Verfahrenstrennung Teilkosten aus einem ersten Verfahren auf ein zweites Verfahren zu übertragen, ohne den Aufwand exakt zum einen oder anderen Verfahren zuordnen zu können. Die Vorinstanz anerkenne selbst, dass eine exakte Zuordnung aller aufgewendeten Stunden nicht mehr möglich sei (Beschwerde, Rz. 360; Replik, Rz. 143, m.H. auf Vernehmlassung, Rz. 130).

#### **E. 10.9.2**

Die Vorinstanz entgegnet, die Untersuchung Nr. 22-0459 "Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II" habe ihren Anfang nicht erst mit der Verfahrenstrennung genommen. Eine Reihe von Beweisvorkehren in der noch nicht getrennt geführten Untersuchung hätten der Ermittlung der vorliegenden Verstösse gedient. Namentlich habe die Vorinstanz vor der Verfahrenstrennung relevante E-Mails erhoben, welche sie in aufwändigen Sicherungsprozessen der an den Hausdurchsuchungen sichergestellten elektronischen Daten identifizieren können (so zum Beispiel: Vorinstanz, act. III. C. 001 [22-0433] S. 6; Vorinstanz, act. III. C. 70 [22-0433]; Vorinstanz, act. III. C. 082 [22-0433]; Vorinstanz, act. III. C. 101 ff. [22-0433]). Zudem habe die Vorinstanz vor der Verfahrenstrennung die folgenden vier Einvernahmen durchgeführt, welche für die Beweisführung im vorliegenden Verfahren zentral seien: 1. Befragung des Kalkulators der Foffa Conrad am 20. August 2015 (vgl. Vorinstanz, act. IX C. 53 [25-0039]; E. 6.7.2.3 Bst. d [Fall Nr. 6]); 2. Befragung des ehemaligen Mitarbeiters der Broggi Lenatti AG am

#### **E. 10.9.3**

Wie sich bereits bei der Auslegung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG gezeigt hat (E. 9.3.2.4), ist das massgebliche Stichdatum für die Berechnung der fünfjährigen Frist dieser Bestimmung entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht die formelle Ausdehnung der Untersuchung "Bauleistungen Graubünden" auf die Beschwerdeführerin am 23. November 2015, sondern bereits die Ausdehnung der Untersuchung "Bau Unterengadin" auf den ganzen Kanton Graubünden am 22. April 2013. Damit übereinstimmend kann der Zeitpunkt der formellen Untersuchungsausdehnung auf die Beschwerdeführerin auch mit Bezug auf die hier strittige Frage der Gebührenpflicht der Beschwerdeführerin nicht massgebend sein.

#### **E. 10.9.4**

Vor diesem Hintergrund überzeugt die Ansicht der Beschwerdeführerin, dass der Verfahrensaufwand aus der Untersuchung Nr. 22-0433 "Bauleistungen Graubünden" für das vorliegende Verfahren gänzlich unerheblich sein soll, nicht. Zuzustimmen ist vielmehr der Vorinstanz, dass nämlich die Beschwerdeführerin für Untersuchungshandlungen in der noch nicht getrennt geführten Untersuchung ebenfalls gebührenpflichtig ist, sofern diese bereits direkt oder indirekt der Ermittlung der vorliegenden

B-5172/2019 Seite 217 Verstösse gedient haben. Dies ist mit Bezug auf die Untersuchungshandlungen, welche die Vorinstanz dem Bundesverwaltungsgericht zur weiteren Begründung ihres Standpunktes konkret dargelegt hat (E. 10.9.2), der Fall. Die Beschwerdeführerin bringt nichts vor, was dies in Zweifel ziehen könnte.

#### **E. 10.9.5**

Die Bestimmung der Höhe der Verfahrenskosten im Einzelfall liegt im pflichtgemässen Ermessen der Vorinstanz. Die von der Vorinstanz erhobenen Verfahrenskosten haben

jedoch in einem angemessenen Verhältnis zum tatsächlichen Aufwand zu stehen. Pauschalisierungen sind aus Gründen der Verfahrensökonomie zulässig. Gebühren müssen nicht in jedem Fall genau dem Verwaltungsaufwand entsprechen. Sie sollen aber nach sachlich vertretbaren Kriterien bemessen sein und nicht Unterscheidungen treffen, für die keine vernünftigen Gründe ersichtlich sind (vgl. BGE 145 I 52 E. 5.2.3, BGE 143 I 227 E. 4.2.2, BGE 139 III 334 E. 3.2.4; Urteile des BVGer B-5161/2019 E. 8.1, Implenia; B-7095/2013 vom 6. August 2014 E. 9.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2777 ff., insbes. Rz. 2785 ff.).

#### **E. 10.9.6**

Die Anrechnung des Teilbetrages Nr. 2 von Fr. 55'000.- (E. 10.3) an die Untersuchung Nr. 22-0459 "Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II" entspricht einem Anteil von maximal 5.5% der bis zur Verfahrenstrennung aufgelaufenen Verfahrenskosten von zumindest einer Million Franken (E. 10.9.2). Davon hat die Beschwerdeführerin – wie auch hinsichtlich des Teilbetrages Nr. 1 (E. 10.7) – einzig die auf sie entfallende anteilmässige Kostenbeteiligung zu bezahlen (sodass insgesamt die Kostenbeteiligung der Beschwerdeführerin von Fr. 53'300.- resultiert [E. 10.4]).

#### **E. 10.9.7**

Wie hoch der Anteil der Beschwerdeführerin am Teilbetrag Nr. 2 genau ausfällt, ist mangels genauerer Angaben der Vorinstanz unklar. Aufgrund der rund hälftigen Kostenteilung mit der Foffa Conrad dürfte der Anteil der Beschwerdeführerin am Teilbetrag Nr. 2 jedoch maximal Fr. 28'000.- betragen. Ausgehend von einem Zeitaufwand von 249 Stunden für den Teilbetrag Nr. 1 von Fr. 51'000.- (E. 10.3) entspricht dies einem Zeitaufwand der Vorinstanz für vor der Verfahrenstrennung vorgenommene Beweismassnahmen, welche bereits der Ermittlung der vorliegenden Verstösse gedient haben, von rund 137 Stunden.

B-5172/2019 Seite 218

#### **E. 10.9.8**

Dem Bundesverwaltungsgericht erscheint es nachvollziehbar, dass die diversen Hausdurchsuchungen (vgl. A.b, A.e), die Sichtungsprozesse der dabei sichergestellten physischen und elektronischen Daten wie auch die Vorbereitung und Durchführung der vier von der Vorinstanz genannten Einvernahmen (E. 10.9.2) aufwändig waren. Zwar ist mangels genauerer Angaben der Vorinstanz nicht abschliessend abschätzbar, ob der oben genannte Zeitaufwand damit und mit den weiteren von der Vorinstanz erwähnten Untersuchungshandlungen tatsächlich genau erreicht oder überschritten wurde. Die Vorinstanz betont aber zu Recht, dass die Notwendigkeit einer Verfahrenstrennung zu Beginn der ursprünglichen Untersuchung noch nicht absehbar war. Aufgrund dessen und der Komplexität der Sachverhalte kann der Vorinstanz nicht zugemutet werden, im Nachhinein jede einzelne Untersuchungshandlung einem bestimmten Verfahren zuzuordnen. Den Ausführungen der Vorinstanz ist auch deshalb zuzustimmen, weil Gebühren – wie erwähnt (E. 10.9.5) – nicht in jedem Fall genau dem Verwaltungsaufwand entsprechen müssen und eine gewisse Pauschalisierung mit Bezug auf die Aufteilung der Kosten zulässig ist (vgl. Urteil des BVGer B-5161/2019 E. 8.4, Implenia).

#### **E. 10.9.9**

Unter Würdigung aller Umstände geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass der Anteil der Beschwerdeführerin am Teilbetrag Nr. 2 (maximal Fr. 28'000.- [E. 10.9.7]) in einem angemessenen Verhältnis zum tatsächlichen Aufwand der Vorinstanz für die der vorliegenden Untersuchung dienenden Untersuchungshandlungen vor der Verfahrenstrennung steht. Dies gilt namentlich in Anbetracht des Ermessens, das der Vorinstanz bei der Festsetzung der Gebühr zukommt (E. 10.9.5). Eine Verletzung des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips oder des Willkürverbots ist jedenfalls zu verneinen.

#### **E. 10.10**

Die Anträge der Beschwerdeführerin auf Aufhebung oder Reduktion der vorinstanzlichen Verfahrenskosten sind somit ebenfalls abzuweisen. Die Dispositiv-Ziffer 3.3 der angefochtenen Verfügung bleibt daher unverändert in Kraft.

B-5172/2019 Seite 219 11. Verfahrensanhänger betreffend Urteilspublikation Die Beschwerdeführerin stellt schliesslich den Verfahrensanhänger, dass ihr vor der Publikation des vorliegenden Urteils der Publikationstext zur Prüfung auf Geschäftsgeheimnisse unterbreitet wird (vgl. C.a). 11.1 Dieser Antrag bezieht sich auf die ordnungsgemässe Verfahrensführung, welche mitbeinhaltet, dass das Bundesverwaltungsgericht seine Urteile vor der Veröffentlichung in elektronischer Form anonymisiert (Art. 29 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 5 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 des Informationsreglements für das Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [SR 173.320.4]). Aus welchem Grund sich eine Vorlage und Überprüfung des vorliegenden Urteils vor der Veröffentlichung rechtfertigen würden, wird von der Beschwerdeführerin nicht substantiiert und ist auch nicht ersichtlich. 11.2 Das Bundesverwaltungsgericht wird die für die Wettbewerbsbehörden nach Art. 25 Abs. 1 und 4 KG ex lege geltende Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sinngemäss ebenfalls zu befolgen haben. Der Verfahrensanhänger wird daher abgewiesen (vgl. in diesem Sinne auch: Urteile des BVGer B-4756/2021 vom 13. Juni 2023 E. 4.3; B-5130/2019 vom 9. August 2021 E. 3; B-771/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Cellere; B-362/2010 vom 3. Dezember 2013 E. 2.2; B-2157/2006 vom 3. Oktober 2007 E. 1.3.2). 12. Ergebnis 12.1 Aus dem Gesagten folgt, dass die Beschwerde teilweise gutzuheissen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann (E. 1.2 f.). Begründet ist die Beschwerde zum einen insofern, als sich die in Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung beschriebenen Massnahmen als nicht erforderlich und somit unverhältnismässig erwiesen haben (E. 8.4.10). Die Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung ist daher antragsgemäss aufzuheben, soweit sie sich auf die Beschwerdeführerin bezieht. Zum anderen hat sich ergeben, dass der angebliche Wettbewerbsverstoss der Beschwerdeführerin im Fall Nr. 9 nicht rechtsgenügend nachgewiesen ist (E. 6.7.3.14). Aufgrund der dadurch gebotenen Sanktionsreduktion ist die Dispositiv-Ziffer 2.3 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und die Beschwerdeführerin statt mit Fr. 489'467.- mit dem rechtmässigen Gesamtbetrag von Fr. 444'922.- zu belasten (E. 9.7, E. 9.8.18).

B-5172/2019 Seite 220 12.2 Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen. Neben dem Hauptbegehren der Beschwerdeführerin auf vollumfängliche Aufhebung der angefochtenen Verfügung soweit sie betreffend (Rechtsbegehren-Ziffer 1) erweisen sich auch der eventualiter beantragte Verzicht auf die Auferlegung einer Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG (Rechtsbegehren-Ziffer 2) und die subeventualiter beantragte Sanktionsreduktion auf maximal Fr. 38'693.- (Rechtsbegehren-Ziffer 3) als unbegründet. 13. Kosten und Entschädigung vor dem Bundesverwaltungsgericht 13.1 Die Auferlegung der

Verfahrenskosten, die sich aus Gerichtsgebühr und Auslagen zusammensetzen, sowie die Zuspreehung einer Parteient- schädigung richten sich nach den Bestimmungen des Reglements vom

## **E. 11**

Verfahrensantrag betreffend Urteilspublikation Die Beschwerdeführerin stellt schliesslich den Verfahrensantrag, dass ihr vor der Publikation des vorliegenden Urteils der Publikationstext zur Prüfung auf Geschäftsgeheimnisse unterbreitet wird (vgl. C.a).

### **E. 11.1**

Dieser Antrag bezieht sich auf die ordnungsgemässe Verfahrensführung, welche mitbeinhaltet, dass das Bundesverwaltungsgericht seine Urteile vor der Veröffentlichung in elektronischer Form anonymisiert (Art. 29 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 5 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 des Informationsreglements für das Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [SR 173.320.4]). Aus welchem Grund sich eine Vorlage und Überprüfung des vorliegenden Urteils vor der Veröffentlichung rechtfertigen würden, wird von der Beschwerdeführerin nicht substantiiert und ist auch nicht ersichtlich.

### **E. 11.2**

Das Bundesverwaltungsgericht wird die für die Wettbewerbsbehörden nach Art. 25 Abs. 1 und 4 KG ex lege geltende Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sinngemäss ebenfalls zu befolgen haben. Der Verfahrensantrag wird daher abgewiesen (vgl. in diesem Sinne auch: Urteile des BVGer B-4756/2021 vom 13. Juni 2023 E. 4.3; B-5130/2019 vom 9. August 2021 E. 3; B-771/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Cellere; B-362/2010 vom 3. Dezember 2013 E. 2.2; B-2157/2006 vom 3. Oktober 2007 E. 1.3.2).

## **E. 12**

Ergebnis

### **E. 12.1**

Aus dem Gesagten folgt, dass die Beschwerde teilweise gutzuheissen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann (E. 1.2 f.). Begründet ist die Beschwerde zum einen insofern, als sich die in Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung beschriebenen Massnahmen als nicht erforderlich und somit unverhältnismässig erwiesen haben (E. 8.4.10). Die Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung ist daher antragsgemäss aufzuheben, soweit sie sich auf die Beschwerdeführerin bezieht. Zum anderen hat sich ergeben, dass der angebliche Wettbewerbsverstoss der Beschwerdeführerin im Fall Nr. 9 nicht rechtsgenügend nachgewiesen ist (E. 6.7.3.14). Aufgrund der dadurch gebotenen Sanktionsreduktion ist die Dispositiv-Ziffer 2.3 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und die Beschwerdeführerin statt mit Fr. 489'467.- mit dem rechtmässigen Gesamtbetrag von Fr. 444'922.- zu belasten (E. 9.7, E. 9.8.18).

### **E. 12.2**

Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen. Neben dem Hauptbegehren der Beschwerdeführerin auf vollumfängliche Aufhebung der angefochtenen Verfügung soweit sie betreffend (Rechtsbegehren-Ziffer 1) erweisen sich auch der eventualiter beantragte Verzicht auf die Auferlegung einer Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG (Rechtsbegehren-Ziffer 2) und die subeventualiter beantragte Sanktionsreduktion auf

maximal Fr. 38'693.- (Rechtsbegehren-Ziffer 3) als unbegründet.

## **E. 13**

Kosten und Entschädigung vor dem Bundesverwaltungsgericht

### **E. 13.1**

Die Auferlegung der Verfahrenskosten, die sich aus Gerichtsgebühr und Auslagen zusammensetzen, sowie die Zusprechung einer Parteientschädigung richten sich nach den Bestimmungen des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) sowie den allgemeinen Bestimmungen von Art. 63 und 64 VwVG.

### **E. 13.2**

Die Spruchgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis VwVG und Art. 2 Abs. 1 VGKE). Art. 4 VGKE sieht bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von Fr. 500'000.- bis Fr. 1'000'000.- eine Gerichtsgebühr zwischen Fr. 5'000.- und Fr. 20'000.- vor. Wenn besondere Gründe es rechtfertigen, namentlich mutwillige Prozessführung oder ausserordentlicher Aufwand, kann das Gericht über die Höchstbeträge nach Art. 4 VGKE hinausgehen (Art. 2 Abs. 2 VGKE). Allerdings kann der in Art. 63 Abs. 4bis VwVG festgesetzte Höchstbetrag von Fr. 50'000.- in keinem Fall überschritten werden (vgl. Moser/ Beusch/Kneubühler/Kayser, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, Rz. 4.22a).

### **E. 13.3**

Die vorliegende Angelegenheit erforderte nach Umfang und Schwierigkeit einen erheblichen Aufwand für ihre sachgerechte Bearbeitung. Angesichts der angefochtenen Sanktion in der Höhe von Fr. 489'467.-, der für das vorinstanzliche Verfahren auferlegten Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 53'300.-, des Aktenumfangs, des Instruktionsverfahrens sowie des angefallenen Prüf- und Begründungsaufwands wird die Gerichtsgebühr auf Fr. 15'000.- festgesetzt.

### **E. 13.4**

Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG hat das Bundesverwaltungsgericht die Verfahrenskosten entsprechend dem Unterliegerprinzip der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Unterliegt eine Partei nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt. In diesem Falle sind die Kosten aufgrund eines allgemeinen prozessualen Grundsatzes im Verhältnis des Obsiegens und Unterliegens zu verteilen (vgl. BGE 132 II 47 E. 3.3; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 802, Preispolitik ADSL). Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

### **E. 13.5**

Die Beschwerdeführerin wurde in der angefochtenen Verfügung zur Bezahlung einer Sanktion von Fr. 489'467.- zuzüglich den auf sie entfallenden Verfahrenskosten von Fr. 53'300.- verpflichtet. Das vorliegende Urteil reduziert die Sanktion um Fr. 44'545.- auf Fr. 444'922.-. Zudem hebt es die Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung auf, soweit sie sich auf die Beschwerdeführerin bezieht. Damit hat die Beschwerdeführerin im Umfang von rund 1/5 obsiegt. Die Verfahrenskosten von Fr. 15'000.- sind demnach um Fr. 3'000.-

zu reduzieren und auf Fr. 12'000.- festzulegen. Dieser Betrag wird nach dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils dem Kostenvorschuss entnommen, welchen die Beschwerdeführerin in der gleichen Höhe geleistet hat.

### **E. 13.6**

Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG ist einer ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren hin eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen. Ausgenommen hiervon sind Bundesbehörden, denen gemäss Art. 7 Abs. 3 VGKE kein Anspruch auf eine Parteientschädigung zusteht.

### **E. 13.7**

Das Gericht setzt die Parteientschädigung auf Grund der eingereichten Kostennote oder - mangels Einreichung einer solchen - auf Grund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Die Parteientschädigung umfasst nur die notwendigen Kosten (vgl. Urteile des BGER 2C\_343/2010 und 2C\_344/2010 vom 11. April 2011 E. 8.3.4). Dementsprechend bemisst sich das Anwaltshonorar nach dem notwendigen Zeitaufwand des Vertreters oder der Vertreterin (Art. 10 Abs. 1 VGKE). Der Stundenansatz beträgt für Anwälte und Anwältinnen mindestens Fr. 200.- und höchstens Fr. 400.- (Art. 10 Abs. 2 VGKE). Obsiegt eine Partei wie im vorliegenden Fall nur teilweise, ist die Parteientschädigung entsprechend zu kürzen (Art. 7 Abs. 2 VGKE).

### **E. 13.8**

Die Beschwerdeführerin hat keine Honorarnote eingereicht. Ihre Parteientschädigung ist deshalb aufgrund der Akten festzusetzen. Unter Berücksichtigung der vorliegenden Parteieingaben und Beilagen der Beschwerdeführerin erachtet das Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 35'000.- als angemessen. Aufgrund des nur teilweisen Obsiegens ist der Beschwerdeführerin eine um 4/5 gekürzte Parteientschädigung zuzusprechen. Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin nach dem Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils somit eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 7'000.- zu bezahlen (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

### **E. 14**

September 2022 E. 4.3.3 f., E. 4.4, insb. E. 5.7, wo aufgrund der in den E. 5.3, 5.4.4, 5.5.2 dargelegten Verhältnisse eine "ausreichende" Wiederholungsgefahr bejaht wird; ebenso: Urteile des BVGer B-710/2014, B-747/2014, B-761/2014, B-765/2014, B-786/2014 und B-787/2014 [je]

B-5172/2019 Seite 127 vom 16. November 2022 E. 16.3.1 [bzw. E. 3.3.1, E. 14.3.1, E. 15.3.1], Abreden im Bereich Luftfracht). 8.4.4 In diesem Sinne hielt auch bereits das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-5161/2019 vom 9. August 2021 – das dem oben erwähnten Bundesgerichtsentscheid zugrunde liegt und höchstrichterlich bestätigt wurde – fest, dass es einer "drohenden" erneuten Kartellrechtsverletzung bedarf (E. 4.3.3).

Massnahmen nach Art. 30 Abs. 1 KG sind bei sanktionierbaren Wettbewerbsverstössen mit anderen Worten nur dann zulässig, wenn eine Wiederholungsgefahr besteht. Andernfalls ist die Anordnung von Massnahmen nicht erforderlich (vgl. Urteil des BVGer B-5161/2019 vom 9. August 2021 E. 4.5 i.V.m. E. 5.4.2, Implenia; ebenso: Urteile des BVGer B-710/2014, B-747/2014, B-761/2014, B-765/2014, B-786/2014 und B-787/2014 [je] vom 16. November 2022 E. 16.3.1 f. [bzw. E. 3.3.1 f., E. 14.3.1 f., E. 15.3.1 f.], Abreden im

Bereich Luftfracht). 8.4.5 Im Urteil 2C\_782/2021 vom 14. September 2022 hatte das Bundesgericht Massnahmen zu beurteilen, welche die Vorinstanz gegenüber dem Bauunternehmen Implenia angeordnet hatte, welches (wie die Beschwerdeführerin) in die Untersuchung "Bauleistungen Graubünden" verwickelt war. Die fraglichen Massnahmen entsprachen daher weitgehend jenen von Dispositiv-Ziffer 1 (E. 8.1). Im Gegensatz zur Beschwerdeführerin war die vor dem Bundesgericht beschwerdeführende (und schweizweit tätige) Implenia allerdings bereits mehrmals an verschiedenen unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt. Sie wurde konkret – zusätzlich zu ihrer Verwicklung in die Verfahren betreffend Submissionsabsprachen im Graubünden – auch mit Verfügung der Vorinstanz vom 16. Dezember 2011 wegen Submissionsabsprachen im Kanton Aargau sanktioniert. Später war sie Adressatin der vorinstanzlichen Verfügung vom 8. Juli 2016 im Kartellsanktionsverfahren in Sachen Bauleistungen See-Gaster. Darüber hinaus hatte sich auch bereits eine Tochtergesellschaft von Implenia kartellrechtswidrig verhalten (vgl. zum Ganzen: Urteil des BGer 2C\_782/2021 vom 14. September 2022 E. 5.3, E. 5.5.2; Urteil des BVGer B-5161/2019 vom 9. August 2021 E. 5.4.2, Implenia). 8.4.6 Das Bundesgericht erwog deshalb, dass angesichts der "Vielzahl von kartellrechtlichen Verfahren (...) ohne Weiteres ein gewisses Risiko angenommen werden" dürfe, dass sich das beschwerdeführende Unternehmen auch "in Zukunft wieder kartellrechtswidrig" verhalten werde (vgl. Urteil des BGer 2C\_782/2021 vom 14. September 2022 E. 5.3).

B-5172/2019 Seite 128 8.4.7 Somit geht das Bundesgericht – wie vor ihm auch schon das Bundesverwaltungsgericht – offensichtlich nicht davon aus, dass eine "negative Prognose" allein schon aufgrund einer rein abstrakten Wiederholungsgefahr zu stellen ist, wie sie zweifellos immer gegeben sein dürfte, wenn nur der aktuell in Frage stehende Kartellrechtsverstoss betrachtet wird. Die Annahme der "ausreichenden Wiederholungsgefahr" gründet vielmehr auf verschiedenen, in den Urteilen erwähnten Indizien (vgl. Urteil des BGer 2C\_782/2021 vom 14. September 2022 E. 5.7 i.V.m. E. 4.4, E. 5.3, E. 5.4.4, E. 5.5.2 und E. 5.6; Urteil des BVGer B-5161/2019 vom 9. August 2021 E. 4.3.3, E. 4.4.2, E. 5.4.2, Implenia; ebenso: Urteile des BVGer B-710/2014, B-747/2014, B-761/2014, B-765/2014, B-786/2014 und B-787/2014 [je] vom 16. November 2022 E. 16.3.1 [bzw. E. 3.3.1, E. 14.3.1, E. 15.3.1], Abreden im Bereich Luftfracht). 8.4.8 Anders als im dargelegten Präjudiz des Bundesgerichts sind für das Bundesverwaltungsgericht vorliegend keine stichhaltigen Indizien ersichtlich, die auf eine negative Prognose der Beschwerdeführerin als bisherige "Ersttäterin" schliessen liessen. Auch die Vorinstanz führt weder in der angefochtenen Verfügung noch im Schriftenwechsel vor Bundesverwaltungsgericht aus, inwiefern ein sachlich begründetes Risiko eines erneuten Verstosses der Beschwerdeführerin gegen das Kartellgesetz, somit eine ausreichende Wiederholungsgefahr, vorliegen könnte. 8.4.9 Zwar hat sich die Beschwerdeführerin gegenüber den Wettbewerbsbehörden wie auch im Beschwerdeverfahren uneinsichtig gezeigt, was die Unzulässigkeit der hier beurteilten Sachverhalte betrifft. Dies stellt aber im Verwaltungs- wie im Rechtsmittelverfahren eine zulässige Verteidigungsstrategie dar. Ein sachlich begründetes Risiko für weitere Kartellrechtsverstösse der Beschwerdeführerin auch in der Zukunft lässt sich daraus nicht ableiten. 8.4.10 Unter diesen Umständen erweisen sich die in Dispositiv-Ziffer 1 beschriebenen Massnahmen als nicht erforderlich. Dies gilt erst recht, da auch das Bundesgericht zum Schluss gelangt ist, dass diese Massnahmen lediglich das kartellrechtswidrige Verhalten beschreiben, welches ohnehin bereits von Gesetzes wegen verboten ist (vgl. Urteil des BGer 2C\_782/2021 vom 14. September 2022 E. 5.6, E. 6.3). Das Vorgehen der Vorinstanz muss deshalb als

unverhältnismässig bezeichnet werden. Es verletzt Art. 5 Abs. 2 BV.

Die Beschwerde ist insofern begründet und die Dispositiv-Ziffer 1 ist, soweit sie sich auf die Beschwerdeführerinnen bezieht, aufzuheben.

B-5172/2019 Seite 129 9. Sanktionierung Nachfolgend ist zu prüfen, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe eine Sanktion auszusprechen ist (E. 5). 9.1 Ausgangslage und Fragestellung 9.1.1 Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder marktbeherrschend ist und sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. Selbst wenn ein Sachverhalt den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt, entfällt die Belastung, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist (Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG; Urteil des BGer 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 6.3, DCC). 9.1.2 Gemäss dem vorstehend Ausgeführten steht fest, dass es sich bei der Beschwerdeführerin um ein Unternehmen im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG i.V.m. Art. 2 Abs. 1bis KG handelt (E. 3.1, E. 6.4.8.1) und dass sich die Beschwerdeführerin in den Fällen Nr. 1 - Nr. 8 und Nr. 10 an unzulässigen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG beteiligt hat (E. 7.3.5, E. 7.4.4, E. 7.5.4 f.). Damit ist der objektive Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.4.1, Hors-Liste Medikamente Pfizer; Urteil des BGer 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 9.2, DCC). 9.1.3 Ohne Weiteres als gegeben zu bestätigen ist auch das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG. Erforderlich dafür ist Vorwerfbarkeit. Massgebend ist ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens. Liegt ein nachweisbares wettbewerbswidriges Verhalten vor, so ist in aller Regel auch die objektive Sorgfaltspflicht verletzt. Denn die Unternehmen müssen über die Regeln des Kartellgesetzes, über die dazu ergangene Praxis und die einschlägigen Bekanntmachungen informiert sein (vgl. Urteil des BGer 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 9.3.1, DCC, m.w.H. auf die Rechtsprechung). Die Beschwerdeführerin bringt nichts vor, was die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zur Vorwerfbarkeit in Frage stellen könnte (Verfügung, Rz. 237 ff.).

B-5172/2019 Seite 130 9.1.4 Bezüglich der Beteiligung der Beschwerdeführerin an den unzulässigen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG in den Fällen Nr. 1 und Nr. 2 hat die Vorinstanz die Sanktionierbarkeit der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG verneint (vgl. B.p). In diesen beiden Fällen ist denn auch unstrittig davon auszugehen, dass die Dauer zwischen Verfahrenseröffnung und Einstellung der Wettbewerbsbeschränkung fünf Jahre übersteigt und eine Sanktionierung daher entfällt. 9.1.5 Abgesehen davon ist auch nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Beschwerdeführerin als Sanktionsadressatin ins Recht gefasst hat. Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, wirft diese Zurechnung der vorliegenden Wettbewerbsverstösse keine Fragen auf (Verfügung, Rz. 250 f.). Namentlich war die Beschwerdeführerin seit der Begehung der streitgegenständlichen Kartellrechtsverstösse von keiner Umstrukturierung betroffen (vgl. dazu auch den Handelsregistereintrag der Beschwerdeführerin, CHE-106.031.005, <https://www.zefix.ch>, abgerufen am 15. August 2023). 9.1.6 Strittig und nachfolgend zu beurteilen sind hingegen die folgenden Fragen: – Ist die Sanktionierung der Beschwerdeführerin generell ausgeschlossen, weil die Untersuchung der Vorinstanz

unangemessen lange gedauert und insofern das Beschleunigungsgebot verletzt hat (vgl. E. 9.2)? – Sind zusätzlich zu den beiden nicht sanktionierten Wettbewerbsabreden (Fälle Nr. 1 und Nr. 2) auch die Wettbewerbsabreden in den Fällen Nr. 3, Nr. 4 und Nr. 5 wegen Überschreitung der Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG nicht sanktionierbar (vgl. E. 9.3)? – Erfolgte die Sanktionierung der Wettbewerbsabreden ohne Umsatz auf dem relevanten Markt (Fälle Nr. 3, 6, 7, 8 und 10) rechtmässig (vgl. E. 9.4)? – Hat die Vorinstanz die Basisbetragsätze der Sanktion mit 5% für die Wettbewerbsabreden ohne Umsatz und mit 8% für die Wettbewerbsabreden mit Umsatz auf dem relevanten Markt (Fälle Nr. 4 und Nr. 5) korrekt festgelegt (vgl. E. 9.5)? – Hätte die Vorinstanz mildernde Umstände zugunsten der Beschwerdeführerin berücksichtigen müssen (vgl. E. 9.6)? – Ist die Gesamtsanktion (inkl. den vorinstanzlichen Verfahrenskosten) für die Beschwerdeführerin tragbar (vgl. E. 9.7 f.)?

B-5172/2019 Seite 131 9.2 Ausschluss der Sanktionierbarkeit wegen unangemessen langer Dauer der Untersuchung? 9.2.1 Die Beschwerdeführerin bestreitet im Rahmen ihrer Eventualbegründung generell die Sanktionierbarkeit der vorliegenden Kartellrechtsverstösse, da die vorinstanzliche Untersuchung unangemessen lange gedauert habe. Die Vorinstanz verletze durch eine Überschreitung der zeitlichen Höchstdauer des Untersuchungsverfahrens das Beschleunigungsgebot von Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101). Eine Sanktionierung der Beschwerdeführerin sei aufgrund des Anspruchs auf Beurteilung innert Frist nicht mehr möglich. Dauere ein Untersuchungsverfahren mehr als viereinhalb Jahre, dürften nach der Praxis in der Regel keine Bussen mehr verhängt werden, (m.H. auf Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 7.5.5, Publigroupe, veröffentlicht in: RPW 2010/2 S. 329 ff.). Vorliegend betrage die Dauer der Untersuchung bis zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung am 27. Mai 2019 mehr als sechs Jahre. Davon sei auszugehen, wenn mit Bezug auf den für die Beschwerdeführerin relevanten Verfahrensbeginn auf die Ausdehnung der Untersuchung auf den gesamten Kanton Graubünden am 22. April 2013 abgestellt werde, was der Argumentation der Vorinstanz zum angeblich massgeblichen Stichdatum für die Berechnung der Fünfjahresfrist gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG entspreche (vgl. A.d sowie nachfolgend E. 9.3). Die Vorinstanz habe die äusserste Grenze der Untersuchungsdauer also weit überschritten. Ein Rechtfertigungsgrund dafür sei nicht ersichtlich. Zwar handle es sich um zehn einzelne Bauprojekte. Diese seien aber überschaubar und die rechtlich relevanten Sachverhalte nicht komplex. Indem die Vorinstanz versuche, die übermässige Verfahrensdauer mit dem Hinweis auf fehlende Perioden von behördlicher Untätigkeit zu rechtfertigen, übersehe sie, dass weitere Kriterien zu berücksichtigen seien. So hätten vorliegend keine internationalen Ermittlungen durchgeführt werden müssen. Auch sei die Bedeutung der Angelegenheit für die betroffene Person einschliesslich der Schwere der Vorwürfe massgeblich (m.H. auf BGE 135 I 265 E. 4.4). Die ausgesprochene Sanktion führe für die Beschwerdeführerin, welche sich während der gesamten Verfahrensdauer in Ungewissheit über die finanzielle und organisatorische Zukunft befunden habe, zu einer besonderen Härte. Die Untersuchung stelle für sie eine derartige

B-5172/2019 Seite 132 Belastung dar, dass aufgrund der allgemeinen Verfahrensgarantien und des Beschleunigungsgebots von Art. 29 Abs. 1 BV bzw. Art. 6 Abs. 1 EMRK keine Sanktion mehr verfügt werden dürfe (vgl. zum Ganzen: Beschwerde, Rz. 14, Rz. 222 ff.;

Replik, Rz. 62 ff.). 9.2.2 Die Vorinstanz weist diese Kritik zurück. Eine Verfahrensdauer von sechs Jahren ab der Ausdehnung des Verfahrens auf den gesamten Kanton Graubünden am 22. April 2013 sei unter den besonderen Umständen des konkreten Falls angemessen und stehe der Sanktionierung der Beschwerdeführerin nicht entgegen. Bei der Beurteilung der Verfahrensdauer müsse der besondere Kontext des Verfahrens, welches seinen Ursprung in der am 30. Oktober 2012 eröffneten Untersuchung "Bau Unterengadin" habe, berücksichtigt werden. Die Verfahrenstrennung am 23. November 2015 habe es der Vorinstanz erlaubt, die zehn separat fortgeführten Verfahren gestaffelt abzuschliessen. Dabei habe die Vorinstanz in der ersten abgeschlossenen Untersuchung rechtskräftig festgestellt, dass Hoch- und Tiefbauunternehmen im Münstertal zwischen 2004 und 2012 mehr als hundert Ausschreibungen abgesprochen hätten. Nach sechs weiteren Entscheidungen über Submissionsabsprachen im Hoch- und Tiefbau im Engadin habe die Vorinstanz vor dem Erlass der vorliegend angefochtenen Verfügung auch noch das Verfahren Engadin I mit einer Vielzahl von unterschiedlich gelagerten Submissionsabsprachen und unzulässigen Kooperationsformen im Unterengadin abgeschlossen. Im vorliegenden Verfahren seien ebenfalls zehn getrennte Wettbewerbsverstösse zu behandeln gewesen, bei welchen sich heikle Sachverhalts- und Rechtsfragen gestellt hätten; dies etwa angesichts der teilweise fehlenden Untermauerung der Angebotskoordinierung durch objektive Beweismittel, im Zusammenhang mit der Sanktionsbemessung der "erfolglosen Abreden" oder der Auslegung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG. Die in diesen zusammenhängenden Verfahren durchzuführenden Untersuchungshandlungen und Ermittlungsmassnahmen, die Beurteilung der vielen Vorwürfe gegenüber den diversen involvierten Unternehmen wie auch die anspruchsvolle Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse und die Durchführung der Akteneinsicht hätten Zeit in Anspruch genommen. In den unterschiedlichen Verfahren sei jeweils eine vielschichtige Abstimmung der einzelnen Handlungen geboten gewesen. Perioden von behördlicher Untätigkeit seien keine zu verzeichnen.

B-5172/2019 Seite 133 Was die Beschwerdeführerin zur angeblich maximalen Verfahrensdauer von viereinhalb Jahren für erstinstanzliche kartellrechtliche Untersuchungen ausführe, überzeuge nicht. Das Bundesverwaltungsgericht habe eine generelle Höchstdauer für kartellrechtliche Verfahren im Urteil B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 Rz. 1645 f., DCC abgelehnt. Mit Verweis auf die EGMR-Rechtsprechung habe es festgehalten, dass in jedem Einzelfall zu prüfen sei, ob sich die tatsächliche Dauer unter den konkreten Umständen rechtfertigen lasse. Vorliegend sei der Vorwurf der übermässigen Verfahrensdauer unbegründet (vgl. zum Ganzen: Verfügung, Rz. 249, Vernehmung, Rz. 70 ff.). 9.2.3 9.2.3.1 Nach Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf eine Beurteilung innert angemessener Frist. Dieser Anspruch ist für straf- und zivilrechtliche Verfahren in Art. 6 Abs. 1 EMRK vorgesehen, der auch auf die strafrechtsähnlichen Kartellsanktionsverfahren anwendbar ist (vgl. Urteil des BVGer B-710/2014 vom 16. November 2022 E. 15.2.2, Luftfracht, m.H. auf BGE 139 I 72 E. 2.2.2, 4.2, Publigroupe; in diesem Sinne auch: Urteil des BGer 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 11.2, DCC). 9.2.3.2 Ob sich die Dauer eines Verfahrens als angemessen erweist, bestimmt sich nicht absolut bzw. anhand von festen Fristen, sondern ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der gesamten Umstände einer Angelegenheit zu beurteilen. Hierzu zählen der Umfang und die Bedeutung des Verfahrens, das Verhalten der betroffenen Privaten und der Behörden, die Bedeutung für die Betroffenen sowie die für die Sache spezifischen Entscheidungsabläufe (vgl. Urteil des BGer 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 11.2, DCC, m.H. auf BGE 144 II 486 E. 3.2;

BGE 135 I 265 E. 4.4; BGE 130 I 312 E. 5.1; Urteil des BVGer B-710/2014 vom 16. November 2022 E. 15.2.2, Luftfracht, m.H.). Bei der Feststellung einer übermässigen Verfahrensdauer ist im Einzelfall zu prüfen, ob sich die Umstände, die zur Verlängerung des Verfahrens geführt haben, objektiv rechtfertigen lassen (vgl. Urteil des BGer 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 11.2, DCC, m.H. auf BGE 144 II 486 E. 3.2; BGE 125 V 188 E. 2a; in diesem Sinne auch: Urteil des BVGer B-710/2014 vom 16. November 2022 E. 15.2.2, Luftfracht, m.H.).

B-5172/2019 Seite 134 9.2.3.3 Zur Rechtfertigung der Verfahrensdauer kann neben einem befristeten personellen behördlichen Engpass oder dem Grad der Komplexität der Angelegenheit grundsätzlich auch das Bedürfnis der Behörde nach einer Koordination mit anderen Verfahren beitragen, nicht aber deren chronische Überlastung, mangelnde Organisation oder strukturelle Mängel des Verfahrens (vgl. Urteil des BGer 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 11.2, DCC; BGE 144 II 486 E. 3.2; BGE 130 I 312 E. 5.2; Urteil des BVGer B-710/2014 vom 16. November 2022 E. 15.2.2, Luftfracht, m.H. auf Urteil des EGMR 35632/13 vom 13. Januar 2015 [Hoholm/Slowakei] Ziff. 49, Urteil des EGMR 68919/10 vom 4. September 2014 [Peter/Deutschland] Ziff. 46 und BGE 130 I 312 E. 5.2). Insofern kann im Einzelfall selbst eine unüblich lange Verfahrensdauer angemessen sein (vgl. Urteil des BVGer B-710/2014 vom 16. November 2022 E. 15.2.2, Luftfracht, m.H.). 9.2.4 9.2.4.1 Im vorliegenden Fall macht der (im Sachverhalt unter A und B dargestellte) Verfahrensablauf vor den Wettbewerbsbehörden deutlich, dass die gegen die Beschwerdeführerin gerichtete Untersuchung ihren Ursprung letztlich in der am 30. Oktober 2012 gegen 19 im Unterengadintätigen Unternehmen eröffneten Untersuchung "Bau Unterengadin" hat. Die Vorinstanz dehnte diese Untersuchung am 22. April 2013 auf den gesamten Kanton Graubünden sowie auf sieben weitere Unternehmen aus und führte sie unter der Bezeichnung "Bauleistungen Graubünden" fort (vgl. A.a, A.d). Bis zu diesem Zeitpunkt war die (im Oberengadin ansässige) Beschwerdeführerin von den Untersuchungshandlungen der Vorinstanz allerdings noch nicht direkt betroffen (vgl. A.b, A.e). Am 23. November 2015 konstituierte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin formell als Untersuchungsadressatin, indem sie die Untersuchung "Bauleistungen Graubünden" ausdrücklich (auch) auf die Beschwerdeführerin ausdehnte. Gleichzeitig teilte die Vorinstanz die Untersuchung "Bauleistungen Graubünden" aus prozessökonomischen Gründen in zehn getrennte Verfahren auf (vgl. A.g f.). Der Abschluss der (u.a.) gegen die Beschwerdeführerin gerichteten Untersuchung 22-0459 "Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II" datiert vom 27. Mai 2019 (nachfolgend Teiluntersuchung "Engadin II").

B-5172/2019 Seite 135 9.2.4.2 Wird auf die Konstituierung der Beschwerdeführerin als formelle Untersuchungsadressatin vom 23. November 2015 abgestellt, dauerte die Teiluntersuchung "Engadin II" somit insgesamt drei Jahre und sechs Monate. Gemäss dem vorstehend Dargelegten (E. 9.2.1 f.) ziehen die Parteien als massgeblichen Verfahrensbeginn für die Beschwerdeführerin allerdings übereinstimmend die räumliche Verfahrensausdehnung auf den ganzen Kanton Graubünden vom 22. April 2013 heran. Dies entspricht auch der von der Vorinstanz geforderten tatbezogenen Auslegung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG (vgl. nachfolgend E. 9.3) und ist insofern grundsätzlich nicht zu beanstanden. Ausgehend davon dauerte die Teiluntersuchung "Engadin II" insgesamt rund sechs Jahre und einen Monat. 9.2.4.3 Eine Verfahrensdauer von über sechs Jahren muss mit der Beschwerdeführerin in der Tat als lang bezeichnet werden. Im Quervergleich dazu benötigte die Vorinstanz für die Bewältigung von Untersuchungen im Bereich der

Überprüfung von Submissionsabsprachen bisher Zeitspannen zwischen ca. zwei Jahren (Untersuchung "Tunnelreinigung", vgl. RPW 2015/2 S. 193 [allerdings Verfahrensverkürzung durch den Abschluss von einvernehmlichen Regelungen mit allen Parteien]) bis zu ca. drei Jahren und zehn Monaten (Untersuchung "Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich", vgl. RPW 2013/4 S. 524; vgl. zudem die Verfahrensdauern der folgenden Untersuchungen: "Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau", vgl. RPW 2012/2 S. 270, ca. zweieinhalb Jahre; "Bauleistungen See-Gaster", vgl. RPW 2020/3a S. 880, ca. drei Jahre und drei Monate [einvernehmliche Regelungen mit einem Teil der Parteien]; "Strassenbeläge Tessin", vgl. RPW 2008/1 S. 85, ca. zwei Jahre und sieben Monate [aufgrund der damaligen Rechtslage noch ohne Sanktionierung]). Mehr Zeit als für die Bewältigung der zehn aus der Untersuchung "Bauleistungen Graubünden" hervorgegangenen Teiluntersuchungen benötigten die Wettbewerbsbehörden soweit ersichtlich bisher einzig für die Erledigung der Untersuchung "Abreden im Bereich Luftfracht". Hier betrug die Dauer bis zum Abschluss der vorinstanzlichen Untersuchung insgesamt rund sieben Jahre und neun Monate (vgl. RPW 2022/1 S. 84).

B-5172/2019 Seite 136 9.2.4.4 Das Bundesgericht wie das Bundesverwaltungsgericht haben sich bereits mehrfach mit der Frage einer angeblichen Verletzung des Beschleunigungsgebotes durch die Vorinstanz befasst: In seiner jüngeren Rechtsprechung in Sachen "Abreden im Bereich Luftfracht" verneinte das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf die konkret vorliegenden Umstände eine Verletzung des Rechts der betroffenen Beschwerdeführer auf Beurteilung innerhalb einer angemessenen Verfahrensdauer trotz der soeben erwähnten, langen Untersuchungsdauer von sieben Jahren und neun Monaten (vgl. Urteile des BVGer B-710/2014, B-747/2014, B-761/2014, B-786/2014 und B-787/2014 vom 16. November 2022 E. 15.2.2 [E. 14.2.2, E. 13.3.2, E. 14.2.1]). Weiter hat die kartellrechtliche Rechtsprechung gestützt auf die jeweiligen Einzelfallprüfungen Untersuchungen der Vorinstanz mit einer Dauer von rund vier Jahren und vier Monaten (vgl. Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 11, Publigroupe [nicht publiziert in BGE 139 I 72]; ebenso: Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 7.5.5, Publigroupe), einer Dauer von rund drei Jahren und zehn Monaten (vgl. Urteil des BGer 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 11.4, DCC; ebenso: Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 Rz. 1637 ff., DCC) sowie einer Dauer von rund fünf Jahren und zwei Monaten (vgl. Urteil des BGer 2C\_44/2020 vom 3. März 2022 E. 12.6 [nicht publiziert in BGE 148 II 321], Les Editions Flammarion SA) als insgesamt rechtmässig bestätigt. 9.2.4.5 Die Behauptung der Beschwerdeführerin, dass laut der Praxis im Kartellverwaltungsrecht bei mehr als viereinhalbjährigen Untersuchungen in der Regel keine Bussen nach Art. 49a KG mehr verhängt werden dürfen, ist vor diesem Hintergrund nicht stichhaltig. Wie die soeben beschriebene Praxis verdeutlicht, können sich im Einzelfall durchaus auch längere Verfahrensdauern als angemessen erweisen. 9.2.4.6 Die lange Verfahrensdauer von sechs Jahren und einem Monat bis zum Abschluss der vorliegend strittigen Teiluntersuchung "Engadin II" am 27. Mai 2019 geht im Wesentlichen darauf zurück, dass die Vorinstanz die zehn separat weitergeführten Teiluntersuchungen einer internen Priorisierung unterzogen und gestützt darauf bis am 19. August 2019 gestaffelt abgeschlossen hat (vgl. B.a).

B-5172/2019 Seite 137 Während der Abschluss der vorrangig behandelten Teiluntersuchung "Münstertal" mit über hundert abgesprochenen Ausschreibungen bereits am 10. Juli 2017 erfolgt ist, benötigte die Vorinstanz anschliessend für den Abschluss von

sechs weiteren Teiluntersuchungen nur etwas weniger als drei Monate (Abschluss der in zweiter Priorität behandelten Teiluntersuchungen Engadin U, III, IV, V, Q und VII je am 02. Oktober 2017, vgl. B.a). Darauf folgte nach etwas weniger als sechs Monaten am 26. März 2018 mittels einer dreihundert Seiten umfassenden Verfügung der Abschluss der Teiluntersuchung "Engadin I". Diese hatte sich gegen vierzehn im Unteren Engadin tätige Untersuchungsadressaten gerichtet und umfasste eine grosse Anzahl von Vorwürfen (vgl. RPW 2019/2 S. 322). Für den Abschluss der hier interessierenden Teiluntersuchung "Engadin II" am 27. Mai 2019 brauchte die Vorinstanz ein weiteres Jahr und zwei Monate, worauf sie nach knapp drei Monaten auch noch die letzte verfahrensabschliessende Verfügung erliess (Abschluss der Teiluntersuchung "Bauleistungen Graubünden" am 19. August 2019, vgl. B.a).

9.2.4.7 Die Beschwerdeführerin vertritt den Standpunkt, es spiele für sie keine Rolle, dass die Vorinstanz mit anderen komplexen Verfahren beschäftigt war. Dass das gesamte Untersuchungsverfahren für alle Teile des Engadins viel Zeit der Vorinstanz in Anspruch genommen habe, dürfe sich nicht nachteilig auf die Beschwerdeführerin auswirken. Damit verlangt die Beschwerdeführerin sinngemäss, die Tatsache, dass sich der Abschluss der Teiluntersuchung "Engadin II" verzögerte, weil die Vorinstanz zuerst acht andere Teiluntersuchungen erledigt hat (E. 9.2.4.6), dürfe bei der Überprüfung der Angemessenheit der Verfahrensdauer von sechs Jahren und einem Monat nicht als (die Vorinstanz entlastender) Umstand berücksichtigt werden. Diese Argumentation überzeugt nicht. Sie wird der engen Einbettung der Teiluntersuchung "Engadin II" in den Gesamtkontext, mit welchem sich die Vorinstanz im Kanton Graubünden konfrontiert sah, nicht gerecht. Ein Grund zu beanstanden, dass sich die Vorinstanz entschieden hat, die Gesamtuntersuchung in Teiluntersuchungen aufzuteilen und die jeweiligen Verfahrensabschlüsse zeitlich zu staffeln, besteht nicht. Dieses Vorgehen war mit Blick auf den grossen Umfang, die Komplexität und Bedeutung der B-5172/2019 Seite 138 Gesamtuntersuchung durchaus angezeigt, um so die Führung der einzelnen Verfahren und die spezifischen Entscheidungsabläufe zu vereinfachen. Es liegen auch keine Hinweise dafür vor, dass sich die Vorinstanz oder deren Sekretariat bei der Priorisierung und zeitlichen Abstimmung der jeweiligen Arbeitsschritte von nicht zweckmässigen Gründen leiten liess. Die Wettbewerbsbehörden dürfen bestimmten Verfahren im Sinne des Opportunitätsprinzips eine höhere Priorität einräumen als anderen, was zu Verzögerungen in einzelnen Verfahren führen kann (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 7.5.5, Publigroupe). Hierbei war es insbesondere naheliegend und auch gesetzeskonform (vgl. Art. 27 Abs. 2 KG), dass die Vorinstanz die beiden "grundlegenden" Teiluntersuchungen "Münstertal" und "Engadin I" vorrangig behandelt hat.

9.2.4.8 Unter diesen Umständen ist es nachvollziehbar und letztlich auch unumgänglich, dass die Bearbeitung der Teiluntersuchung "Engadin II" im Vergleich zu den prioritär abgeschlossenen Teiluntersuchungen deutlich mehr Zeit in Anspruch genommen hat. Eine Verletzung des Beschleunigungsgebots lässt sich daraus nicht ableiten.

9.2.4.9 Darüber hinaus verdeutlicht der oben (E. 9.2.4.6) dargestellte zeitliche Verfahrensverlauf, dass die Vorinstanz die einzelnen Teiluntersuchungen durchaus speditiv und gut organisiert zu einem Abschluss gebracht hat. Dies gilt auch für den Abschluss der vorliegend strittigen Teiluntersuchung "Engadin II" am 27. Mai 2019. Die Vorinstanz benötigte dafür seit dem Abschluss der umfangreichen Teiluntersuchung "Engadin I" am 26. März 2018, wie bereits erwähnt, ein Jahr und zwei Monate. Dies steht mit der Komplexität auch dieser Angelegenheit ohne Weiteres im Einklang. Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, überzeugt nicht.

9.2.4.10 Die niedrige Priorisierung

der Teiluntersuchung "Engadin II" durch die Vorinstanz (Abschluss an zweitletzter Stelle) bedeutete für die Beschwerdeführerin fraglos eine unangenehme Verlängerung der Ungewissheit über den Verfahrensausgang. Dies kann unter Würdigung aller Umstände aber insgesamt nicht als unverhältnismässig oder "besondere Härte" bezeichnet werden. Ebenso wenig lassen die übrigen Ausführungen der Beschwerdeführerin auf eine insgesamt übermässige Verfahrensdauer schliessen. Auch diese Darlegungen missachten letztlich den besonderen Gesamtkontext der Teiluntersuchung "Engadin II". Demgegenüber erschei-

B-5172/2019 Seite 139 nen die Ausführungen, mit welcher die Vorinstanz die Dauer der Untersuchung begründet, insgesamt schlüssig und nachvollziehbar (E. 9.2.2). Es bestehen namentlich keine Anhaltspunkte dafür, dass die lange Verfahrensdauer ab der räumlichen Verfahrensausdehnung auf den ganzen Kanton Graubünden am 22. April 2013 auf eine chronische Überlastung der Wettbewerbsbehörden, deren mangelnde Organisation oder auf strukturelle Mängel des Verfahrens zurückgeführt werden müsste. 9.2.4.11 Des Weiteren gilt es zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin das Sekretariat während der gesamten Untersuchungsdauer nie aufgefordert hat, die Teiluntersuchung "Engadin II" rascher zu behandeln. Die Länge des Verfahrens blieb seitens der Beschwerdeführerin bis kurz vor dem Abschluss der Teiluntersuchung "Engadin II" unbeanstandet. Erst im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 13. März 2019 zum Verfügungsantrag des Sekretariats vom 10. Januar 2019 rügte die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe die äussere Grenze der Untersuchungsdauer überschritten; eine Sanktionierung sei aufgrund des Anspruchs der Beschwerdeführerin auf Beurteilung innert Frist nicht mehr möglich (Vorinstanz, act. 93 [22-0459], Rz. 177 f.). Im Lichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung kann auch angesichts dieser Sachlage trotz der unstrittig langen Verfahrensdauer nicht von einer Verletzung des Rechts der Beschwerdeführerin auf Beurteilung innerhalb einer angemessenen Verfahrensdauer ausgegangen werden. Im Urteil 2C\_44/2020 vom 3. März 2022 in Sachen Les Editions Flammarion SA hielt das Bundesgericht in E. 12 (nicht publiziert in BGE 148 II 321) mit Verweis auf BGE 130 I 312 E. 5.2 nämlich fest: "Il appartient en effet au justiciable d'entreprendre ce qui est en son pouvoir pour que l'autorité fasse diligence, que ce soit en l'invitant à accélérer la procédure ou en recourant, le cas échéant, pour retard injustifié". Das passive Verhalten der Beschwerdeführerin steht dem von ihr verlangten gänzlichen Erlass der Sanktion somit ebenfalls entgegen (vgl. Urteil des BGer 2C\_44/2020 vom 3. März 2022 E. 12.6.3 [nicht publiziert in BGE 148 II 321], Les Editions Flammarion SA). 9.2.5 Zusammenfassend schliesst die Dauer der Untersuchung eine Sanktionierung der Beschwerdeführerin demnach nicht aus. Die Vorinstanz hat den in Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK statuierten Anspruch der Beschwerdeführerin auf eine Beurteilung innert angemessener Frist nicht verletzt. Die Kritik der Beschwerdeführerin ist unbegründet.

B-5172/2019 Seite 140 9.3 Ausschluss der Fälle Nr. 3, Nr. 4 und Nr. 5 von der Sanktionierbar-

keit (Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG)? Gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG entfällt die Belastung, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei der Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist. Die Parteien sind sich uneinig über die Auslegung dieser Bestimmung. Sie gehen von einem unterschiedlichen Eröffnungszeitpunkt der Untersuchung aus: 9.3.1 9.3.1.1 Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, das Verfahren sei gegenüber der Beschwerdeführerin am 22. April 2013 mit der Ausdehnung der Untersuchung "Bau Unterengadin" auf den gesamten Kanton Graubünden eröffnet

worden. Somit stehe die Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG einer Sanktionierung der Wettbewerbsabreden in den Fällen Nr. 1 und Nr. 2 aus dem Jahr 2008 entgegen, nicht aber in den übrigen Fällen (vgl. A.d, B.p). Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, das rechtmässige Stichdatum für die Berechnung der fünfjährigen Frist gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG sei die formelle Ausdehnung der Untersuchung "Bauleistungen Graubünden" auf sie am 23. November 2015. Damit sei die Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG nicht nur bezüglich der Fälle Nr. 1 und Nr. 2 verstrichen, sondern auch bezüglich der Fälle Nr. 3, Nr. 4 und Nr. 5 aus den Jahren 2008, 2009 und 2010. Die Auferlegung einer Sanktion sei somit auch in diesen drei Fällen nicht mehr möglich (vgl. A.g, C.b). 9.3.1.2 Die Vorinstanz führt zur Bestimmung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG aus, die Rechtsnorm sei tatbezogen, nicht unternehmensbezogen ausulegen. Für die Sanktionierbarkeit sei folglich keine formelle und individuelle Verfahrensbekanntmachung notwendig, sondern einzig, dass die Untersuchung betreffend die letztlich zu sanktionierende Tat rechtzeitig eröffnet worden sei. Dafür spreche der Wortlaut, der tatbezogen formuliert sei. Hätte der Gesetzgeber eine unternehmensbezogene Auslegung gewollt, hätte er beispielsweise die Formulierung "Eröffnung der Untersuchung gegen das Unternehmen" gewählt. Auch aus der italienischen und französischen Fassung des Gesetzestextes ergebe sich nichts anderes.

B-5172/2019 Seite 141 Hinzu komme, dass die Rechtsnorm nach Sinn und Zweck eine Verwirklichungsfrist statuieren, die eine Sanktionierung ermöglichen solle, sofern die Untersuchung rechtzeitig eröffnet worden sei. Sie bezwecke den Schutz des Vertrauens, dass keine Sanktionierung mehr erfolge, wenn die Wettbewerbsbehörden innerhalb der Frist untätig geblieben seien. Ein solches Vertrauen bestehe nicht, wenn die Wettbewerbsbehörden hinsichtlich eines bestimmten Verstosses das Verfahren eröffnet hätten, das Unternehmen durch die Publikation davon erfahren habe und selbst wisse, dass es an dem den Untersuchungsgegenstand bildenden Verstoß gegen das Kartellgesetz beteiligt gewesen sei. Die Beschwerdeführerin habe von ihrer Involvierung in den Untersuchungsgegenstand gewusst. Die Eröffnung der Untersuchung im Unterengadin im Oktober 2012 wegen mutmasslichen Submissionsabsprachen im Bereich Hoch-, Tief- und Strassenbau sowie deren Ausdehnung auf den gesamten Kanton Graubünden im April 2013 seien amtlich publiziert und auch mittels Medienmitteilungen bekanntgegeben worden. Es sei davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin von den mutmasslichen Wettbewerbsverstössen im Bereich Hoch-, Tief- und Strassenbau im Kanton Graubünden (inklusive Oberengadin) Kenntnis gehabt habe. Alles andere sei abwegig. Ein schutzwürdiges Vertrauen der Beschwerdeführerin habe deshalb nicht mehr bestanden. Massgebend sei folglich der Zeitpunkt der tatbezogenen Ausdehnung der Untersuchung auf das Oberengadin, wo die vorliegend strittigen Projekte angesiedelt seien, also der 22. April 2013. Die Tathandlungen der Beschwerdeführerin in den Fällen Nr. 3, Nr. 4 und Nr. 5 seien weniger als fünf Jahre vor diesem Zeitpunkt erfolgt, womit die Sanktionsvoraussetzungen gegeben seien (vgl. zum Ganzen: Verfügung, Rz. 241 ff., Vernehmlassung, Rz. 88 ff., ergänzende Duplik, Ziff. 3 Bst. b Lemma 1-3).

B-5172/2019 Seite 142 9.3.1.3 Die Beschwerdeführerin geht davon aus, Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG sei unternehmensbezogen auszulegen. Dies ergebe sich bereits aus dem Wortlaut der Bestimmung, welcher explizit von der "Eröffnung der Untersuchung" spreche. Demnach könne für die Berechnung der fünfjährigen Frist aufgrund des Akkusationsprinzips nur der Zeitpunkt der individuellen Eröffnung der Untersuchung

gegen die beschuldigten Parteien gemeint sein. Dafür sprächen auch der Sinn und Zweck wie die historische Auslegung der Bestimmung. Sinn und Zweck von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG sei es, die Rechtssicherheit für die beteiligten Unternehmen zu stärken, indem sie nicht zeitlich unbeschränkt mit Sanktionsdrohungen rechnen müssten. Dass der Rechtssicherheit für die Unternehmen besondere Beachtung zu schenken sei, habe auch die Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes betont (m.H. auf Botschaft des Bundesrats über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBI 2002 2022 ff., 2041, nachfolgend Botschaft KG 2002). Aus rechtsstaatlichen Gründen sei es nicht vertretbar, dass eine Untersuchung rechtliche Wirkungen entfalte, ohne dass ein Beschuldigter davon wisse, und ohne, dass er zu dem Zeitpunkt überhaupt zum Kreis der Beschuldigten gehöre. Die Beschwerdeführerin sei am 22. April 2013 nicht Adressatin des Verfahrens gewesen. In der amtlichen Publikation der Verfahrensausdehnung sei sie nicht namentlich genannt worden. Es sei bei der Beschwerdeführerin auch keine Hausdurchsuchung durchgeführt worden, welche sie über ihre Rolle in vorliegendem Verfahren in Kenntnis gesetzt hätte. Erst mit der Ausdehnung der Untersuchung auf sie am 23. November 2015 habe die Beschwerdeführerin Kenntnis von den ihr vorgeworfenen Handlungen erlangt. Ob die Beschwerdeführerin aufgrund der starken Medienpräsenz über eine Untersuchung betreffend Submissionsabsprachen im Engadin informiert gewesen sei oder nicht, spiele keine Rolle. Unabhängig davon sei damals kein Verfahren gegen sie eröffnet gewesen. Aufgrund der unternehmensbezogenen Auslegung sei der 23. November 2015 das rechtmässige Stichdatum für die Berechnung der Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG. Da die Handlungen der Beschwerdeführerin in den Fällen Nr. 3, Nr. 4 und Nr. 5 vor dem 23. November 2010 erfolgt seien, könnten auch diese Fälle nicht mehr sanktioniert werden (vgl. zum Ganzen: Beschwerde, Rz. 14, 254 ff., 265 ff.; Replik, Rz. 86, 89 ff.; abschliessende Stellungnahme [29. Juni 2020], Rz. 31 ff.).

B-5172/2019 Seite 143 9.3.2 9.3.2.1 Die hier strittige Rechtsfrage, ob die Bestimmung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG tatbezogen oder unternehmensbezogen auszulegen ist, wurde dem Bundesverwaltungsgericht auch in den Beschwerdeverfahren B-5119/2019 und B-5130/2019 zur Prüfung unterbreitet. Diese Verfahren betrafen die Teiluntersuchung "Bauleistungen Graubünden", welche ebenfalls aus der Untersuchung "Bau Unterengadin" hervorgegangen ist und von der Vorinstanz am 19. August 2019 abgeschlossen wurde (vgl. B.a). Wie die Beschwerdeführerin vorliegend hatten auch die dortigen Beschwerdeführenden geltend gemacht, die Sanktionsmöglichkeit der Vorinstanz sei infolge Überschreitung der Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG entfallen. Für die Fristberechnung sei entgegen der Vorinstanz nicht auf die tatbezogene Untersuchungseröffnung abzustellen, sondern auf die formelle Ausdehnung der Untersuchung auf sie am 23. November 2015. 9.3.2.2 Das Bundesverwaltungsgericht hat die beiden erwähnten Beschwerdeverfahren mit Urteilen vom 9. August 2021 entschieden. In diesen (in Rechtskraft erwachsenen) Urteilen hat es sich zusammenfassend wie folgt zur Auslegung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG geäußert (vgl. Urteile des BVGer B-5119/2019 und B-5130/2019 vom 9. August 2021 E. 5, insbesondere E. 5.2, E. 5.6 und E. 5.7): – Der Wortlaut des Gesetzes sei klar. Er mache die Sanktion nach Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG von der Einhaltung einer Fünfjahresfrist abhängig. Als Anknüpfungszeitpunkt gelte in allen drei Amtssprachen der Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung. – Letzterer ergebe sich aus Art. 27 Abs. 1 KG, welcher die "Eröffnung einer Untersuchung" regle und im 1. Satz festhalte, dass das Sekretariat eine Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eröffne, wenn "Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbe-

werbsbeschränkung" bestehen.

B-5172/2019 Seite 144 – Laut dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG in Verbindung mit Art. 27 Abs. 1 KG werde somit klar an die Wettbewerbsbeschränkung, also die Tat, angeknüpft. Die Vorinstanz führe zutreffend aus, dass der Gesetzgeber sonst eher die Formulierung "Eröffnung der Untersuchung gegen das Unternehmen" gewählt hätte. – Dass einem Unternehmen die Eröffnung der Untersuchung erst (viel) später angezeigt werde, lasse sich nicht verhindern, zumal im Untersuchungsverfahren der Kreis der an unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen mutmasslich beteiligten Unternehmen erweitert werden könne. – Zusammenfassend ergebe sich aus dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG in Verbindung mit Art. 27 Abs. 1 KG, dass der massgebliche Zeitpunkt für die Anknüpfung der Frist die Eröffnung der Untersuchung sei. Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG sei insoweit tatbezogen auszulegen. Eine davon abweichende Auslegung rechtfertige sich weder gestützt auf das historische, das systematische noch das teleologische Auslegungselement. 9.3.2.3 Ein Grund, auf dieses Auslegungsergebnis zurückzukommen, besteht nicht. Die Beschwerdeführerin vermag mit ihren Ausführungen nichts vorzutragen, was die einschlägigen Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts in den Urteilen B-5119/2019 und B-5130/2019 vom 9. August 2021 in Frage stellen könnte. Auch vorliegend ist der Lauf der Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG somit tatbezogen zu bestimmen. 9.3.2.4 Dies bedeutet, dass das massgebliche Stichdatum im Sinne der vorinstanzlichen Darstellung die Ausdehnung der Untersuchung "Bauunterengadin" auf den ganzen Kanton Graubünden am 22. April 2013 ist (vgl. A.d). Die Tathandlungen in den Fällen Nr. 3, Nr. 4 und Nr. 5 erfolgten im Oktober 2008 (Fall Nr. 3), im Dezember 2009 (Fall Nr. 4) und im April 2010 (Fall Nr. 5). Demnach steht die Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG einer Sanktionierung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen in diesen drei Fällen nicht entgegen.

B-5172/2019 Seite 145 9.3.3 9.3.3.1 Die Beschwerdeführerin sieht im Abstellen auf das Stichdatum vom 22. April 2013 zudem eine Verletzung des Akkusationsprinzips. Der Zweck dieses Prinzips sei es, jeder beschuldigten Person zu ermöglichen, möglichst rasch und umfassend über die gegen sie erhobenen Beschuldigungen unterrichtet zu werden. Die beschuldigte Person müsse die Möglichkeit haben, ihre Verteidigungsrechte geltend zu machen. Wegen dem Akkusationsprinzip könne der Verfahrensgegenstand ab einem definierten Zeitpunkt grundsätzlich nicht mehr geändert werden. Dies setze der Untersuchung eine feste Grenze und mache den beschuldigten Personen deutlich, gegen welchen Vorwurf sie sich zu verteidigen hätten. Daneben müsse zu diesem Zeitpunkt auch die Information vermittelt werden, welche die beschuldigte Person benötige, um sich sinnvoll gegen den erhobenen Vorwurf verteidigen zu können. Im Kartellrecht könne dieser Zeitpunkt nur jener der Untersuchungseröffnung gegen ein bestimmtes Unternehmen sein. Drohe eine Sanktion, seien die Behörden zur möglichst raschen und präzisen Unterrichtung über die Anschuldigungen verpflichtet. Aus rechtsstaatlichen Gründen könne es nicht zulässig sein, dass eine eröffnete Untersuchung später auf ein weiteres Unternehmen erweitert werde mit der Folge, dass für dieses alle Wirkungen der ursprünglichen Untersuchungseröffnung massgebend seien (vgl. zum Ganzen: Beschwerde, Rz. 258 ff.; Replik, Rz. 91). 9.3.3.2 Der Anklagegrundsatz wird aus Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV sowie aus Art. 6 Ziffer 1 und 3 Bst. a und b EMRK abgeleitet. Nach diesem Grundsatz bestimmt die Anklageschrift den Gegenstand des Gerichtsverfahrens (Umgrenzungsfunktion). Die Anklage hat die der beschuldigten Person zur Last gelegten

Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben, dass die Vorwürfe in objektiver und subjektiver Hinsicht genügend konkretisiert sind. Zugleich bezweckt das Anklageprinzip den Schutz der Verteidigungsrechte der beschuldigten Person und garantiert den Anspruch auf rechtliches Gehör (Informationsfunktion; Urteil des BVGer B-5119/2019 vom 9. August 2021 E. 6.2, m.H. auf BGE 141 IV 132 E. 3.4.1 m.w.H.).

B-5172/2019 Seite 146 9.3.3.3 Die Beschwerdeführerin verkennt, dass der Anklagegrundsatz nur für das Verfahren vor Gerichtsinstanzen gilt (vgl. zum Anklagegrundsatz im Kartellverfahren IZUMI/KRIMMER, DIKE-KG, Art. 30 N. 6 f.). Die Untersuchung aufgrund möglicher Wettbewerbsverstösse erfolgt dagegen in einem erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren, das von den Wettbewerbsbehörden durchgeführt wird. Bei der Vorinstanz (und ihrem Sekretariat) handelt es sich unstrittig nicht um ein Gericht im Sinne von Art. 6 EMRK (vgl. BGE 138 I 154 E. 2.7). Das kartellrechtliche Verfahren bleibt ein Verwaltungsverfahren, auch wenn die Massnahme nach Art. 49a Abs. 1 KG strafrechtsähnlich ist und damit gewisse strafrechtliche Grundsätze anwendbar sind (vgl. BGE 148 II 182 E. 3.3.3, m.w.H.; Urteil des BGer 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 11.4.1, DCC). Entsprechend sind auf das Untersuchungsverfahren (vorbehältlich der gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen) auch die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG) anwendbar (Art. 39 KG). 9.3.3.4 Im Zeitpunkt der Eröffnung einer Untersuchung geht es um die Abklärung bestehender Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung (Art. 27 KG). Eine strafrechtsähnliche Sanktion im Sinne von Art. 6 EMRK steht zu diesem Zeitpunkt noch nicht im Raum. Dass bereits im Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung eine individualisierende Bezeichnung aller Adressaten, die möglicherweise in die Untersuchung einbezogen werden, zu erfolgen hätte, entspricht nicht der legislatorischen Absicht von Art. 27 KG oder Art. 28 KG. Dies lässt sich weder aus dem Anklagegrundsatz noch aus einem Teilgehalt des Gehörsanspruchs ableiten. Vielmehr liegt es in der Natur der Sache, dass ein Untersuchungsverfahren auf weitere Untersuchungsadressaten ausgedehnt werden kann (vgl. Urteil des BVGer B-5119/2019 vom 9. August 2021 E. 6.3, E. 7.3). 9.3.3.5 Abgesehen davon kann der Anklagegrundsatz in Analogie zum Strafrecht gemäss dem vorstehend Gesagten (E. 9.3.3.2 f.) ohnehin erst mit der Sanktionsverfügung greifen, welche mit dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesgericht vor zwei Gerichtsinstanzen angefochten werden kann (vgl. Urteil des BVGer B-5119/2019 vom 9. August 2021 E. 6.3). Dass die Vorwürfe der angefochtenen Verfügung sich sachlich-thematisch mit der Untersuchung nicht decken würden, macht die Beschwerdeführerin zu Recht nicht geltend. Ebenso wenig bringt sie vor, dass sie nicht gewusst habe, was ihr mit der angefochtenen Verfügung zur Last gelegt wird.

B-5172/2019 Seite 147 9.3.3.6 Schliesslich betont die Vorinstanz zu Recht, dass die Beschwerdeführerin bereits während der Untersuchung umfassend mit den gegen sie erhobenen Vorwürfen konfrontiert worden ist und auch hinlänglich Gelegenheit hatte, ihre Verteidigungsrechte gegenüber dem Sekretariat wie gegenüber der Vorinstanz auszuüben (vgl. Verfügung, Rz. 248; Vernehmlassung, Rz. 89 Lemma 3). Der Beschwerdeführerin kann daher auch nicht gefolgt werden, falls sie im vorliegenden Zusammenhang sinngemäss zusätzlich eine Verletzung des Gehörsanspruchs oder anderer Verfahrensgarantien rügt. 9.3.4 Zusammenfassend steht die Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG einer Sanktionierung der Wettbewerbsabreden in den Fällen Nr. 3, Nr. 4 und Nr. 5 nicht entgegen. Die Bestimmung ist mit der Vorinstanz tatbezogen auszulegen. Auch liegt keine

Verletzung des Akkusationsprinzips vor, indem die Vorinstanz auf den 22. April 2013 als massgebliches Stichdatum abgestellt hat. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin erweisen sich als unbegründet.

B-5172/2019 Seite 148 9.4 Rechtmässigkeit der Sanktionierung der Wettbewerbsabreden ohne Umsatz 9.4.1 9.4.1.1 Die Parteien vertreten weiter unterschiedliche Standpunkte, was die Sanktionierung der unzulässigen Wettbewerbsabreden in den Fällen Nr. 3, Nr. 6, Nr. 7, Nr. 8 und Nr. 10 betrifft. In diesen fünf Fällen ging der Zuschlag für die Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten gemäss dem bereits Ausgeführten nicht an die Beschwerdeführerin, sondern an ein nicht abredebeteiligtes Drittunternehmen (E. 6.5.3.4, E. 7.4.1.1 Bst. b ff.; vgl. zudem das Prüfergebnis zur Unzulässigkeit in E. 7.6). 9.4.1.2 Als unberücksichtigt gebliebene Offerentin generierte die Beschwerdeführerin mit ihrer Beteiligung an den entsprechenden Wettbewerbsabreden unstrittig keine eigenen Umsätze auf den relevanten Märkten (Bauleistungen im Zusammenhang mit dem jeweiligen Bauprojekt im Engadin sowie allenfalls angrenzenden Gebieten [vgl. B.p]). 9.4.1.3 Die Beschwerdeführerin erhebt diesbezüglich die folgenden Rügen: – Die umsatzlosen Abredebeiträge der Beschwerdeführerin in den Fällen Nr. 3, Nr. 6, Nr. 7, Nr. 8 und Nr. 10 seien entgegen der Vorinstanz nicht sanktionierbar (vgl. E. 9.4.2). – Die von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung angewandte Methode zur Bemessung der Sanktion für die umsatzlosen Verstösse sei unrechtmässig. Diese Bemessungsmethode widerspreche der bisherigen Rechtsprechung, führe im Vergleich dazu zu einer höheren Sanktion und verletze somit den Grundsatz der Gleichbehandlung (vgl. E. 9.4.3). – In jedem Fall habe die Vorinstanz die Basisbetragsätze für die umsatzlosen Kartellrechtsverstösse mit 5% zu hoch bemessen. Die Einstufung als mittelschwere Verstösse sei unzutreffend (vgl. E. 9.5 [Prüfung zusammen mit der Rechtmässigkeit des Basisbetragsatzes von 8% für die umsatzgenerierenden Wettbewerbsabreden der Beschwerdeführerin in den Fällen Nr. 4 und Nr. 5]).

B-5172/2019 Seite 149 9.4.2 Zunächst stellt sich die Beschwerdeführerin wie erwähnt auf den Standpunkt, ihre umsatzlosen Abredebeiträge in den Fällen Nr. 3, Nr. 6, Nr. 7, Nr. 8 und Nr. 10 seien nicht sanktionierbar. 9.4.2.1 Die Beschwerdeführerin begründet diesen Standpunkt wie folgt: Aus Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 3 der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG, SR 251.5) ergebe sich, dass eine Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG zwingend auf der Grundlage des Umsatzes zu berechnen sei, welchen das an einer Abrede beteiligte Unternehmen auf dem relevanten Markt erzielt habe. Der Umsatz auf dem relevanten Markt stelle nach dem klaren Wortlaut der beiden Normen den einzigen Anknüpfungspunkt für die Sanktionsberechnung dar. Es sei nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen, einen hypothetischen Umsatz für die Berechnung des Basisbetrages heranzuziehen. Habe das zu sanktionierende Unternehmen auf dem relevanten Markt keinen Umsatz generiert, fehle die Basis für eine Sanktionsberechnung und es sei von einer Sanktion abzusehen. Es könne nicht angehen, dass die Beschwerdeführerin aufgrund der Berechnung eines hypothetischen Umsatzes, welchen sie selbst nicht erzielt habe, sanktioniert werde. Die Vorinstanz habe mit ihrem Abstellen auf die jeweilige Offertsumme der Beschwerdeführerin (vgl. sogleich E. 9.4.2.3) das strafrechtliche Legalitätsprinzip sowie Art. 49a Abs. 1 KG und die SVKG verletzt. Soweit sich die Vorinstanz auf die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. Juni 2018 in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau stütze (vgl. sogleich E. 9.4.2.2), verkenne sie, dass diese Urteile auf zwei wesentlich unterschiedlichen Prämissen

beruhen: Erstens habe das Bundesverwaltungsgericht in jenen Urteilen zwar kein Rotationskartell bejaht, aber darauf hingewiesen, dass die Vielzahl der dort beurteilten Einzelverstösse nur unter dem Dach einer umfassenden Rahmenvereinbarung überhaupt denkbar gewesen sei. Die vorliegend beurteilte Situation sei damit nicht vergleichbar. Zweitens stimme die Sanktionsbemessung der Vorinstanz in der Untersuchung aus dem Kanton Aargau nicht mit jener in der vorliegenden Untersuchung überein. Während die Vorinstanz die Sanktion in der Aargauer Untersuchung noch aufgrund eines "Zuschlagsmodells" berechnet habe, rechne die Vorinstanz vorliegend für jedes Bauprojekt einen fiktiven eigenen Basisbetrag auf (Beschwerde, Rz. 14, 277 ff.; Replik, Rz. 94 ff.).

B-5172/2019 Seite 150 9.4.2.2 Demgegenüber geht die Vorinstanz davon aus, dass eine Nicht-Sanktionierung der unzulässigen Abredebeteiligungen der Beschwerdeführerin in den Fällen Nr. 3, Nr. 6, Nr. 7, Nr. 8 und Nr. 10 im Kartellgesetz nicht vorgesehen sei. Gemäss der Regelung auf Gesetzesstufe sei ein Sanktionsverzicht nur aus den in Art. 49a Abs. 3 KG abschliessend aufgeführten Gründen möglich. Das Bundesverwaltungsgericht habe die Rechtsfrage, ob ein Unternehmen für eine unzulässige Submissionsabsprache, mit welcher es keinen Umsatz erzielte, zu sanktionieren sei, in den Urteilen in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau geklärt. Dabei habe das Bundesverwaltungsgericht klargestellt, dass auch solche Verstösse zu sanktionieren seien. Vorliegend sei je ein Basisbetrag zu bestimmen, der einerseits den von der jeweiligen Wettbewerbsabrede "betroffenen Umsatz" einbeziehe und andererseits die Schwere und die Art des fraglichen Verstosses berücksichtige (vgl. stellvertretend Verfügung, Rz. 266 f. [Fall Nr. 3]; Vernehmlassung, Rz. 91 f.; Duplik, Rz. 52). 9.4.2.3 Zur Bestimmung dieser Basisbeträge zog die Vorinstanz je den Umsatz heran, welchen die Beschwerdeführerin beim entsprechenden Bauprojekt als das erfolglos geschützte Unternehmen abredgemäß hätte erzielen sollen. Dieser Umsatz reflektiere letztlich die wirtschaftliche Bedeutung der fraglichen Submission und damit des entsprechenden Marktes und gebe dadurch Aufschluss über die Tragweite und das Schädigungspotential des Kartellrechtsverstosses. Konkret stellte die Vorinstanz auf die jeweilige Offertsumme der Beschwerdeführerin (ohne Mehrwertsteuer) ab (Verfügung, Rz. 266 f. [Fall Nr. 3], Rz. 317 [Fall Nr. 6], Rz. 333 [Fall Nr. 7], Rz. 349 [Fall Nr. 8], Rz. 384 [Fall Nr. 10]). Die Schwere der fünf umsatzlosen Kartellrechtsverstösse der Beschwerdeführerin qualifizierte die Vorinstanz je als "mittelschwer". Gestützt darauf legte die Vorinstanz den Basisbetragsatz zur Berechnung der Sanktion der Beschwerdeführerin auf 5% der jeweiligen Offertsumme der Beschwerdeführerin fest (Verfügung, Rz. 270 f. [Fall Nr. 3], Rz. 320 f. [Fall Nr. 6], Rz. 336 f. [Fall Nr. 7], Rz. 352 f. [Fall Nr. 8], Rz. 387 f. [Fall Nr. 10]).

B-5172/2019 Seite 151 9.4.2.4 Konkret präsentiert sich die Sanktionsberechnung der Vorinstanz hinsichtlich der fünf umsatzlosen Abredebeteiligungen der Beschwerdeführerin wie folgt (Verfügung, Rz. 280 [Fall Nr. 3], Rz. 330 [Fall Nr. 6], Rz. 346 [Fall Nr. 7], Rz. 366 [Fall Nr. 8], Rz. 397 [Fall Nr. 10], Rz. 398): Fall Offertsumme Basisbetragsatz Basisbetrag Sanktion Nr. 3 (...) 5% (...) (...) Nr. 6 (...) 5% (...) (...) Nr. 7 (...) 5% (...) (...) Nr. 8 (...) 5% (...) (...) Nr. 10 (...) 5% (...) (...)

9.4.2.5 Die Vorinstanz bestätigt die Sanktionierbarkeit dieser fünf umsatzlosen Abredebeteiligungen der Beschwerdeführerin zu Recht unter Berufung auf die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau. Denn wie die Vorinstanz zutreffend festhält, hat das Bundesverwaltungsgericht die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Rechtsfrage, ob ein Unternehmen auch in jenen

Fällen gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG sanktioniert werden muss, in welchen es mit der Beteiligung an einer nach Art. 5 Abs. 3 KG unzulässigen Submissionsabsprache keinen Umsatz erzielt hat, bereits in diesen Urteilen bejaht (vgl. Urteile des BVGer vom 25. Juni 2018 B-771/2012, B-807/2012, B-829/2012 und B-880/2012). 9.4.2.6 Dabei betonte das Bundesverwaltungsgericht, dass die Auferlegung einer Sanktion in der Höhe von bis zu 10 Prozent des vom Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes die (zwingende) Rechtsfolge darstelle, sofern eine von Art. 49a Abs. 1 KG erfasste Wettbewerbsbeschränkung nachgewiesen ist. Das Gesetz räume diesbezüglich kein Entschliessungsermessen ein. Insofern habe die Vorinstanz damals zu Recht alle nach Art. 5 Abs. 3 KG unzulässigen Abredebeiträgen der dortigen Beschwerdeführer sanktioniert; dies ohne zwischen den einzelnen Fallkonstellationen zu unterscheiden (im Wesentlichen: erfolgreiche und erfolglose Schutznahmen sowie erfolgreiche und erfolglose Stützofferten). In einer Nicht-Sanktionierung von Verstössen einer dieser Fallkonstellationen – die auch umsatzlose Verstösse wie die vorliegenden beinhalteten – erblickte das Bundesverwaltungsgericht unmissverständlich eine Verletzung von Art. 49a Abs. 1 KG (vgl. z.B. Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.4.1, Umbricht, bestätigt mit Urteil des BGer 2C\_845/2018 vom 3. August 2020).

B-5172/2019 Seite 152 9.4.2.7 Zusätzlich hat das Bundesverwaltungsgericht in den damaligen Urteilen in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau auch aufgezeigt, dass der SVKG keine Art. 49a Abs. 1 KG konkretisierende Regel dafür entnommen werden kann, wie die rechtmässige Bemessung der Sanktion für die Beteiligung an unzulässigen umsatzlosen Submissionsabsprachen innerhalb des abstrakten Sanktionsrahmens von Art. 49a Abs. 1 KG konkret erfolgen muss. Dieses Fehlen einer ausdrücklichen Bemessungsregel auf Verordnungsstufe dürfe aber nicht zur Fehleinschätzung verleiten, dass von einer Sanktionierung von umsatzlosen Wettbewerbsabreden mangels genügender rechtlicher Grundlage abgesehen werden müsste. Die Abredebeiträgen hätten sich auch bei diesen Fallkonstellationen an einer Submissionsabsprache in der Form einer unzulässigen Preisabrede und Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG beteiligt. Art. 49a Abs. 1 KG bilde auch für die Sanktionierung dieser umsatzlosen Kartellrechtsverstösse die hinreichende formell-gesetzliche Rechtsgrundlage. Mit Art. 49a Abs. 2 und 3 KG habe der Gesetzgeber die grundlegenden Voraussetzungen für einen ganzen oder teilweisen Verzicht auf die Belastung mit einer Sanktion abschliessend auf Gesetzesstufe geregelt. Ein Spielraum für eine davon abweichende Regelung auf Verordnungsstufe bestehe nicht (vgl. zum Ganzen z.B. Urteil des BVGer B-829/2012 E. 10.5.5.5, E. 10.5.8.1 ff., Granello). 9.4.2.8 Mit Bezug auf diesen fehlenden Spielraum auf Verordnungsstufe erinnerte das Bundesverwaltungsgericht in den Urteilen in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau weiter daran, dass sich die SVKG denn auch ausdrücklich darauf beschränke, Folgendes zu regeln: – die Voraussetzungen und das Verfahren beim gänzlichen oder teilweisen Verzicht auf eine Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 2 KG (vgl. Art. 1 Bst. b SVKG), – die Voraussetzungen und das Verfahren der Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG (vgl. Art. 1 Bst. c SVKG), – die Bemessungskriterien bei der Verhängung von Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Nicht zum Regelungsgegenstand der SVKG zähle hingegen, umsatzlose Fallkonstellationen, welche die Voraussetzungen für die direkte Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG erfüllten, von der gesetzlichen Sanktionierungspflicht auszunehmen (vorbehältlich einer Sanktionsbefreiung gestützt auf die Bonusregelung von

Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b und Art. 8 ff. SVKG).

B-5172/2019 Seite 153 Dies ergebe sich bereits aus der Umschreibung des Regelungsgegenstandes der Verordnung in Art. 1 Bst. a SVKG, wo von der blossen Regelung der "Bemessungskriterien" die Rede sei. Aber auch der systematische Aufbau der Verordnung ("2. Abschnitt: Sanktionsbemessung") bestätige, dass sich der Bundesrat beim Erlass der Verordnung auf die Konkretisierung der Bemessungskriterien bei der Verhängung von Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG beschränkt habe (vgl. z.B. Urteil des BVGer B-829/2012 E. 10.5.8.4, Granella). 9.4.2.9 Es besteht kein Anlass, diese Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts in den Urteilen vom 25. Juni 2018 in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau in Frage zu stellen. Die angeblichen "zwei wesentlich unterschiedlichen Prämissen" dieser Urteile, auf welche sich die Beschwerdeführerin beruft (E. 9.4.2.1), sind für die Beantwortung der hier geprüften Frage der Sanktionierbarkeit der umsatzlosen Abredebeteiligten der Beschwerdeführerin nicht relevant. Im Übrigen knüpft der Wortlaut von Art. 49a Abs. 1 KG entgegen der Beschwerdeführerin gerade nicht am Umsatz des fehlbaren Unternehmens auf dem von der unzulässigen Verhaltensweise betroffenen relevanten Markt an. Der Gesetzgeber gibt mit Art. 49a Abs. 1 KG im Gegenteil lediglich vor, dass die Belastung in jedem Fall auf 10% des Gesamtumsatzes zu begrenzen ist, welchen das Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielt hat (vgl. in diesem Sinne etwa auch: Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 Rz. 1633, DCC; KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49a Abs. 1-2 N. 2 und 60; LAUTERBURG, in: SIWR V/2, a.a.O., S. 708 f. N. 25 f., 48). Unterhalb dieser Maximalsanktion schreibt der Gesetzgeber die Sanktionierung auch dann zwingend vor, wenn ein Unternehmen mit einer ihm nachgewiesenen unzulässigen und sanktionsbedrohten Verhaltensweise (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, Art. 7 KG) keine Umsätze erzielt (vgl. damit übereinstimmend auch das Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 15.1.7 ff., insbes. E. 15.1.11, Engadin IV). Davon abzugrenzen sind die Fragen, ob auch die konkrete Bemessung der Sanktion rechtmässig erfolgte (vgl. nachfolgend E. 9.4.3, E. 9.5) und ob die letztlich resultierende Gesamtsanktion für die Beschwerdeführerin tragbar ist (vgl. nachfolgend E. 9.7 f.).

B-5172/2019 Seite 154 9.4.2.10 Zusammenfassend hat die Vorinstanz die Sanktionierbarkeit der umsatzlosen Abredebeteiligungen der Beschwerdeführerin in den Fällen Nr. 3, Nr. 6, Nr. 7, Nr. 8 und Nr. 10 zu Recht bejaht. Die Vorinstanz hat damit weder das strafrechtliche Legalitätsprinzip noch Art. 49a Abs. 1 KG oder die SVKG verletzt. Die Rüge der Beschwerdeführerin ist unbegründet. 9.4.3 Weiter rügt die Beschwerdeführerin, die von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung angewandte Bemessungsmethode – welche die Sanktion für die fünf umsatzlosen Abredebeteiligungen der Beschwerdeführerin bei 5% der jeweiligen Offertsumme der Beschwerdeführerin festlegt (vgl. E. 9.4.2.3 f.) – sei unrechtmässig. Diese Bemessungsweise widerspreche der bisherigen Rechtsprechung betreffend die Sanktionierung umsatzloser Einzelsubmissionsabsprachen in den Kantonen Aargau und Zürich und führe zu einem höheren Sanktionsbetrag, als er sich danach ergeben würde. Die Vorinstanz verletze dadurch den Grundsatz der Gleichbehandlung. 9.4.3.1 Die Beschwerdeführerin führt dazu im Wesentlichen Folgendes aus: Der Vorinstanz sei es sehr wohl bewusst, dass die Berechnung auf der Grundlage eines hypothetischen Umsatzes auf keiner rechtlichen Grundlage beruhe und dass ein umsatzloser Verstoss deutlich milder zu sanktionieren sei. So habe die Vorinstanz im Aargauer Verfahren selbst ausgeführt, dass es zu

unbefriedigenden Ergebnissen führe, wenn der Basisbetrag für diejenigen Unternehmen, welche mit einem Bauprojekt keine Umsätze gemacht hätten, auf der Grundlage eines hypothetischen Umsatzes berechnet würde. Auch im Zürcher Verfahren habe die Vorinstanz für die umsatzlosen Abredebeteiligungen erneut einen Pauschalbetrag festgelegt, der deutlich tiefer gewesen sei als die Berechnung des Basisbetrags gestützt auf einen hypothetischen Umsatz. Als Beurteilungskriterien für die Berechnung des Pauschalbetrages habe die Vorinstanz jeweils die Anzahl der Beteiligungen, die Höhe der Offertsummen und die Grösse des Unternehmens berücksichtigt. Das grösste der beteiligten Bauunternehmen sei dabei lediglich mit einem Pauschalbetrag von Fr. 50'000.-, die kleineren Bauunternehmen seien mit einem Pauschalbetrag von lediglich Fr. 5'000.- sanktioniert worden.

B-5172/2019 Seite 155 Eigene Teilsanktionen für umsatzlose Abredebeteiligungen dürften gemäss der Rechtsprechung der Vorinstanz im Aargauer und Zürcher Verfahren keine auferlegt werden. Solche Abredebeteiligungen seien, wenn überhaupt, lediglich als erschwerender Umstand im Sinne von Art. 5 SVKG zu behandeln. Beim Vergleich des vorliegenden Sachverhaltes mit jenem in den Aargauer Verfahren werde offensichtlich, dass die vorliegende Streitsache bei weitem nicht dasselbe Ausmass an wettbewerbsschädlichen Auswirkungen annehme. Es könne nicht angehen, dass die Beschwerdeführerin härter sanktioniert werde als die Verfügungsadressaten in den Urteilen der Aargauer Verfahren, obwohl die dort beurteilten Verhaltensweisen weit schwerwiegendere Auswirkungen auf den Wettbewerb gehabt hätten als die Verhaltensweise der Beschwerdeführerin in der vorliegenden Streitsache. 9.4.3.2 Ausgehend davon beantragt die Beschwerdeführerin subeventualiter eine Reduktion der Sanktionshöhe nach Massgabe der bisherigen Rechtsprechung der Vorinstanz betreffend Einzelsubmissionsabsprachen in den Kantonen Aargau und Zürich. Dabei gelte es zu berücksichtigen, dass sich die Beschwerdeführerin höchstens an sechs umsatzlosen Submissionsabsprachen beteiligt habe, womit von einer kleinen Anzahl Beteiligungen auszugehen sei. Weiter liege die Höhe der Offertsummen bei den betreffenden Objekten im Vergleich zu den Offertsummen im Aargauer und Zürcher Verfahren in einem tiefen Bereich. Schliesslich handle es sich bei der Beschwerdeführerin um ein eher kleines Bauunternehmen. Subeventualiter gerechtfertigt sei für alle umsatzlosen Verstösse der Beschwerdeführerin zusammen ein symbolischer Pauschalbetrag von maximal Fr. 5'000.- (vgl. Rechtsbegehren-Ziffer 3 [C.a, C.b], sowie zum Ganzen: Beschwerde, Rz. 292, 320 ff., 332, 341, 344, 347, 351, 354 f.; Replik, Rz. 95, 98, 111; RPW 2012/2, S. 270 ff., Rz 1093, 1094, 1095 und RPW 2013/4, S. 524 ff., Rz 944).

B-5172/2019 Seite 156 9.4.3.3 Die Vorinstanz ist nicht bereit, die Sanktion für die fünf umsatzlosen Abredebeteiligungen der Beschwerdeführerin im Sinne des Subeventualantrags der Beschwerdeführerin zu reduzieren, sondern hält an ihrer Bemessungsmethode fest. Diese (in E. 9.4.2.3 f. beschriebene) Sanktionsbemessung stehe im Einklang mit den vom Gesetz- und Ordnungsgeber in Art. 49a KG und Art. 3 SVKG getroffenen Wertungen. Der Einwand der Beschwerdeführerin, die vorliegende Sanktionsbemessung verstosse gegen die wettbewerbsbehördliche Praxis und den Grundsatz der Gleichbehandlung, beruhe auf der falschen Annahme, dass sich eine wettbewerbsbehördliche Praxis zur Sanktionierung von Einzelsubmissionsabsprachen gebildet habe, auf welche sich die Beschwerdeführerin berufen könne. Pauschalsanktionen habe die Vorinstanz einzig in der Entscheidung vom

## E. 16

Dezember 2011 betreffend Einzelsubmissionsabsprachen im Kanton Aargau gebildet. Schon in der Entscheidung vom 22. April 2013 betreffend Einzelsubmissionsabsprachen im Kanton Zürich habe die Vorinstanz festgehalten, dass in Bezug auf die Sanktionierung für die Abgabe von Stützofferten keine gefestigte Praxis bestehe und es für künftige Entscheide grundsätzlich geboten sei, für umsatzlose Einzelsubmissionsabsprachen nicht bloss Pauschalsanktionen aufzuerlegen, sondern die Sanktion anhand eines Basisbetrags festzulegen, welcher sich am Volumen des relevanten Markts orientiere (m.H. auf RPW 2013/4, S. 524, Rz. 949-951). Eine wettbewerbsbehördliche Praxis zur Sanktionierung von umsatzlosen Einzelsubmissionsabsprachen mittels Pauschalsanktionen habe vor dem Erlass der angefochtenen Verfügung somit gar nicht bestanden. Damit habe auch kein Vertrauen auf eine bestimmte Behördenpraxis entstehen können. Aber selbst, wenn man annähme, dass die Entscheidung vom 16. Dezember 2011 Vertrauen habe entstehen lassen, habe dieses Vertrauen nur bis zur Publikation des Entscheids vom 22. April 2013 Bestand haben können. Zudem schütze das Vertrauensprinzip einzig denjenigen, der im Vertrauen auf eine bestimmte Behördenpraxis Handlungen vornehme oder unterlasse. Die vorliegend sanktionierten Sachverhalte hätten sich aber zugetragen, als der Entscheid der Vorinstanz vom 16. Dezember 2011 betreffend Einzelsubmissionsabsprachen im Kanton Aargau noch gar nicht ergangen und publiziert gewesen sei. Daher sei es ausgeschlossen, dass die Beschwerdeführerin im Vertrauen, höchstens mittels Pauschalsanktionen für ihre umsatzlosen Verstösse gebüsst zu werden, kartellrechtswidrig gehandelt habe.

B-5172/2019 Seite 157 Unabhängig davon stünden das Gleichheitsprinzip und der Grundsatz der Rechtssicherheit einer Praxisänderung nicht entgegen, sofern diese auf sachlichen Gründen beruhe. Die Auffassung der Beschwerdeführerin, wonach umsatzlose Abredebeiträge nicht mit einer eigenen Teilsanktion belegt werden dürften, sondern höchstens als erschwerender Umstand im Sinne von Art. 5 SVKG zu behandeln seien, hätte laut der Vorinstanz zur Konsequenz, dass ein Unternehmen, welches sich "nur" an erfolglosen Abreden beteiligt habe, nicht sanktioniert werden könnte. Denn diesfalls würde es gar keinen Verstoß geben, dessen Sanktion nach Art. 5 SVKG erhöht werden könnte. Aus der Auffassung der Beschwerdeführerin würden daher unhaltbare und nicht mit dem Gesetz vereinbare Ergebnisse resultieren, nämlich die Straffreiheit von Verstößen, für welche der Gesetzgeber eine Sanktionierung vorsehe. Bei der vorliegend angewandten Bemessungsmethode handle es sich um eine mittlerweile gefestigte Praxis, welche die Vorinstanz bereits mit der Publikation der Entscheidung vom 22. April 2013 betreffend Einzelsubmissionsabsprachen im Kanton Zürich angekündigt habe. Die Beträge, welche die Vorinstanz zur Sanktionierung der umsatzlosen Tatbeiträge herangezogen habe, reflektierten die wirtschaftliche Bedeutung der fraglichen Submission und damit des entsprechenden Marktes. Die Beträge gäben dadurch Aufschluss über die Tragweite und das Schädigungspotential des Kartellrechtsverstosses (vgl. zum Ganzen: Vernehmlassung, Rz. 93, 108 f., 111 Lemma 3, 117 Lemma 3, 119 Lemma 3, 121 Lemma 2, 125 Lemma 3; Duplik, Rz. 53; RPW 2013/4, S. 524, Rz. 949-951). 9.4.3.4 Die Parteien gehen zunächst zu Recht übereinstimmend davon aus, dass sich die Bemessungsweise der angefochtenen Verfügung zur Festlegung der Sanktion für die fünf umsatzlosen Abredebeiträge der Beschwerdeführerin von der Bemessungsweise unterscheidet, welche die Vorinstanz in den Verfügungen vom 16. Dezember 2011 und 22. April 2013 zur Festlegung der Sanktionen für umsatzlose Beteiligungen an Einzelsubmissionsabsprachen angewendet hat: Während die Vorinstanz die Höhe der Sanktion für die fünf umsatzlosen

Abredebeteiligungen der Beschwerdeführerin vorliegend – wie erwähnt (E. 9.4.2.3 f.) – anhand der Umsätze bestimmte, welche die Beschwerdeführerin als das erfolglos geschützte Unternehmen abredegemäss hätte erzielen sollen, richtete die Vorinstanz die Sanktionshöhe für umsatzlose Abredebeteiligungen in den beiden erwähnten Untersuchungen noch an der Häufigkeit der nicht umsatzgenerierenden Verstösse aus.

B-5172/2019 Seite 158 Dabei stützte sich die Vorinstanz auf die Regelung erschwerender Umstände in Art. 5 SVKG und erhöhte den zuvor für die umsatzgenerierenden Verstösse berechneten Basisbetrag um prozentuale Zuschläge; dies in Abhängigkeit der Anzahl der im Basisbetrag nicht berücksichtigten umsatzlosen Abredebeteiligungen. Die Zuschläge für umsatzlose Abredebeteiligungen legte die Vorinstanz in den Verfügungen vom 16. Dezember 2011 und 22. April 2013 fest auf (1) 50% des Basisbetrags bei 3-10 zusätzlichen Fällen, (2) 100% des Basisbetrags bei 11-20 zusätzlichen Fällen sowie (3) 200% des Basisbetrags bei mehr als 20 zusätzlichen Fällen (vgl. RPW 2012/2, S. 270, Rz. 1108 ff., insbes. Rz. 1126 ff. [Verfügung der Vorinstanz vom 16. Dezember 2011 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau]; RPW 2013/4, S. 524, Rz. 975 ff., insbes. Rz. 980 f. [Verfügung der Vorinstanz vom 22. April 2013 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich]). 9.4.3.5 Das Bundesverwaltungsgericht hat die Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Zuschlagsmodells (E. 9.4.3.4) in den Urteilen in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau überprüft. Im Ergebnis schloss das Bundesverwaltungsgericht darauf, dass sich dieses Zuschlagsmodell innerhalb der verfassungsrechtlichen und kartellgesetzlichen Schranken bewegt. Von einer willkürlichen Festlegung der Zuschläge könne nicht gesprochen werden. Für die Bejahung von Willkür im Sinne von Art. 9 BV genüge es nicht, dass eine andere Lösung oder Bemessungsmethode ebenfalls als vertretbar erscheine oder möglicherweise gar vorzuziehen wäre. Ob auch die vorliegend zur Anwendung gebrachte (damals bereits angekündigte [E. 9.4.3.13]) alternative Bemessungsweise rechtmässig ist, liess das Bundesverwaltungsgericht offen. Dies werde im konkreten Anwendungsfall zu beurteilen sein (vgl. z.B. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.8.13 ff., Erne). 9.4.3.6 Die Beschwerdeführerin geht zwar grundsätzlich durchaus zutreffend davon aus, dass die Bemessungsweise der Vorinstanz in den Verfügungen vom 16. Dezember 2011 und 22. April 2013 verglichen mit der Bemessungsmethode der angefochtenen Verfügung tendenziell zu milderer Gesamtsanktionen führen kann (vgl. in diesem Sinne auch [z.B.] Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.8.13, Erne). Ein tatsächliches Abschätzen der Auswirkungen der beiden Bemessungsmethoden auf die Höhe der Endsanktion erfordert aber eine konkrete Einzelfallbetrachtung.

B-5172/2019 Seite 159 9.4.3.7 In der nachfolgenden Gegenüberstellung wird daher im Sinne einer Vergleichssimulation aufgezeigt, wie hoch die Gesamtsanktion der Beschwerdeführerin in Anwendung der beiden Bemessungsweisen je ausfallen würde. Die Gegenüberstellung basiert auf den Ergebnissen der bisherigen Erwägungen sowie auf den Offert- und Umsatzzahlen der jeweiligen Projekte entsprechend den Angaben in der angefochtenen Verfügung. Die Beschwerdeführerin zieht diese Zahlen zu Recht nicht in Zweifel (Verfügung, Rz. 280, 283, 287, 300, 304, 330, 346, 366, 397, 398; vgl. auch E. 9.4.2.4). Zudem erscheint es sachgerecht, dass der nachfolgenden Simulation die von der Vorinstanz verwendeten Basisbetragsätze von 5% und 8% zugrunde gelegt werden. Ob diese Basisbetragsätze rechtmässig sind, wird sich später zeigen (vgl. E. 9.5, E. 9.5.7). a) Sanktionsbemessung in Anwendung des Zuschlagsmodells aus den

Aargauer und Zürcher Verfahren (vgl. E. 9.4.3.4) Beschreibung Fall Umsatz Basis- betrag (8%) An- zahl % Sanktion Abrede- beteiligungen mit Umsatz 4 (...) (...)

(...) 5 (...) (...)

(...) Zwischen- summe

(...) (...)

(...) Zuschlag für umsatzlose Abrede- beteiligungen 3,6, 7,8, 10

5 50 (...) Gesamtsanktion (...)

B-5172/2019 Seite 160 b) Sanktionsbemessung wie angefochtene Verfügung (vgl. E. 9.4.2.3 f, nachfolgend E. 9.5 sowie B.p) Beschreibung Fall Offert- summe Umsatz Basis- betrag (\*5%, \*\*8%) Sanktion Abrede- beteiligungen ohne Umsatz 3 (...) - \*(...) (...) 6 (...) - \*(...) (...) 7 (...) - \*(...) (...) 8 (...) - \*(...) (...) 10 (...) - \*(...) (...) Abrede- beteiligungen mit Umsatz 4

(...) \*\*(...) (...) 5

(...) \*\*(...) (...) Gesamtsanktion (...)

9.4.3.8 Die obige Gegenüberstellung zeigt, dass die Gesamtsanktion in Anwendung des Zuschlagsmodells aus den Aargauer und Zürcher Verfah- ren deutlich höher ausfällt, als es die Ausführungen der Beschwerdeführe- rin suggerieren. Mit Fr. (...) würde die Gesamtsanktion der Beschwerde- führerin in Anwendung des Zuschlagsmodells (nur) knapp [1–10] % tiefer ausfallen als die Gesamtsanktion von Fr. (...) in Anwendung der Vorge- hensweise der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung. Während sich die Sanktion für die fünf umsatzlosen Verstösse der Beschwerdeführerin nach dem Zuschlagsmodell auf total Fr. (...) beliefe, ergibt sich dafür in An- wendung der Bemessungsmethode der angefochtenen Verfügung ein Be- trag von total Fr. (...).

B-5172/2019 Seite 161 9.4.3.9 Unter diesen Umständen ist die Behauptung der Beschwerdefüh- rerin, dass sich bei einer Bemessung der Sanktion nach dem vorinstanzli- chen Zuschlagsmodell für alle umsatzlosen Verstösse zusammen lediglich ein symbolischer Pauschalbetrag von maximal Fr. 5'000.- rechtfertigen würde, nicht haltbar. Der Zuschlag von 50% für die fünf erwiesenen um- satzlosen Abredeteiligungen der Beschwerdeführerin auf dem Basisbe- trag ihrer beiden umsatzgenerierenden Abredeteiligungen würde in je- dem Fall massiv höher ausfallen. 9.4.3.10 Grund dafür ist die Konzeption des Zuschlagsmodells. Denn diese Konzeption erklärt den Gesamtumsatz der Beschwerdeführerin aus den umsatzgenerierenden Abredeteiligungen (Fälle Nr. 4 und Nr. 5) zur Ba- sis, um den absoluten Wert des fünfzigprozentigen Zuschlags für die um- satzlosen Verstösse zu bestimmen. Je nach der Höhe dieser Basis führt dies systembedingt zu vollkommen unterschiedlichen Resultaten, ohne dass ein Zusammenhang zu den abgesprochenen umsatzlosen Projekten besteht. Die Vorinstanz bemängelt zu Recht (E. 9.4.3.3), dass ihre dama- lige Konzeption des Zuschlagsmodells selbst zu einer gesetzeswidrigen Sanktionsbefreiung führen könnte, falls in einem Anwendungsfall nur um- satzlose Abredeteiligungen vorliegen sollten. Vorliegend liegen mit den Fällen Nr. 4 und Nr. 5 jedoch zwei umsatzgene- rierende Abredeteiligungen vor. Der damit von der Beschwerdeführerin erzielte Umsatz war zudem hoch, nämlich über (...) Millionen Franken, was bei einem Basisbetragsatz von 8% für die beiden Wettbewerbsabreden mit Umsatz zu einem Zuschlag von Fr. (...) für die fünf umsatzlosen Ab- redeteiligungen

führen würde (vgl. Tabelle unter E. 9.4.3.7 Bst. a). Die von der Beschwerdeführerin erwähnte, angeblich "eher kleine" Unternehmensgrösse der Beschwerdeführerin und die Höhe der Offertsummen der umsatzlosen Objekte finden bei der Sanktionsbemessung nach dem Zuschlagsmodell der Vorinstanz keine Berücksichtigung. 9.4.3.11 Unzutreffend ist auch die Behauptung der Beschwerdeführerin, dass sich die Pauschalbeträge für die Sanktionierung der umsatzlosen Abredeteiligungen im Aargauer und Zürcher Verfahren lediglich zwischen Fr. 5'000.- bis maximal Fr. 50'000.- bewegt hätten (E. 9.4.3.1). So ergab die gerichtliche Überprüfung im Beschwerdeverfahren B-807/2012 beispielsweise einen rechtmässigen Zuschlag von 50% für sieben nachgewiesene umsatzlose Verstösse der (...) von (ebenfalls) deutlich über Fr. 100'000.- (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.11.1, Erne).

B-5172/2019 Seite 162 9.4.3.12 Für eine Gutheissung des Subeventualantrags der Beschwerdeführerin, gerechtfertigt für alle umsatzlosen Verstösse der Beschwerdeführerin zusammen sei ein symbolischer Pauschalbetrag von maximal Fr. 5'000.- (E. 9.4.3.2), besteht somit von vorneherein kein Raum. 9.4.3.13 Vor dem Hintergrund der dargelegten konzeptionellen Schwächen des Zuschlagsmodells (E. 9.4.3.10, vgl. auch E. 9.4.3.5) kündigte die Vorinstanz bereits in der Verfügung vom 22. April 2013 in der parallel zum Kanton Aargau geführten Untersuchung betreffend Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich an, nicht umsatzgenerierende Kartellrechtsverstösse bei Einzelsubmissionsabsprachen künftig nicht mehr in Anwendung des Zuschlagsmodells zu sanktionieren. Stattdessen stellte die Vorinstanz in Aussicht, auch für umsatzlose Verstösse je einen fiktiven eigenen Basisbetrag aufzurechnen und sich dabei am Volumen der entsprechenden Ausschreibungen zu orientieren, also an der jeweiligen Offertsumme des designierten Schutznehmers. Aus Gründen der Gleichbehandlung der Untersuchungsadressaten der beiden parallel geführten Untersuchungen verzichtete die Vorinstanz in der Zürcher Untersuchung jedoch noch auf eine Anwendung des angekündigten neuen Sanktionsmodells (vgl. RPW 2013/4 S. 524, Rz. 951, Lemmas 6 ff. [Verfügung der Vorinstanz vom 22. April 2013 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich]). 9.4.3.14 Dass die Vorinstanz die vorliegend angewandte Bemessungsmethode bereits mit der Publikation der Verfügung vom 22. April 2013 betreffend Einzelsubmissionsabsprachen im Kanton Zürich angekündigt hat, räumt auch die Beschwerdeführerin ein (Replik, Rz. 97). Sie sieht in der Anwendung des neuen Sanktionsmodells auf sie aber sinngemäss eine unzulässige Praxisänderung und leitet daraus unter Anrufung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ab, auch ihre Sanktion für die umsatzlosen Abredeteiligungen sei richtigerweise unverändert nach dem Zuschlagsmodell zu bemessen. Ob dies zutrifft, ist nachfolgend zu prüfen.

B-5172/2019 Seite 163 9.4.3.15 Die Rechtsprechung räumt einer eingelebten Praxis einer Verwaltungsbehörde ein grosses Gewicht zu und erachtet eine Praxisänderung nur dann als zulässig, wenn die zuständige Behörde aufgrund der Analyse der massgeblichen Sach- und Rechtslage zur Einsicht gelangt, dass eine Regelung bisher unrichtig angewandt wurde oder eine andere Rechtsanwendung oder Ermessensbetätigung dem Sinn des Gesetzes oder den veränderten Verhältnissen besser entsprechen würde (vgl. BGE 135 I 79 E. 3, BGE 132 III 770 E. 4; Urteil des BVGer A-2519/2012 vom 21. November 2013 E. 5.2.1 m.w.H.). Eine Praxisänderung muss sich demnach auf ernsthafte, sachliche Gründe stützen, die umso gewichtiger sein müssen, je länger die als nicht mehr richtig erkannte Praxis befolgt wurde (vgl. BGE 139 V 289 E. 6.2, Urteil des BVGer A-2519/2012 vom 21.

November 2013 E. 5.2.1 m.w.H.). Der Rechtsgleichheitsgrundsatz des Art. 8 Abs. 1 BV verbietet der rechts- anwendenden Behörde, zwei tatsächlich gleiche Situationen ohne sachli- chen Grund unterschiedlich und zwei tatsächlich verschiedene Situationen ohne sachlichen Grund gleich zu behandeln. Der Anspruch auf rechtsglei- che Behandlung wird insbesondere verletzt, wenn hinsichtlich einer ent- scheidwesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen getroffen wer- den, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn Unterscheidungen unterlassen werden, die auf- grund der Verhältnisse hätten getroffen werden müssen (vgl. statt Vieler: BGE 140 I 201 E. 6.5.1; BGE 135 V 361 E. 5.4.1; Urteil des BVGer B-8386/2015 vom 24. Juni 2021 E. 9.1; Urteil des BVGer B-5920/2014 vom 30. Oktober 2017 E. 4.3.2.1; Urteil des BVGer A-5836/2015 vom 26. Mai 2016 E. 8.1). Eine zulässige neue Praxis ist grundsätzlich sofort und in allen hängigen Verfahren anzuwenden. Dieser Regel kann im Einzelfall der Schutz von Treu und Glauben entgegenstehen. Diesfalls darf die neue Praxis insbe- sondere nicht ohne vorgängige Ankündigung Anwendung finden (vgl. BGE 132 II 153 E. 5.1 S. 159, m.H.). Voraussetzung ist dabei freilich unter an- derem, dass die Person, die sich auf den Vertrauensschutz beruft, die alte Praxis kannte und tatsächlich im Vertrauen darauf handelte (vgl. Urteil des BGer 2C\_421/2007 vom 21. Dezember 2007 E. 3.1).

B-5172/2019 Seite 164 9.4.3.16 Mit der Vorinstanz ist darauf zu schliessen, dass vorliegend im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung noch keine (eingelebte) Praxis zur Sanktionierung von umsatzlosen Einzelsubmissionsab- sprachen mittels Pauschalsanktionen bestanden hat. Denn gemäss dem oben Dargelegten (E. 9.4.3.4, E. 9.4.3.13 f.) ist die Anwendung des Zu- schlagsmodells einzig in der Aargauer Untersuchung vorbehaltlos erfolgt, worauf die Vorinstanz schon in der Zürcher Paralleluntersuchung auf Män- gel dieser Bemessungsweise hingewiesen und einen grundlegenden Sys- temwechsel angekündigt hat. Bei dieser Ausgangslage dürfen die Anforde- rungen an die Vornahme des strittigen Systemwechsels im Lichte der be- schriebenen Rechtsprechung nicht zu hoch angesetzt werden. 9.4.3.17 Der Wechsel vom Zuschlagsmodell zur vorliegend angewandten Bemessungsweise erscheint dem Bundesverwaltungsgericht zudem durchaus sinnvoll. Damit konnten die beschriebenen Nachteile der Vorge- hensweise in den Verfügungen vom 16. Dezember 2011 und 22. April 2013 (E. 9.4.3.10, 9.4.3.5) massgeblich vermindert und – im Fall der drohenden gesetzeswidrigen Sanktionslosigkeit – beseitigt werden. Der Systemwech- sel war somit aus sachlichen Gründen angezeigt und die neue Bemessungsweise entspricht dem Sinn des Kartellgesetzes insgesamt besser (vgl. dazu auch nachfolgend E. 9.4.3.23). Von einer unzulässigen Praxis- änderung kann entgegen der Beschwerdeführerin folglich nicht gespro- chen werden. 9.4.3.18 Seit der Ankündigung in der Verfügung vom 22. April 2013 wendet die Vorinstanz die neue Bemessungsweise konsequent und rechtsgleich auf alle neuen Verfahren an (vgl. dazu auch die Auflistung der Vorinstanz in Vernehmlassung, Rz. 93 [Fussnote Nr. 31]). Die Gleichbehandlung der verschiedenen Verfügungsadressaten in den neuen Verfahren gewährleis- tet die rechtsgleiche Umsetzung des zulässigen Systemwechsels, welcher angesichts der damit angestrebten verbesserten Rechtsanwendung im öf- fentlichen Interesse liegt. Diese Gleichbehandlung der Verfügungsadres- saten in den neuen Verfahren geht der Gleichbehandlung zwischen den Parteien der Aargauer und Zürcher Untersuchung – welche unter Umstän- den von der alten Bemessungsweise profitiert haben – und späteren Ver- fügungsadressaten vor, für die – wie für die Beschwerdeführerin – nunmehr eine tendenziell strengere Bemessungsweise gilt. Die neue Bemessungs- weise hält demnach auch vor dem Rechtsgleichheitsprinzip stand (vgl. in diesem Sinne Urteil des BGer 2C\_421/2007 vom 21.

Dezember 2007 E. 3.3).

B-5172/2019 Seite 165 9.4.3.19 Auf den Vertrauensschutz kann sich die Beschwerdeführerin schon deshalb berufen, weil ihr die aufgegebene alte Bemessungsweise im Zeitpunkt der Begehung ihrer umsatzlosen Abredebeiträgen (Fall Nr. 3: 2008; Fälle Nr. 6, Nr. 7, Nr. 8: 2011; Fall Nr. 10: 2012 [Februar]) noch gar nicht bekannt sein konnte (Publikation der Verfügung vom 16. Dezember 2011 betreffend Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau auf der Homepage der Vorinstanz am 9. Mai 2012 und in RPW 2012/2 S. 270 im Juli 2012). Wie die Vorinstanz richtigerweise erwähnt (E. 9.4.3.3), hat die Beschwerdeführerin die umsatzlosen Kartellrechtsverstösse somit fraglos nicht im Vertrauen begangen, dafür höchstens mittels Pauschalsanktionen gebüsst zu werden. Damit fehlt es für die Anrufung des Grundsatzes von Treu und Glauben bereits an der erforderlichen wesentlichen Vertrauensgrundlage (vgl. Urteil des BGer 2C\_421/2007 vom 21. Dezember 2007 E. 3.5). 9.4.3.20 Der Vorinstanz war es somit nicht verwehrt, auf die als mangelbehaftet erkannte Bemessungsweise zurückzukommen. Die Beschwerdeführerin hat dementsprechend keinen Anspruch auf Bemessung der Sanktion für die fünf umsatzlosen Tatbeiträgen nach Massgabe des Zuschlagsmodells aus den Aargauer und Zürcher Verfahren. Einen solchen Anspruch kann die Beschwerdeführerin gemäss dem Dargelegten weder aus dem Gleichbehandlungsgebot noch aus dem Vertrauensschutz für sich ableiten. 9.4.3.21 Die Aussage der Beschwerdeführerin, dass die vorliegend zur Anwendung gebrachte alternative Bemessungsmethode auf keiner rechtlichen Grundlage beruhe, trifft nicht zu. Zwar ist der SVKG, wie erwähnt (E. 9.4.2.7), keine Art. 49a Abs. 1 KG konkretisierende Regel dafür zu entnehmen, wie die rechtmässige Bemessung der Sanktion für die Beteiligung an unzulässigen umsatzlosen Submissionsabsprachen innerhalb des abstrakten Sanktionsrahmens von Art. 49a Abs. 1 KG konkret erfolgen muss. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist die konkrete Bemessungsmethode für die Sanktionierung umsatzloser Abredebeiträgen mangels generell abstrakter Vorgaben auf Verordnungsebene aber – innerhalb der nachfolgend zu nennenden Schranken – durch die Praxis der Wettbewerbsbehörden zu entwickeln (vgl. Urteil des BVer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 15.2.3, Engadin IV) sowie bereits [z.B.] Urteil des BVer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.8.5, Erne).

B-5172/2019 Seite 166 9.4.3.22 Bei der gerichtlichen Beurteilung der Rechtmässigkeit der Bemessungsmethode sind neben allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen wie dem Willkürverbot (Art. 9 BV), dem Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 BV) und dem Prinzip der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) auch die vom Kartellgesetz selber aufgestellten Anforderungen an die Sanktionsbemessung zu beachten (vgl. z.B. Urteil des BVer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.8.7, Erne). Art. 49a KG schreibt vor, dass sich der Sanktionsbetrag nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens bemisst und der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist. Weiter ist die Sanktion laut Art. 49a KG begrenzt; sie kann in keinem Fall mehr als 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens betragen (vgl. Urteil des BGer 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 10.1, DCC). 9.4.3.23 Der Umstand, dass die Vorinstanz die Höhe der Sanktion für die fünf umsatzlosen Abredebeiträgen der Beschwerdeführerin anhand der Umsätze bestimmte, welche die Beschwerdeführerin als das erfolglos geschützte Unternehmen abredegemäss hätte erzielen sollen, lässt diese Bemessungsweise nicht als

willkürlich oder sonst wie unrechtmässig erscheinen. 9.4.3.24 Im Gegenteil knüpft die Vorinstanz damit im Unterschied zum aufgegebenen Zuschlagsmodell an Beträgen an, welche mit den umsatzlosen Verstössen unmittelbar zusammenhängen und deren potentielle Schädlichkeit wie auch die wirtschaftliche Bedeutung der betroffenen Submissionen widerspiegeln. Eine solche Bemessungsmethode trägt dem Grundgedanken Rechnung, wonach die Bemessungsgrundlage für den Basisbetrag nach Art. 3 SVKG anhand eines tatnahen Umsatzes zu bestimmen ist (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 15.2.6, Engadin IV; Urteil des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 18.3.3, m.w.H.). Sie entspricht dem Sinn des Kartellgesetzes damit insgesamt besser als das mangelbehaftete Zuschlagssystem der Aargauer und Zürcher Untersuchung. Im Übrigen stimmt die vorliegend angewandte Bemessungsmethode auch mit der Praxis der EU-Wettbewerbsinstanzen überein (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 15.2.6, Engadin IV, m.H. auf EuGH, C-580/12, EU:C:2014:2363, Rz. 57, Guardian Industries; EuG, T-211/08, EU:T:2011:289, Rz. 58 ff., belgisches Umzugskartell Putters, jeweils mit Hinweisen auf Ziff. 13 der Leitlinien für das Verfahren zur

B-5172/2019 Seite 167 Festsetzung von Geldbussen gemäss Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a der Verordnung Nr. 1/2003 [ABl. 2006, C 210, S. 2]). 9.4.4 9.4.4.1 Zusammenfassend hat die Vorinstanz die Sanktionierbarkeit der umsatzlosen Abredebeteiligungen der Beschwerdeführerin in den Fällen Nr. 3, Nr. 6, Nr. 7, Nr. 8 und Nr. 10 zu Recht bejaht (E. 9.4.2). 9.4.4.2 Weiter erweist es sich im Ergebnis als bundesrechtskonform, dass die Vorinstanz die Sanktion für die fünf umsatzlosen Abredebeteiligungen der Beschwerdeführerin auf der Grundlage der jeweiligen Offertsumme der Beschwerdeführerin festgelegt hat. Die Rüge, diese Bemessungsweise sei unrechtmässig, ist unbegründet. Mit dem Wechsel vom Zuschlagsmodell aus den Aargauer und Zürcher Verfahren zur Bemessungsweise der angefochtenen Verfügung hat die Vorinstanz den Grundsatz der Gleichbehandlung nicht verletzt (E. 9.4.3). 9.4.4.3 Unbegründet ist gemäss dem Dargelegten auch der Subeventualantrag der Beschwerdeführerin auf Reduktion der Sanktionshöhe für die fünf umsatzlosen Abredebeteiligungen auf einen symbolischen Pauschalbetrag von maximal Fr. 5'000.- nach Massgabe des aufgegebenen Zuschlagsmodells. Dieser Subeventualantrag wird daher abgewiesen (E. 9.4.3.2 ff., E. 9.4.3.12). 9.4.4.4 Nachfolgend zu prüfen bleiben die Rechtmässigkeit der Basisbetragsätze (vgl. E. 9.5), die beanstandete Nichtberücksichtigung von mildernden Umständen (vgl. E. 9.6) und ob die Gesamtsanktion für die Beschwerdeführerin tragbar ist (vgl. E. 9.7 f.).

B-5172/2019 Seite 168 9.5 Rechtmässigkeit der Basisbetragsätze Im Folgenden wird geprüft, ob die Vorinstanz die Prozentsätze der Basisbeträge von 8% (Abredebeteiligungen mit Umsatz) und von 5% (Abrede-beteiligungen ohne Umsatz) korrekt festgelegt hat (vgl. E. 9.4.3.7 Bst. b). Die Beschwerdeführerin hält beide Prozentsätze für unverhältnismässig hoch. 9.5.1 Der Sanktionsbetrag bestimmt sich nach Art. 49a Abs. 1 KG unter anderem nach der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Dies konkretisierend sieht Art. 3 SVKG vor, dass der Basisbetrag je nach der "Schwere und Art des Verstosses" bis zu 10% der massgeblichen Umsätze beträgt. Unter Schwere ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die objektive, d.h. verschuldensunabhängige Schwere zu verstehen. Massgebend ist das abstrakte Gefährdungspotential. Bei der Beurteilung der Schwere eines Verstosses sind auch dessen Wirksamkeit und der Grad der Wettbe-

werbsbeeinträchtigung zu berücksichtigen. Dem Umstand, ob der Verstoss in einer Beseitigung oder erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs liegt, ist mithin angemessen Rechnung zu tragen (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.2.3.2, Swisscom ADSL; BGE 144 II 194 E. 6.4, BMW; BGE 143 II 297 E. 9.7.2, Gaba; Urteile des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 15.3.4, Engadin IV, B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.6.1, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Erne). 9.5.2 Die Anpassung der Sanktionshöhe an die objektive Schwere des Verstosses ist ein wertender Schritt. Der Vorinstanz kommt diesbezüglich ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Ermessensentscheide sind zu korrigieren, wenn die Behörde von dem ihr zustehenden Ermessen einen falschen Gebrauch gemacht hat oder wenn sich das Ergebnis als offensichtlich unbillig oder in stossender Weise ungerecht erweist, doch hat das Bundesverwaltungsgericht nicht sein Ermessen anstelle desjenigen der Vorinstanz zu setzen (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.5.2, Hors-Liste Medikamente Pfizer; Urteil des BGR 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 10.1, DCC; Urteil des BVGer B-710/2014 vom 16. November 2022 E. 15.1.1, Luftfracht; Urteil des BVGer B-2597/2017 vom 19. Januar 2022 E. 15.2.2, Medikamenteninformationen; Urteil des BVGer B-8386/2015 vom 24. Juni 2021 E. 10.4.1, Swisscom WAN-Anbindung; Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 9.1, Nikon m.H. auf Urteil des BVGer A-330/2007 vom 12. Juli 2007 E. 4.2; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, a.a.O., N. 3.231). Bei schweren Verstössen bewegt sich der Basisbetrag regelmässig im oberen Drittel des Sanktionsrahmens (vgl. Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 3).

B-5172/2019 Seite 169 9.5.3 Die Vorinstanz qualifizierte die beiden sanktionierten umsatzgenerierenden Abredebeteiligungen der Beschwerdeführerin (Fälle Nr. 4 und Nr. 5) als "schwerwiegend" und setzte den Basisbetrag auf 8% der jeweils realisierten Umsätze fest. Die Abredepartnerin Foffa Conrad sanktionierte die Vorinstanz in diesen beiden (erfolgreich verlaufenen) Fällen mit einem Basisbetrag von 4% (Verfügung, Rz. 284 ff. [Fall Nr. 4], Rz. 301 ff. [Fall Nr. 5]). Die Schwere der fünf umsatzlosen Abredebeteiligungen der Beschwerdeführerin (Fälle Nr. 3, 6, 7, 8 und 10) wertete die Vorinstanz – wie bereits erwähnt (E. 9.4.2.3) – als "mittelschwer". Die Basisbeträge dieser (erfolglos verlaufenen) Fälle legte die Vorinstanz für die Beschwerdeführerin auf jeweils 5% der entsprechenden Offertsumme der Beschwerdeführerin fest. Im Quervergleich wertete die Vorinstanz die Schwere des Tatbeitrages der Foffa Conrad, welche der Beschwerdeführerin bei den fünf umsatzlosen Abredebeteiligungen je erfolglos Schutz gewährt hat, als "eher leicht" und legte den Basisbetragssatz für sie auf 2.5% der jeweiligen Offertsumme der Beschwerdeführerin fest (Verfügung, Rz. 269 ff. [Fall Nr. 3], Rz. 318 ff. [Fall Nr. 6], Rz. 334 ff. [Fall Nr. 7], Rz. 350 ff. [Fall Nr. 8], Rz. 385 ff. [Fall Nr. 10]). 9.5.4 Die Beschwerdeführerin argumentiert, der Basisbetragssatz von 8% für die umsatzgenerierenden Wettbewerbsabreden widerspreche der bisherigen Praxis. Diese habe bedeutend schwerwiegendere Einzelsubmissionsabsprachen lediglich mit 7% sanktioniert (m.H. auf die Verfügungen der Vorinstanz vom 6. Juli 2009 in Sachen Elektroinstallationsbetriebe Bern [vgl. RPW 2009/3, S. 196, insbes. Rz. 126, 148], 16. Dezember 2011 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau [vgl. RPW 2012/2, S. 270, insbes. Rz. 1101, 1144] und 22. April 2013 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich [vgl. RPW 2013/4, S. 524, insbes. Rz. 967]). Die Vorinstanz habe den Basisbetragssatz willkürlich und in Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei 8% festgesetzt. Es gebe keinen sachlichen Grund, von einem höheren Prozentsatz als in den bisherigen Entscheiden

auszugehen. Denn im Gegensatz zu den damaligen Verfahren gehe es hier höchstens um sehr unbedeutende Kartellrechtsverstösse, deren volkswirtschaftliche Bedeutung vernachlässigbar sei.

B-5172/2019 Seite 170 Kein einziges objektives Beurteilungskriterium sei gegeben, um auf eine schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung zu schliessen. Die Parteien seien überhaupt nicht miteinander im Wettbewerb gestanden und hätten eine Wettbewerbsbeschränkung weder bezweckt noch bewirkt. Im Unterschied zu den damaligen Verfahren lägen auch weder gleichzeitig mehrere Tatbestände noch eine Beseitigung oder auch nur eine weitgehende Beseitigung des Wettbewerbs auf einem bestimmten Markt vor. Weiter habe die Beschwerdeführerin ihre Offerte (abgesehen vom Fall Nr. 3 [P. Lenatti], vgl. E. 6.8.2, E. 6.8.9) jeweils nur an ein einziges Unternehmen übermittelt. Ebenso unzutreffend sei die Einstufung der umsatzlosen Abreden als "mittelschwer". Bei diesen Abredeteilungen handle es sich um Projekte, bei welchen immer auch noch andere Bauunternehmer mitoffertiert hätten, mit welchen die Beschwerdeführerin vor der Offerteingabe keinen Kontakt gehabt habe. Ausserdem habe die Beschwerdeführerin bei diesen Projekten den Zuschlag gerade nicht erhalten. Eine allfällige Sanktion habe sich im tiefen unteren Bereich der Prozentsätze zu bewegen. Für die umsatzgenerierenden Wettbewerbsabreden sei subeventualiter von einem Basisbetragsatz von (...) % statt 8% auszugehen (konkret von Fr. [...] im Fall Nr. 4 und von Fr. [...] im Fall Nr. 5). Insgesamt sei die Beschwerdeführerin subeventualiter mit einem symbolischen Pauschalbetrag von maximal Fr. 38'693.- zu belasten (vgl. Rechtsbegehren-Ziffer 3 [...]; vgl. zum Ganzen: Beschwerde, Rz. 292, 300 ff., 315 ff., 331, 335, 338, 353, 355 f.; Replik, Rz. 104 f., 112 ff., 118). 9.5.5 Die Vorinstanz entgegnet im Wesentlichen, sie habe die Umstände der konkreten Verstösse sorgfältig und umfassend gewürdigt. Unter anderem habe sie zugunsten der Beschwerdeführerin berücksichtigt, dass diese den Zuschlag bei den umsatzlosen Abredeteilungen nicht erhalten habe, dass es Aussenwettbewerber gegeben und keine Wettbewerbsbeseitigung vorgelegen habe, sondern die sanktionierten Verstösse als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu qualifizieren seien. Bei einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs wäre der Basisbetrag höher anzusetzen gewesen. Die Beschwerdeführerin versuche, die Schwere ihrer Taten herunterzuspielen und verkenne, dass es sich bei Submissionsabsprachen nicht um Bagatellen handle. Das Schädigungspotenzial sei auch bei den vorliegenden Abreden gewichtig gewesen (vgl. zum Ganzen: Vernehmlassung, Rz. 96 ff., 111 Lemma 2, 113, 115, 117 Lemma 2, 119 Lemma 2, 121 Lemma 2, 125 Lemma 2).

B-5172/2019 Seite 171 9.5.6 9.5.6.1 Wie aus dem bereits Ausgeführten hervorgeht, beruht die Argumentation der Beschwerdeführerin (E. 9.5.4) in mehrfacher Hinsicht auf unzutreffenden Behauptungen. So hat sich gezeigt, dass die Foffa Conrad und die P. Lenatti (Fall Nr. 3) potentielle wie auch aktuelle Wettbewerberinnen der Beschwerdeführerin waren und die gegen das Vorliegen einer Wettbewerbssituation sowie gegen jegliche Wettbewerbswirkungen gerichteten Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht haltbar sind (E. 6.4 f.; E. 6.4.9). Auch das erneute Bestreiten einer bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung zur Begründung der angeblichen Fehleinschätzung der Art und Schwere der Verstösse durch die Vorinstanz geht fehl. Abgesehen davon, dass bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen (E. 6.5.5.11), ist auch die potentielle Wettbewerbsbeeinträchtigung der Wettbewerbsabreden in den Fällen Nr. 1, Nr. 3 - Nr. 8 und Nr. 10 evident (E. 7.4.2.6). Gleichzeitig wurde der Wettbewerb auch tatsächlich beein-

trächtigt, indem (zumindest) jeglicher Innenwettbewerb zwischen den Abredeteiligen beseitigt wurde (E. 7.4.2.8, E. 6.5.5.7). Die Einzelsubmissionsabsprachen in den Fällen Nr. 1, Nr. 3 - Nr. 8 und Nr. 10 beeinträchtigten den Wettbewerb auf den je relevanten Märkten wie dargelegt erheblich, ohne dass eine Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz möglich ist (E. 7.4.4). Die Erheblichkeitsschwelle von Art. 5 Abs. 1 KG wurde dabei sowohl unabhängig von der Anzahl der Abredeteiligen als auch unabhängig davon überschritten, ob die jeweilige Zuschlagsmanipulation glückte oder misslang. Bagatellfälle liegen nicht vor (E. 7.4.2.9 f.). Von "unbedeutenden Kartellrechtsverstössen mit einer vernachlässigbaren volkswirtschaftlichen Bedeutung" kann entgegen der Beschwerdeführerin keine Rede sein. Weiter sind die Wettbewerbsabreden zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad in den Fällen Nr. 1-8 und Nr. 10 im Unterschied zur Auffassung der Beschwerdeführerin je zugleich als horizontale Geschäftspartner- und Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG zu qualifizieren (E. 7.3.5). Die Praxis der Vorinstanz gewichtet solche Verstösse, welche also zugleich mehrere entscheidende Wettbewerbsparameter umfassen, zu Recht schwerer als solche, die nur einen Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfüllen (vgl. Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 3).

B-5172/2019 Seite 172 9.5.6.2 Die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten harten Kartellabreden gelten gemeinhin als Wettbewerbsverstösse mit hohem Schädigungspotential für Konsumenten, Unternehmen und die Gesamtwirtschaft. Im Rahmen von Ausschreibungen getroffene harte Horizontalabreden sind nach allgemeiner Erkenntnis volkswirtschaftlich und sozial besonders schädlich. Sie gefährden nicht nur unmittelbar und auf gravierendste Weise das berechtigte Interesse der ausschreibenden Stellen, das vorteilhafteste Angebot und namentlich den unverfälschten Marktpreis zu eruieren. Aufgrund marktfremder Preissteigerungen auf Kosten der Allgemeinheit, eines geringeren Effizienz- und Innovationswettbewerbs sowie verzögerter oder ausbleibender Strukturanpassungen verursachen Submissionsabsprachen auch mittel- und langfristige hohe volkswirtschaftliche Schäden. Anbieter, welche ihr Angebot – wie die Beschwerdeführerin – verdeckt nicht selbstständig und unabhängig ausgearbeitet haben, spiegeln dem Ausschreiber treuwidrig eine unabhängige Offerteingabe und damit einen vermeintlich unverfälschten Wettbewerb vor. Bei dieser Sachlage wird das zentrale Hauptziel einer Ausschreibung – nämlich den wirksamen Wettbewerb unter den Anbietern zu fördern – verfehlt. Auf einen objektiv besonders schwerwiegenden Kartellrechtsverstoss ist dabei zweifellos immer dann zu schliessen, falls eine – unter Art. 5 Abs. 3 KG fallende – Submissionsabsprache im konkreten Anwendungsfall erweisenermassen die Beseitigung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zur Folge hat. Aber auch bei einer Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bleibt die schädliche Qualität einer Submissionsabsprache bestehen (vgl. vorstehend E. 6.5.5.6 sowie Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 9.3.2, E. 11.4.6.4, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Umbricht, m.w.H., bestätigt mit Urteil des BGer 2C\_845/2018 vom 3. August 2020).

9.5.6.3 Bereits vor diesem Hintergrund besteht kein Grund zu folgern, dass die Vorinstanz die Schwere der vorliegenden Einzelsubmissionsabsprachen falsch eingeschätzt hat oder bei der Festlegung der Basisbetragsätze auf 8% und 5% für die beiden Fallgruppen gar in Willkür verfallen ist. Willkür würde nach der ständigen Praxis des Bundesgerichts voraussetzen, dass der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem

Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (vgl. BGE 147 V 194 E. 6.3.1).

B-5172/2019 Seite 173 9.5.6.4 Dafür liegen vorliegend keine Anhaltspunkte vor. Die Vorinstanz betont im Gegenteil zu Recht, dass sie alle relevanten Umstände sorgfältig in die Beurteilung der Schwere der vorliegenden Kartellrechtsverstösse miteinbezogen hat. Namentlich berücksichtigt die vorinstanzliche Beurteilung ausdrücklich zu Gunsten der Beschwerdeführerin, dass sämtliche sanktionierten Einzelsubmissionsabsprachen den Wettbewerb "lediglich" erheblich beeinträchtigt und nicht beseitigt haben (vgl. Verfügung, Rz. 269 [Fall Nr. 3]; Rz. 285 [Fall Nr. 4]; Rz. 302 [Fall Nr. 5]; Rz. 319 [Fall Nr. 6]; Rz. 335 [Fall Nr. 7]; Rz. 351 [Fall Nr. 8]; Rz. 386 [Fall Nr. 10]). Ebenso begründet die Vorinstanz die Festlegung der Basisbetragssätze gegenüber der Beschwerdeführerin auf 8% und 5% nachvollziehbar mit dem Erfolg der Einzelsubmissionsabsprachen in den Fällen Nr. 4 und Nr. 5, dem ausgebliebenen Erfolg der Absprachen in den Fällen Nr. 3, Nr. 6, Nr. 7, Nr. 8 und Nr. 10 sowie auch mit der konkreten Rolle, welche die Beschwerdeführerin beim jeweiligen Verstoß je eingenommen hat ("erfolgreiche Schutznehmerin" in den Fällen Nr. 4 und Nr. 5 und "nicht erfolgreiche Schutznehmerin" in den Fällen Nr. 3, Nr. 6, Nr. 7, Nr. 8 und Nr. 10; vgl. Verfügung, Rz. 287 [Fall Nr. 4]; Rz. 304 [Fall Nr. 5]; Rz. 269, 271 [Fall Nr. 3]; Rz. 319, 321 [Fall Nr. 6]; Rz. 335, 337 [Fall Nr. 7]; Rz. 351, 353 [Fall Nr. 8]; Rz. 386, 388 [Fall Nr. 10]). 9.5.6.5 Mit 8% für die beiden erfolgreichen Abredebeiträge legte die Vorinstanz den Basisbetragssatz für die Beschwerdeführerin zwei Prozentpunkte unter dem Maximum gemäss Art. 3 SVKG von 10% fest. Dagegen ist nichts einzuwenden. Dass der wirksame Wettbewerb bei diesen Einzelsubmissionsabsprachen "nur" erheblich beeinträchtigt wurde, schmälert die objektive Schwere der beiden durch keine Effizienzgründe gerechtfertigten Verstösse nur geringfügig. Dies gilt insbesondere deshalb, weil es den Abredebeiträgern in diesen Fällen trotz der teilweise weiterwirkenden Wettbewerbskräfte gelungen ist, der Beschwerdeführerin den gesamten Marktumsatz der sachlich relevanten Einzelsubmissionsmärkte zuzuwenden. Hätten die Einzelsubmissionsabsprachen darüber hinaus auch noch erwiesenermassen zu einer Wettbewerbsbeseitigung geführt, wäre ihre objektive Schwere kaum mehr zu übertreffen gewesen (wettbewerbsbeseitigende Wirkung bei gleichzeitiger, erfolgreicher Zuweisung des gesamten Marktes an den dafür vorgesehenen Marktteilnehmer; vgl. ähnlich bereits das Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.6.5, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Umbricht, bestätigt mit Urteil des BGer 2C\_845/2018 vom 3. August 2020).

B-5172/2019 Seite 174 9.5.6.6 Unter diesen Umständen betont die Vorinstanz korrekt, dass die Basisbetragssätze vorliegend im Falle einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs höher anzusetzen gewesen wären (E. 9.5.5). Wie sie damit zu Recht andeutet, wäre das volle Ausschöpfen des Sanktionsrahmens von 10% bei umsatzgenerierenden Einzelsubmissionsabsprachen (nach Art. 5 Abs. 3 KG) mit einer wettbewerbsbeseitigenden Wirkung sachlich durchaus geboten gewesen. 9.5.6.7 Weiter erscheint es auch sachgerecht, dass die Vorinstanz die fünf umsatzlosen Abredebeiträge der Beschwerdeführerin im Vergleich zu den beiden Abredebeiträgen mit Umsatz zu einem tieferen Prozentsatz sanktioniert hat. Damit bringt die Vorinstanz in Übereinstimmung mit Art. 49a Abs. 1 KG – wonach der "mutmassliche Gewinn" angemessen zu berücksichtigen ist – zum Ausdruck, dass die Beschwerdeführerin mit den erfolglosen Einzelsubmissionsabsprachen im Gegensatz zu den erfolgreichen Verstössen nicht unmittelbar von keiner Kartellrente profitieren konnte. 9.5.6.8 Nach dem Dafürhalten des Bundesverwaltungsgerichts sind die

verschiedenen Basisbetragsätze der Vorinstanz (8% und 5% für die Beschwerdeführerin; 4% und 2.5% für die Abredepartnerin in der Rolle als erfolgreiche und erfolglose Schutzgeberin [E. 9.5.3]), gut aufeinander abgestimmt. Die hälftige Reduzierung der Basisbetragsätze für die Abredepartnerin im Vergleich zur Beschwerdeführerin erscheint angemessen und vertretbar (vgl. in diesem Sinne auch: Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 15.3.14; E. 15.3.17, Engadin IV). Die Basisbetragsätze widerspiegeln die objektive, verschuldensunabhängige Schwere der jeweiligen Verstösse bzw. Tatbeteiligungen insgesamt überzeugend. 9.5.6.9 Eine unzulässige Praxisänderung oder eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes liegt nicht vor (vgl. für die rechtlichen Anforderungen E. 9.4.3.15): Zwar weist die Beschwerdeführerin zutreffend darauf hin, dass die Vorinstanz umsatzgenerierende Einzelsubmissionsabsprachen in den Verfügungen in Sachen Elektroinstallationsbetriebe Bern, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau und Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich (bei erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung) mit einem (nur leicht tieferen) Basisbetragsatz von 7% sanktioniert hat (vgl. RPW 2009/3, S. 196, Rz. 126, 148; RPW 2012/2, S. 270, Rz. 1101, 1144; RPW 2013/4, S. 524, Rz. 967).

B-5172/2019 Seite 175 Die Beschwerdeführerin erwähnt aber nicht, dass die Vorinstanz bereits in der Verfügung vom 16. Dezember 2011 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau angedeutet hat, dass sie den Sanktionsrahmen in Zukunft voll ausschöpfen und Basisbeträge von 10% des Umsatzes auf den relevanten Einzelsubmissionsmärkten in Betracht ziehen werde (vgl. RPW 2012/2, S. 270, Rz. 1103). Damit übereinstimmend bezeichnete die Vorinstanz den im Fall Elektroinstallationsbetriebe Bern gewählten Basisbetragsatz von 7% in der Verfügung vom 22. April 2013 betreffend Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich ausdrücklich als zu tief. Der Art und Schwere solcher Verstösse angemessen sei richtig der maximale Basisbetragsatz von 10%. Allerdings verzichtete die Vorinstanz damals aus Gründen der Gleichbehandlung der Untersuchungsadressaten in der parallel geführten Aargauer Untersuchung – analog zum Wechsel des Sanktionsmodells (vgl. E. 9.4.3.13) – noch darauf, den eigentlich als angemessen erachteten Prozentsatz anzuwenden. In künftigen Fällen werde sie eine volle Ausschöpfung des Sanktionsrahmens für (wettbewerbsbeseitigende) erfolgreiche Schutznahmen bei Einzelsubmissionsabsprachen und Einzelsubmissionsmarktangrenzungen aber in Betracht ziehen (vgl. RPW 2013/4, S. 524 ff., Rz. 959 ff., 964, 966 f.). Beim Erlass der angefochtenen Verfügung lag somit noch keine Praxis zur Sanktionierung von umsatzgenerierenden (den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden) Einzelsubmissionsabsprachen mit lediglich 7% statt 8% vor. Entsprechend sind die Anforderungen an die Vornahme der – ohnehin nur minimalen – Erhöhung des Basisbetragsatzes im Lichte der unter E. 9.4.3.15 beschriebenen Rechtsprechung gering. Zudem legte die Vorinstanz die Basisbetragsätze der Beschwerdeführerin vorliegend im Sinne des oben Ausgeführten (E. 9.5.6.1 ff., insbesondere E. 9.5.6.5 f.) aus sachlichen Gründen auf 5% und 8% fest. 9.5.7 Zusammenfassend ist somit nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die umsatzgenerierenden Abredebeteiligungen der Beschwerdeführerin (Fälle Nr. 4 und Nr. 5) als "schwerwiegende" Verstösse und die Abredebeteiligungen der Beschwerdeführerin ohne Umsatz (Fälle Nr. 3, 6, 7, 8 und 10) als "mittelschwere" Verstösse qualifiziert und die Basisbetragsätze entsprechend auf 8% und 5% festgesetzt hat. Die Vorinstanz hat ihr Ermessen bei der Festlegung dieser Basisbetragsätze nicht pflichtwidrig ausgeübt. Ihr ist diesbezüglich weder Willkür noch eine unzulässige Praxisänderung oder eine Verletzung

des Gleichbehandlungsgrundsatzes vor- zuwerfen.

B-5172/2019 Seite 176 9.5.8 Demnach erweisen sich die Basisbeträge der angefochtenen Verfügung von Fr. (...) (Fall Nr. 3), Fr. (...) (Fall Nr. 4), Fr. (...) (Fall Nr. 5), Fr. (...) (Fall Nr. 6), Fr. (...) (Fall Nr. 7), Fr. (...) (Fall Nr. 8) und Fr. (...) (Fall Nr. 10) als rechtmässig (vgl. E. 9.4.3.7, insbes. Tabelle unter Bst. b). Bei diesem Ergebnis besteht für eine Gutheissung des Subeventualantrags der Beschwerdeführerin, die angefochtene Sanktion sei auf einen symbolischen Pauschalbetrag von maximal Fr. 38'693.- zu reduzieren (vgl. Rechtsbegehren-Ziffer 3), kein Raum. Dieser Subeventualantrag wird daher abgewiesen. 9.6 Weitere Bemessungsfaktoren 9.6.1 Der im Einzelfall auszusprechende Sanktionsbetrag ist im Rahmen der konkreten Sanktionsbemessung weiter unter Berücksichtigung der Dauer der Verstösse (Art. 4 SVKG) sowie erschwerender und mildernder Umstände (Art. 5 und 6 SVKG) zu bestimmen. Dauerte ein Wettbewerbsverstoss zwischen ein und fünf Jahren, so wird der Basisbetrag um bis zu 50% erhöht. Wettbewerbsverstösse mit einer Dauer von mehr als fünf Jahren führen zu entsprechenden Zuschlägen von bis zu 10% für jedes zusätzliche Jahr (Art. 4 SVKG). Vermindert wird der Sanktionsbetrag insbesondere, wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats der Vorinstanz, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26-30 KG beendet (Art. 6 Abs. 1 SVKG). Ebenso erfolgt eine Verminderung des Sanktionsbetrages, wenn das Unternehmen bei Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG "ausschliesslich eine passive Rolle gespielt hat" (Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG). 9.6.2 Die Vorinstanz hat "wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer" der vorliegenden Wettbewerbsverstösse darauf verzichtet, eine Erhöhung der Basisbeträge gestützt auf Art. 4 SVKG vorzunehmen. Ebenso verneint die angefochtene Verfügung erschwerende oder mildernde Umstände nach den Art. 5 und 6 SVKG. Die Voraussetzungen für eine Verminderung des Sanktionsbetrages in Anwendung von Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG aufgrund einer passiven Rolle der Beschwerdeführerin seien entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin in der vorinstanzlichen Untersuchung nicht erfüllt (vgl. Verfügung, Rz. 272 f. [Fall Nr. 3], Rz. 289 f. [Fall Nr. 4], Rz. 306 f. [Fall Nr. 5], Rz. 322 f. [Fall Nr. 6], Rz. 338 f. [Fall Nr. 7], Rz. 354 f. [Fall Nr. 8], Rz. 389 f. [Fall Nr. 10]).

B-5172/2019 Seite 177 9.6.3 Auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren beruft sich die Beschwerdeführerin auf den mildernden Umstand der ausschliesslich passiven Rolle (Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG). Dieser Sanktionsmilderungsgrund sei gegeben, weil die Beschwerdeführerin bei den betreffenden Bauprojekten jeweils von der Foffa Conrad kontaktiert worden sei und auf deren Anfrage hin reagiert habe. Ein solches Verhalten auf eine Nachfrage hin sei als passive Rolle zu werten, obwohl die Handlung eine aktive gewesen sei. Auch sei die Beschwerdeführerin die übrigen Offerenten nicht angegangen, was ebenfalls ein passives Verhalten sei. Zudem begründe die Vorinstanz ihren Standpunkt nur im Fall Nr. 3 explizit (m.H. auf Verfügung, Rz. 273), während sie bei den anderen Fällen einzig mit Querverweisen behaupte, dass die Beschwerdeführerin eine aktive Rolle innegehabt habe. Diese pauschale Beurteilung genüge den Anforderungen an eine individuelle Darlegung der Begründung nicht. Bei gewissen Projekten sei ja nicht einmal klar, ob überhaupt ein Kontakt zwischen der Beschwerdeführerin und der Foffa Conrad stattgefunden habe (Beschwerde, Rz. 310 ff.; Replik, Rz. 107 ff.). 9.6.4 Unter einer (ausschliesslich) "passiven Rolle" ist ein Verhalten zu verstehen, das durch Abwesenheit von besonderen Aktivitäten hinsichtlich der Organisation, Koordination und Durchführung

der Wettbewerbsbeschränkung gekennzeichnet ist. Der Sanktionsadressat darf die Wettbewerbsabrede weder aktiv initiiert, noch massgeblich ausgestaltet, gefördert oder intensiviert haben. Die ausschliesslich passive Rolle, welche Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG belohnt, liegt dabei auf der untersten von drei Stufen der Beteiligungintensität: Bei einer "führenden Rolle" wird die Sanktion erhöht (Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG); keine Modifikation erfolgt im Fall einer durchschnittlichen Beteiligungintensität; eine Verminderung der Sanktion nach Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG verlangt eine wesentlich geringere Beteiligungintensität (vgl. PETER G. PICHT, in: OESCH/WEBER/ZÄCH [Hrsg.], Kommentar Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 6 SVKG N 3; TAGMANN/ZIRLICK in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N 89). 9.6.5 Gemäss dem vorliegenden Beweisergebnis steht fest, dass die Beschwerdeführerin ihre Offerte in den Fällen Nr. 1-8 und Nr. 10 an die Foffa Conrad übermittelt hat und zwischen beiden Abredebeteiligten je ein natürlicher Konsens zustande gekommen ist, ihre Angebote für das jeweilige Bauprojekt zu koordinieren. Darüber hinaus wirkte die Beschwerdeführerin im Fall Nr. 3 auch bewusst und gewollt mit der P. Lenatti zusammen, um ihr Angebot auch mit dieser Konkurrentin zu koordinieren (E. 6.7.1.44, E. 6.7.2.31, E. 6.8.9).

B-5172/2019 Seite 178 9.6.6 Spätestens mit der Übermittlung ihrer Offerten an die Abredepartnern schuf die Beschwerdeführerin stets selbst und aktiv die entscheidende Grundlage für ihre Kartellrechtsverstösse. Denn das Verhalten der Beschwerdeführerin versetzte die Konkurrentinnen überhaupt erst in die Lage, das Eingabeverhalten mit der Beschwerdeführerin abzustimmen und ein koordiniertes, höheres Angebot als diese einzureichen. Von einer ausschliesslich passiven Rolle der Beschwerdeführerin kann bei dieser Sachlage keine Rede sein. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin vermögen daran nichts zu ändern. Die Vorinstanz hat den mildernden Umstand von Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG in allen vorstehend genannten Fällen offensichtlich zu Recht verneint. 9.6.7 Die Begründungspflicht als Teilgehalt des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör ergibt sich für das Verfahren vor Bundesverwaltungsbehörden unmittelbar aus Art. 35 Abs. 1 VwVG (vgl. WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 29 N. 102). Gemäss ständiger Rechtsprechung muss die Begründung eines Entscheids so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. Wenigstens kurz sind die wesentlichen Überlegungen zu nennen, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt (vgl. BGE 142 III 433 E. 4.3.2, BGE 139 V 496 E. 5, BGE 138 I 232 E. 5.1, BGE 133 I 270 E. 3.1, Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 5.3.2, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Erne, je m.w.H.). 9.6.8 Die angefochtene Verfügung genügt diesen Anforderungen. Im Rahmen der Prüfung von Fall Nr. 3 bezeichnet die Verfügung die Verminderung des Sanktionsbetrages in Anwendung von Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG aufgrund einer passiven Rolle der Beschwerdeführerin unmissverständlich als unbegründet. Dabei lässt die Lektüre der angefochtenen Verfügung keinen Zweifel daran, dass die Hinweise zur fehlenden passiven Rolle der Beschwerdeführerin in Rz. 273 der Verfügung nicht nur für das Bauprojekt im Fall Nr. 3 Gültigkeit haben, sondern auch für die übrigen Bauprojekte. Dies geht nicht nur aus den eindeutigen Querverweisen in Rz. 290 (Fall Nr. 4), Rz. 307 (Fall Nr. 5), Rz. 323 (Fall Nr. 6), Rz. 339 (Fall Nr. 7), Rz. 355 (Fall Nr. 8) und Rz. 390 (Fall Nr. 10) hervor, sondern wird auch durch den Wortlaut von Rz. 273 der Verfügung verdeutlicht.

B-5172/2019 Seite 179 9.6.9 Dieser Wortlaut ist nämlich im Plural verfasst, d.h. weist ausdrücklich darauf hin, dass "die vorliegenden Angebotskoordinierungen" im Interesse der Beschwerdeführerin gelegen seien, zumal die anderen abredebeteiligten Unternehmen im Rahmen der Koordination des Bieterverhaltens "je- weils höhere Angebote" eingereicht und dadurch die Chancen der Be- schwerdeführerin auf die Zuschlagserteilung begünstigt hätten. Darüber hinaus habe sich die Beschwerdeführerin auch "an der Organisation und Umsetzung der Abreden" beteiligt (vgl. Verfügung, Rz. 273). 9.6.10 Damit hat die Vorinstanz die für sie entscheidenden Überlegungen genannt und der Beschwerdeführerin eine sachgerechte Anfechtung er- möglicht. Die Rüge der Verletzung der Begründungspflicht ist deshalb un- begründet. 9.6.11 Neu ruft die Beschwerdeführerin vor Bundesverwaltungsgericht zu- sätzlich auch den mildernden Umstand von Art. 6 Abs. 1 SVKG an, der eine Sanktionsmilderung insbesondere bei frühzeitiger Beendigung der Wettbewerbsbeschränkung vorsieht (E. 9.6.1). Zur Begründung bringt die Beschwerdeführerin vor, die relevanten Tat- handlungen hätten in den Jahren 2008 bis 2011 stattgefunden. Somit seien sie bereits mehrere Jahre vor der Untersuchungseröffnung eingestellt wor- den. Die Voraussetzung für eine Sanktionsmilderung nach Art. 6 Abs. 1 SVKG sei gegeben, da die Tathandlungen lediglich einmal und nicht fort- dauernd vorgenommen worden seien. Eine Wettbewerbsbeeinträchtigung, die über längere Zeit fortduere, erzeuge offensichtlich schädlichere Aus- wirkungen auf dem Markt als eine in einer einzelnen Tathandlung abge- schlossene Wettbewerbsbeeinträchtigung. Dass der Milderungsgrund von Art. 6 Abs. 1 SVKG nur dann zum Zuge kommen solle, wenn ein Unterneh- men das wettbewerbswidrige Verhalten aus Einsicht und eigenem Antrieb aufgegeben habe, sei nicht zwingend (Beschwerde, Rz. 308 f.; Replik, Rz. 106). 9.6.12 Wie die Beschwerdeführerin sinngemäss selbst einräumt, geht die von ihr geltend gemachte "Einstellung der Tathandlungen bereits mehrere Jahre vor der Untersuchungseröffnung" nicht auf den autonomen Ent- schluss der Beschwerdeführerin zurück, die Wettbewerbsbeschränkungen frühzeitig zu beenden. Der Grund für diese Ausgangslage liegt vielmehr allein in der Natur der beurteilten Einzelsubmissionsabsprachen selbst.

B-5172/2019 Seite 180 Denn diese Einzelsubmissionsabsprachen konnten nach dem Abschluss der jeweiligen Projektausschreibung naturgemäss nicht mehr aufrecht- erhalten und weitergeführt werden. Die Vorinstanz weist diesbezüglich zu- treffend darauf hin, dass Art. 6 Abs. 1 SVKG grundsätzlich auf "auf Dauer" angelegtes Verhalten zugeschnitten ist, bei Einzelsubmissionsabsprachen aber immer spätestens nach dem Abschluss einer Ausschreibung und der Realisierung eines Projekts alle Tathandlungen beendet sind (Vernehmlass- ung, Rz. 100). 9.6.13 Auch mit Bezug auf die Beschwerdeführerin steht gemäss den vor- stehenden Erwägungen fest, dass sie bei der "Einstellung ihrer Tathand- lungen" bei allen Wettbewerbsabreden jeweils bereits alles Erforderliche für die Angebotskoordination und deren Umsetzung vorgekehrt hatte. Für dieses idealtypische Verhalten einer Einzelsubmissionsabsprache eine Strafmilderung infolge frühzeitiger Beendigung der Wettbewerbsbeschrän- kung zu gewähren, wäre unangebracht und liesse sich mit dem gesetzli- chen Sanktionszwang nicht vereinbaren. 9.6.14 Im Übrigen hat die Vorinstanz der tatsächlichen Schwere der vorlie- genden Einzelsubmissionsabsprachen im Rahmen der Festlegung der Ba- sisbetragssätze angemessen Rechnung getragen (E. 9.5). Der Hinweis der Beschwerdeführerin auf die angeblich geringere Schädlichkeit der vor- liegenden Abreden im Vergleich zu "Wettbewerbsbeeinträchtigungen, die über eine längere Zeit fort dauern" (E. 9.6.11), geht daher ebenfalls an der Sache vorbei. Insgesamt beruft sich die Beschwerdeführerin demnach missbräuchlich auf den mildernden Umstand von Art. 6

Abs. 1 SVKG, was keinen Rechtsschutz verdient (vgl. zum Verbot des Rechtsmissbrauchs, welches alle Rechtsbereiche umfasst, etwa: Urteil des BVGer A-5973/2017 vom 28. Mai 2019 E. 4, m.w.H. auf die Rechtsprechung). 9.6.15 Im Ergebnis ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz das Vorliegen von mildernden Umständen weder aufgrund der geltend gemachten "passiven Rolle" der Beschwerdeführerin (E. 9.6.3 ff.) noch aufgrund einer "frühzeitigen Beendigung" der Wettbewerbsbeschränkungen (E. 9.6.11 ff.) bejaht hat. Es liegen keine sanktionsmildernden Umstände im Sinne von Art. 6 SVKG vor. Der Verzicht der Vorinstanz auf einen Zuschlag aufgrund der Dauer der Verstösse (Art. 4 SVKG) sowie eine Anpassung der Sanktion aufgrund erschwerender Umstände (Art. 5 SVKG) blieb zu Recht unbestritten.

B-5172/2019 Seite 181 9.7 Zwischenergebnis Gesamtsanktion 9.7.1 Somit ergibt sich, dass die in E. 9.5.8 erwähnten Basisbeträge der angefochtenen Verfügung durch die weiteren Bemessungsfaktoren in Übereinstimmung mit der vorinstanzlichen Beurteilung keine Änderung erfahren. Die Summe dieser rechtmässigen Basisbeträge ergibt eine Gesamtsanktion in der Höhe von Fr. 444'922.-. 9.7.2 Dieser Betrag fällt im Vergleich zum Sanktionsbetrag der angefochtenen Verfügung (Fr. 489'467.-) um Fr. 44'545.- geringer aus, da der angegebliche Wettbewerbsverstoss der Beschwerdeführerin im Fall Nr. 9 nicht rechtsgenügend nachgewiesen ist (E. 6.7.3.14). Die Gesamtsanktion im Betrag von Fr. 444'922.- ist gerichtlich zu bestätigen, falls sie sich für die Beschwerdeführerin als tragbar erweist (vgl. nachfolgend). 9.8 Tragbarkeit der Sanktion 9.8.1 Die Beschwerdeführerin bestritt bereits im Untersuchungsverfahren die Tragbarkeit der ihr damals in Aussicht gestellten Sanktion. Verfüge die Vorinstanz eine Sanktion in der vom Sekretariat beantragten Höhe, drohe der Beschwerdeführerin zwangsläufig der Konkurs, was den Verhältnismässigkeitsgrundsatz verletzen würde. Zur Begründung hatte sich die Beschwerdeführerin auf einen prognostizierten Kapitalverlust von Fr. (...) be-rufen, welcher Sanierungsmassnahmen erforderlich mache (vgl. Stellung-nahme vom 13. März 2019 zum Verfügungsantrag des Sekretariats, Rz. 199, 205, 203; Vorinstanz, act. 93 [22-0459]). Bei diesem, laut der Beschwerdeführerin drohenden, Kapitalverlust han-delte es sich um die Summe der folgenden prognostizierten Verluste: Jahr prognostizierter Verlust 2019 Fr. (...) 2020 Fr. (...) 2021 Fr. (...)

Fr. (...) In den Folgejahren 2022 bis 2025 rechnete die Beschwerdeführerin gegen-über der Vorinstanz mit weiteren Jahresverlusten im Betrag von je Fr. (...).

B-5172/2019 Seite 182 Zudem berief sich die Beschwerdeführerin auf einen bereits eingetretenen Jahresverlust 2018 von Fr. (...), also insgesamt auf Verluste im Zeitraum 2018 bis 2025 von Fr. (...). 9.8.2 Die prognostizierten Jahresverluste der Jahre 2019 bis 2025 (E. 9.8.1) basierten auf der Annahme der Beschwerdeführerin, dass sie in diesem Zeitraum namentlich die folgenden "Budgetpositionen" werde ver-kraften müssen: Budgetpositionen 2019 bis 2025 laut Angaben der Beschwerdeführerin in der Untersuchung (Auszug) Nr. Bezeichnung 1 Investitionen in (...) [Gegenstände] 2 Wertbereinigung H.\_\_\_\_\_ 3 Übernahme G.\_\_\_\_\_AG 4 Sanierungsarbeiten (...) [Liegenschaft] 5 Rückzahlung (...) [Darlehen] 6 Rückkauf (...) [Wertpapiere] 7 Firmenübergabe (...) / Dividendenzahlung (...)

Konkret müsse die Beschwerdeführerin in den nächsten Jahren mindes-tens Fr. (...) pro Jahr in (...) investieren, um (...) [deren] mittlere[s] Alter (...) in fünf Jahren unter acht Jahren halten zu können. Bei der Position Nr. 2 "Wertbereinigung H.\_\_\_\_\_" gehe es darum, einen bisher nicht er-folgreichen Verkauf (...) durch Wertbereinigungen von je Fr.

(...) in den Jahren 2020 und 2021 doch noch zu ermöglichen. Unter dem Titel der Position Nr. 3 "Übernahme G. \_\_\_\_\_ AG" hatte sich die Beschwerdeführerin gegenüber der Vorinstanz auf einen budgetierten Betrag von Fr. (...) im Jahr 2019 sowie Beträge von je Fr. (...) in den Jahren 2020 bis 2025 berufen.

Weiter stünden in den Jahren 2021 bis 2025 Sanierungsarbeiten (...) im Umfang von insgesamt mindestens Fr. (...) an. Für die Position Nr. 5 "Rückzahlung (...) [Darlehen]" sah das Budget der Beschwerdeführerin weiter einen Betrag von Fr. (...) im Jahr 2019 vor. Unter dem Titel der Position Nr. 6 "Rückkauf (...) [Wertpapiere]" veranschlagte die Beschwerdeführerin gegenüber der Vorinstanz einen Betrag von Fr. (...) im Jahr 2020.

B-5172/2019 Seite 183 Die Position Nr. 7 "Firmenübergabe (...) / Dividendenzahlung (...)" schlage in den Jahren 2020 bis 2025 schliesslich voraussichtlich mit je Fr. (...) zu Buche (vgl. Stellungnahme vom 13. März 2019 zum Verfügungsantrag des Sekretariats, Rz. 202 ff. sowie Beilagen Nr. 1 und Nr. 2 zu dieser Stellungnahme [Budget und Investitionsplanung bis 2025, Inventarliste], Vorinstanz, act. 93 [22-0459]; vgl. in diesem Sinne auch schon die Eingabe der Beschwerdeführerin an die Vorinstanz vom 14. Februar 2019, insbesondere deren Beilagen Nr. 9-12 [ursprüngliche Budget und Investitionsplanung bis 2025, Bericht zum Geschäftsausblick und Einschätzung der allgemeinen Unternehmenslage, Bericht über geplante und veranlasste Massnahmen zur Fortführung des Unternehmens, anstehende Investitionen], Vorinstanz, act. 89 [22-0459]). 9.8.3 Gestützt auf diese Budgetpositionen (E. 9.8.2) und die daraus abgeleiteten Jahresverluste (E. 9.8.1) berief sich die Beschwerdeführerin in der Untersuchung der Vorinstanz auf einen drohenden Kapitalverlust von Fr. (...) bis Ende 2021 und von Fr. (...) bis Ende 2025. Dieser Kapitalverlust stelle eine qualifizierte Form der Unterbilanz dar und liege vor, wenn die Hälfte des Grundkapitals nicht mehr gedeckt sei (Vorinstanz, act. 93 [22-0459], Rz. 205 m.H. auf Art. 725 Abs. 1 aOR; vgl. heute Art. 725a OR, in Kraft seit 1. Januar 2023 [AS 2020 4005, 2022 109, BBl 2017 399]). Vor dem Erlass der angefochtenen Verfügung – per Ende 2018 – verfüge die Beschwerdeführerin noch über ein Eigenkapital von Fr. (...) (m.H. auf die damals vorliegende provisorische Jahresrechnung 2018 [Vorinstanz, act. 89 [22-0459], Beilage Nr. 6]). 9.8.4 Gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht bestreitet die Beschwerdeführerin die Tragbarkeit der Sanktion und der Verfahrenskosten weiterhin. Neu macht die Beschwerdeführerin allerdings geltend, die Bezahlung der ihr durch die Vorinstanz auferlegten Beträge sei für sie unter dem Gesichtspunkt der "Liquidität" nicht tragbar. Eine Auferlegung der Sanktion würde die Wettbewerbsfähigkeit der Beschwerdeführerin nach ihrem Verhalten erheblich beeinträchtigen und dazu führen, dass sie "in sehr kurzer Zeit aufgrund fehlender Liquidität" Konkurs anmelden müsste. Eine solche Konsequenz einer kartellrechtlichen Sanktion sei unverhältnismässig. Aufgrund der fehlenden Tragbarkeit und Unverhältnismässigkeit sei von einer Sanktion abzusehen.

B-5172/2019 Seite 184 9.8.5 Zur Beurteilung dieses Standpunkts sei entgegen der Vorinstanz auf die Angaben des mit der Beschwerde eingereichten Liquiditätsplans für die Jahre 2019 bis 2025 abzustellen (Beschwerdebeilage Nr. 5). Die Beschwerdeführerin beruft sich mit diesem Dokument zur Begründung der neu gerügten Liquiditätsproblematik im Wesentlichen auf dieselben "Budgetpositionen", welche sie auch schon in der Untersuchung zur damaligen Begründung des angeblich drohenden Kapitalverlusts herbeigezogen hatte (E. 9.8.2). Mit den zusätzlichen Dokumenten, welche die Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht während dem Beschwerdeverfahren

aufforderungsgemäss nachgereicht habe (vgl. nachfolgend E. 9.8.7, E. 9.8.16.1), sei dargelegt, dass der befürchtete Liquiditätsengpass zwar zeitlich etwas verzögert, aber dennoch voraussichtlich bereits im Jahr 2023 eintreten werde (vgl. zum Ganzen: Eingaben vom 2. Juni 2021 und 16. August 2021 sowie Beschwerde, Rz. 14, 235, 247, 250 ff.; Replik, Rz. 83, 148). 9.8.6 Demgegenüber geht die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung davon aus, dass die Sanktion und die Verfahrenskosten für die Beschwerdeführerin unter dem Gesichtspunkt der Kapitalisierung wie der Liquidität vollumfänglich tragbar sind (Verfügung, Rz. 414). An dieser Beurteilung hält die Vorinstanz vor Bundesverwaltungsgericht fest. 9.8.7 Unter den von der Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht nachgereichten Dokumenten (E. 9.8.5, C.h) befinden sich unter anderem die Geschäftsberichte 2019 und 2020 (Beilagen Nr. 1 und Nr. 2 zur Eingabe vom 2. Juni 2021), eine Zusammenstellung der stillen Reserven (Beilage Nr. 3 zur Eingabe vom 2. Juni 2021) sowie eine überarbeitete Plan-Erfolgsrechnung mit Liquiditätsplan (Beilage Nr. 6 zur Eingabe vom 2. Juni 2021). Zudem reichte die Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht im Zusammenhang mit der Budgetposition Nr. 3 "Übernahme G.\_\_\_\_\_AG" (E. 9.8.2) einen Aktionärsbindungsvertrag ein, welchen sie kurz vor dem Untersuchungsabschluss (...) unterzeichnet und der Vorinstanz nicht mehr zu den Akten gegeben hatte (Beschwerdebeilage Nr. 6 [Aktionärsbindungsvertrag G.\_\_\_\_\_AG vom ...]).

B-5172/2019 Seite 185 9.8.8 9.8.8.1 Bei der Festsetzung der Sanktion ist entsprechend Art. 5 Abs. 2 BV das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu beachten (Art. 2 Abs. 2 SVKG; vgl. Urteil des BGer 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 10.1, DCC, m.w.H.). Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt, dass sich staatliches Handeln im Hinblick auf das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel als geeignet, erforderlich und zumutbar erweist (vgl. BGE 148 II 475 E. 5; BGE 146 I 157 E. 5.4). 9.8.8.2 Während das Kriterium der "Eignung" verlangt, dass eine Verwaltungsmassnahme geeignet ist, das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel zu erreichen, gebietet die "Erforderlichkeit", eine Verwaltungsmassnahme so zu bemessen, dass der im öffentlichen Interesse angestrebte Zweck nicht auch mit einer gleich geeigneten, aber mildereren Massnahme erreicht werden könnte. Die "Zumutbarkeit" einer Verwaltungsmassnahme ist zu bejahen, wenn der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den dem Privaten auferlegten Belastungen oder dem bewirkten Eingriff steht. Die Massnahme muss durch ein öffentliches Interesse, welches das private Interesse überwiegt, gerechtfertigt sein (vgl. zum Ganzen: BGE 147 I 450 E. 3.2.3, BGE 140 II 194 E. 5.8.2, BGE 136 I 29 E. 4.5 und BGE 130 I 140 E. 5.3.6; Urteil des BVer B-823/2016 vom 2. April 2020 E. 6.5.2, Flügel und Klaviere; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 514, 522, 527; PIERRE TSCHANNEN/MARKUS MÜLLER/MARKUS KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2022, § 21 Rz. 452 f., 456, 458, 468). 9.8.9 9.8.9.1 Die Beschwerdeführerin macht mit ihrer Argumentation sinngemäss geltend, das Vorgehen der Vorinstanz sei unverhältnismässig, da durch die verfügbaren Beträge der Teilaspekt der Zumutbarkeit verletzt werde. Dass die Auferlegung der Sanktion und der Verfahrenskosten infolge fehlender Geeignetheit oder Erforderlichkeit unverhältnismässig sei, behauptet die Beschwerdeführerin nicht. 9.8.9.2 Das Bundesverwaltungsgericht hat angesichts des Ergebnisses der vorstehenden Erwägungen auch keine Veranlassung, das Vorliegen dieser beiden weiteren Kriterien des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes anzuzweifeln. Insbesondere ist die Sanktionierung im Gesamtbetrag gemäss E. 9.7.1 geeignet, den rechtmässigen Sanktionsanspruch nach Art. 49a

B-5172/2019 Seite 186 Abs. 1 KG im Interesse der Förderung des Wettbewerbs wie der Abschreckung der Beschwerdeführerin vor künftigen Wettbewerbsverstössen einzuordnen. 9.8.9.3 Die nachfolgende Beurteilung beschränkt sich daher auf den Aspekt der Zumutbarkeit. Dabei wendet das Bundesverwaltungsgericht das Recht von Amtes wegen an. Daraus folgt, dass das Bundesverwaltungsgericht weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden ist (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Es kann die Beschwerde mithin auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder die angefochtene Verfügung im Ergebnis mit einer von derjenigen der Vorinstanz abweichenden Begründung bestätigen (sog. Motivsubstitution; vgl. statt vieler: BGE 139 V 127 E. 1.2; Urteil des BVGer A-4078/2021 vom 31. Mai 2022 E. 1.4 m.H. auf BGE 140 II 353 E. 3.1). Wie in jedem Beschwerdeverfahren ist für das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich die Rechts- und Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheids massgebend (vgl. statt vieler: Urteil des BVGer F-5958/2022 vom 25. Januar 2023 E. 3; BVGE 2014/1 E. 2 m.H.; BVGE 2011/1 E. 2).

9.8.10 9.8.10.1 Eine kartellrechtliche Verwaltungssanktion ist grundsätzlich nur dann zumutbar, wenn die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens bewahrt wird; logischerweise ist dabei auch dessen Existenz miteingeschlossen (vgl. Urteil des BGer 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 10.1, DCC; BGE 143 II 297 Gaba E. 9.7.2; Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012 Publigroupe E. 12.3.2, nicht publiziert in BGE 139 I 72; Urteil des BVGer B-823/2016 vom 2. April 2020 E. 6.5.2, E. 6.5.5, Flügel und Klaviere). Die Sanktionen sollen schmerzen, aber ein Unternehmen nicht in den Konkurs treiben, denn damit wäre dem Wettbewerb letztlich nicht gedient. Insofern soll der Bussenbetrag in einem zumutbaren Verhältnis zur Leistungsfähigkeit des Unternehmens stehen. Allerdings muss der finanzielle Nachteil so gross sein, dass sich eine Beteiligung an einer Zuverhandlung nicht lohnt (vgl. Urteil des BGer 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 10.1, DCC; BGE 146 II 217 E. 9.1, Swisscom ADSL; BGE 143 II 297 E. 9.7.2, Gaba; Urteil des BVGer B-823/2016 vom 2. April 2020 E. 6.5.5, Flügel und Klaviere, m.w.H.).

B-5172/2019 Seite 187 9.8.10.2 Hinsichtlich der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des sanktionierten Unternehmens ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen "Flügel und Klaviere" grundsätzlich auf den Zeitpunkt abzustellen, der dem wettbewerbswidrigen Verhalten am nächsten steht (vgl. Urteil des BVGer B-823/2016 vom 2. April 2020 E. 6.1.2, Flügel und Klaviere). Dabei handelt es sich vorliegend – zumindest annäherungsweise – um den Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung. 9.8.10.3 Auf einen anderen Zeitpunkt ist ausnahmsweise dann abzustellen, wenn die besonderen Umstände des Einzelfalls dies nahelegen. So kann der Abschluss des Beschwerdeverfahrens als massgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit qualifiziert werden, wenn beim betroffenen Unternehmen während des Beschwerdeverfahrens ohne eigenes Zutun erhebliche Liquiditätsschwierigkeiten eingetreten sind. Dabei ist zu beachten, dass ein Unternehmen, das solche Liquiditätsschwierigkeiten (oder auch einen Kapitalverlust oder eine Überschuldungssituation [vgl. sogleich]) geltend macht, eine sehr weitgehende Mitwirkungspflicht trifft. Gestützt auf diese Mitwirkungspflicht hat das ersuchende Unternehmen vollständig über seine aktuelle finanzielle Situation Auskunft zu geben (vgl. Urteil des BVGer B-823/2016 vom 2. April 2020 E. 6.1.2, E. 6.5.5, E. 7.1, Flügel und Klaviere; Urteil des BVGer B-294/2022 vom 31. August 2022 E. 6.3.2.5, Dargaud [Suisse] SA).

9.8.11 9.8.11.1 Unverhältnismässig infolge fehlender Zumutbarkeit wäre die Belastung eines

Unternehmens mit einer Kartellsanktion und Verfahrenskosten im Lichte der vorstehenden Erwägungen ohne Weiteres dann, wenn das Unternehmen dadurch "zahlungsunfähig" wird, oder wenn die entsprechenden Verbindlichkeiten zu einem "Kapitalverlust" oder einer "Überschuldung" des Unternehmens führen (vgl. nachfolgend die Umschreibung dieser Begriffsgehalte). 9.8.11.2 "Zahlungsunfähigkeit" besteht dann, wenn ein Unternehmen seine fälligen Verbindlichkeiten aus einem nicht nur vorübergehenden Mangel an Zahlungsmitteln nicht mehr erfüllen kann und somit auch nicht über den erforderlichen Kredit verfügt, sich die erforderlichen Zahlungsmitteln nötigenfalls zu beschaffen (vgl. Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Obligationenrechts [Aktienrecht] vom 23. November 2016, BBl 2017 399, 573 f., m.H. auf BGE 111 II 206 E. 1 [nachfolgend: Botschaft Aktienrecht]; CHRISTOPH DIMINO/HANS RUDOLF TRÜEB, in: Umweltrecht in der Pra-

B-5172/2019 Seite 188 xis [URP], 2022-6, S. 611, m.H. auf ALEXANDER BRUNNER/FELIX H. BOLLER/EUGEN FRITSCHI, in: Basler Kommentar, SchKG, 3. Aufl. 2021, Art. 191 Rz. 2). 9.8.11.3 Ein "Kapitalverlust" liegt nach Art. 725 Abs. 1 aOR vor, wenn die letzte Jahresbilanz zeigt, "dass die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist". Eine "Überschuldung" setzt gemäss Art. 725 Abs. 2 aOR voraus, dass laut dem Ergebnis einer erstellten Zwischenbilanz "die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind". 9.8.11.4 Die Formulierungen von Art. 725 Abs. 1 und Abs. 2 aOR wurden im Zuge der kürzlich in Kraft getretenen Aktienrechtsrevision präzisiert (vgl. die revidierten Art. 725a OR [Kapitalverlust] und Art. 725b OR [Überschuldung], je in Kraft seit 1. Januar 2023; AS 2020 4005, AS 2022 109). 9.8.11.5 Aus diesen Präzisierungen ergeben sich für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache keine relevanten Änderungen. Die Revision von Art. 725 Abs. 1 und Abs. 2 aOR knüpft vielmehr grundsätzlich an der bisherigen Regelung an (vgl. Botschaft Aktienrecht, a.a.O., S. 576, 578). So enthält der neue Art. 725a Abs. 1 OR etwa die Präzisierung, dass die massgebenden Reserven für die Berechnung des Verlusts der Hälfte des Kapitals die gesetzlichen Reserven sind, die nicht an die Aktionäre zurückzahlbar sind; also diejenigen, die zu den gesetzlich vorgeschriebenen Reserven nach den Art. 671 und 672 OR gehören (vgl. PASCAL MONTAVON/IVAN JABBOUR, Die Revision des Aktienrechts, ergänzt um die Änderungen des GmbH-Rechts und des Genossenschaftsrechts per 1. Januar 2023, in: Trex 2023 S. 4 ff., S. 9 Rz. 33). 9.8.11.6 Von den gesetzlich vorgeschriebenen Reserven (Art. 671 und 672 OR) zu unterscheiden sind die freiwilligen Gewinnreserven (Art. 673 OR). Für die Berechnung des hälftigen Kapitalverlusts nach Art. 725 Abs. 1 aOR sind nach dem Wortlaut der (bisherigen wie der revidierten) Bestimmung ausschliesslich die gesetzlichen Reserven massgebend (vgl. statt vieler: PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., 2022, S. 1738 ff.).

B-5172/2019 Seite 189 9.8.12 9.8.12.1 Im Sinne der Rechtsprechung (vgl. E. 9.8.10) gilt es nachfolgend in einem ersten Schritt zu prüfen, ob sich die angefochtene Verfügung zum Zeitpunkt ihres Erlasses als mit Bezug auf die Tragbarkeit rechtmässig erweist. Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz die Zumutbarkeit der Bezahlung der Sanktion und der Verfahrenskosten durch die Beschwerdeführerin in der angefochtenen Verfügung unter Berücksichtigung der ihr damals vorliegenden Sachlage zu Recht bejaht hat (E. 9.8.13, insbes. E. 9.8.13.3, E. 9.8.13.8; E. 9.8.14 f.). Da für das Bundesverwaltungsgericht wie in jedem Beschwerdeverfahren grundsätzlich der

Sachverhalt massgeblich ist, wie er im Zeitpunkt seines Entscheids vorliegt, sind bereits bei diesem ersten Prüfschritt von der Beschwerdeführerin während des Beschwerdeverfahrens nachgereichte Unterlagen mitzuberücksichtigen (vgl. aber zu den Mitwirkungspflichten der Beschwerdeführerin E. 9.8.16.2). 9.8.12.2 In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob bei der Beschwerdeführerin im Sinne der vorne zitierten Rechtsprechung während des Beschwerdeverfahrens ohne eigenes Zutun erhebliche Liquiditätsschwierigkeiten eingetreten sind (E. 9.8.13.4 ff.; E. 9.8.13.8; E. 9.8.15 f.). Wird diese Frage im Ergebnis verneint, ist eine Sanktionsreduktion im Nachgang zum Verfügungszeitpunkt oder gar ein Sanktionserlass ausgeschlossen. Für eine Anpassung der Sanktion besteht somit grundsätzlich kein Raum, falls die Beschwerdeführerin während des Beschwerdeverfahrens selber aktiv dazu beigetragen hat, dass sie nachträglich in den von ihr geltend gemachten Liquiditätsengpass gerät (vgl. dazu konkretisierend E. 9.8.16.8 ff.).

B-5172/2019 Seite 190 9.8.13 9.8.13.1 Was nun den von der Beschwerdeführerin in der Untersuchung geltend gemachten drohenden Kapitalverlust (E. 9.8.1) betrifft, betont die angefochtene Verfügung zutreffend, dass ein hälftiger Kapitalverlust nach Art. 725 Abs. 1 aOR nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes nur dann vorliegt, wenn "die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist" (Verfügung, Rz. 407). 9.8.13.2 Weiter weist die angefochtene Verfügung in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Beschwerdeführerin laut der Bilanz per 31. Dezember 2017 über eine "freiwillige Gewinnreserve" von Fr. (...) verfügt habe (Vorinstanz, act. 89 [22-0459], Beilage Nr. 5), welche von Art. 725 Abs. 1 aOR nicht erfasst sei. Der Betrag von Fr. (...) sei daher mit den anfallenden Verlusten zu verrechnen, bevor die Bezugsgrösse zur Bestimmung des hälftigen Kapitalverlusts berechnet werde. Ausgehend vom Eigenkapital der Beschwerdeführerin von Fr. (...) per Ende 2017 (vgl. Vorinstanz, act. 89 [22-0459], Beilage Nr. 5) betrage das Eigenkapital der Beschwerdeführerin per Ende 2025 unter korrektem Einbezug der "freiwilligen Gewinnreserve" selbst im Fall der Anrechnung von allen geltend gemachten Verlusten von total Fr. (...) für die Jahre 2018 bis 2025 (vgl. E. 9.8.1 sowie Vorinstanz, act. 93 [22-0459], Beilage Nr. 1 [Budget und Investitionsplanung bis 2025]) immer noch Fr. (...). Damit läge das Eigenkapital der Beschwerdeführerin auch noch nach sieben weiteren Geschäftsjahren über dem kritischen Schwellenwert von Art. 725 Abs. 1 aOR. Dieser belaufe sich auf Fr. (...) (...); Verfügung, Rz. 406 ff.). 9.8.13.3 Die Beträge, auf welche die Vorinstanz in der obigen Beurteilung (E. 9.8.13.1 f.) abstellt, stimmen mit der durch die Akten damals ausgewiesenen Sachlage überein. Es trifft insbesondere zu, dass die Beschwerdeführerin per 31. Dezember 2017 über eine – in ihrer damaligen Argumentation unerwähnt gebliebene – freiwillige Gewinnreserve von Fr. (...) verfügte (vgl. Vorinstanz, act. 89 [22-0459], Beilage Nr. 5; Vorinstanz, act. 93 [22-0459], Beilage Nr. 1). Auch in rechtlicher Hinsicht besteht unter Berücksichtigung des unter E. 9.8.11 Ausgeführten keine Veranlassung, die oben umschriebene Darstellung der Vorinstanz in Frage zu stellen. Die Beschwerdeführerin bestreitet die Rechtmässigkeit der angefochtenen Verfügung in diesem Punkt auch nicht. Sie trägt ihre ursprüngliche Rüge – die in der Untersuchung in Aussicht gestellten Belastungen seien infolge eines drohenden Kapitalverlusts unverhältnismässig – vor Bundesverwaltungsgericht zu Recht gar nicht mehr vor (E. 9.8.4). Die Beschwerdeführerin

B-5172/2019 Seite 191 macht auch nicht geltend, dass sie gestützt auf aktuellere Unterlagen im Verlauf des Beschwerdeverfahrens oder nach dessen Abschluss den Eintritt eines Kapitalverlusts oder einer Überschuldungssituation befürchtet. 9.8.13.4 Für Letzteres

bestehen auch keine Anhaltspunkte. Im Gegenteil haben sich die von der Beschwerdeführerin ursprünglich für 2018 bis 2025 prognostizierten Verluste zwischenzeitlich deutlich verringert: Während sich der von der Beschwerdeführerin ursprünglich prognostizierte kumulierte Verlust für die Jahre 2018 bis 2025 noch auf Fr. (...) belaufen hätte (E. 9.8.1, E. 9.8.13.2), beträgt der entsprechende Gesamtbetrag gemäss der nun vorliegenden Aktenlage nur noch Fr. (...) (Beilagen Nr. 1 und Nr. 2 zur Eingabe vom 2. Juni 2021 [Geschäftsberichte 2019 und 2020]; Beilage Nr. 6 zur Eingabe vom 2. Juni 2021 [überarbeitete Plan-Erfolgsrechnung]). 9.8.13.5 Diese markant günstigere Entwicklung besteht unter anderem darin, dass die Beschwerdeführerin im Jahr 2019 statt des ursprünglich prognostizierten Verlusts von Fr. (...) (E. 9.8.1) tatsächlich (...) verbucht hat (Beilage Nr. 1 zur Eingabe vom 2. Juni 2021 [Geschäftsbericht 2019]). Auch das Jahr 2020 schloss die Beschwerdeführerin besser als ursprünglich prognostiziert ab, nämlich mit (...) gegenüber dem deutlich zu pessimistisch eingeschätzten Verlust von Fr. (...) laut der Prognose im Zeitpunkt vor dem Untersuchungsabschluss (Beilage Nr. 2 zur Eingabe vom 2. Juni 2021; Vorinstanz, act. 93 [22-0459], Beilage Nr. 1]). Zudem rechnet die Beschwerdeführerin im Jahr 2021 laut der überarbeiteten Plan-Erfolgsrechnung noch mit (...) statt (...) gemäss der Annahme vor dem Untersuchungsabschluss (Beilage Nr. 6 zur Eingabe vom 2. Juni 2021; Vorinstanz, act. 93 [22-0459], Beilage Nr. 1).

B-5172/2019 Seite 192 9.8.13.6 Darüber hinaus steht gemäss der aktuellen Aktenlage auch fest, dass der – laut der überarbeiteten Plan-Erfolgsrechnung geltend gemachte – Gesamtverlust für die Jahre 2018 bis 2025 von noch Fr. (...) (E. 9.8.13.4) neu auch Rückstellungen von insgesamt Fr. (...) für das vorliegende Verfahren beinhaltet. Denn wie die Beschwerdeführerin selbst ausführt, berücksichtigt der in der überarbeiteten Plan-Erfolgsrechnung aufgeführte Verlust von Fr. (...) für das Jahr 2020 "die Rückstellungen der von der Vorinstanz verfügten Sanktion im Umfang von CHF [...] sowie Verfahrens- und Anwaltskosten im Umfang von CHF [...]". Für das Jahr 2021 berücksichtigt die überarbeitete Plan-Erfolgsrechnung laut der Beschwerdeführerin Rückstellungen von Fr. (...) für Verfahrens- und Anwaltskosten (Eingabe vom 2. Juni 2021, Ziffer 5). Somit wird der mit der Bezahlung der Sanktion und der Verfahrenskosten zu verbuchende Aufwand das Eigenkapital der Beschwerdeführerin nicht mehr zusätzlich belasten. 9.8.13.7 Im Übrigen hat sich gestützt auf die Abklärungen des Bundesverwaltungsgerichts gezeigt, dass die Beschwerdeführerin per (...) über stille Reserven von (zumindest) Fr. (...) verfügte (Beilage Nr. 3 zur Eingabe vom 2. Juni 2021 [Zusammenstellung stille Reserven]). Das Eigenkapital der Beschwerdeführerin betrug per 31. Dezember 2020 laut der nachgereichten Bilanz Fr. (...) (Beilage Nr. 2 zur Eingabe vom 2. Juni 2021). Per Ende 2025 will die Beschwerdeführerin laut ihren eigenen Angaben weiterhin über ein Eigenkapital von Fr. (...) verfügen. Dieses beinhaltet Ende 2025 neben dem Aktienkapital und der gesetzlichen Kapitalreserve weiterhin eine freiwillige Gewinnreserve im Betrag von Fr. (...) (Beilage Nr. 6 zur Eingabe vom 2. Juni 2021 [Eigenkapitalsituation]). 9.8.13.8 Unter diesen Umständen war der Eintritt eines hälftigen Kapitalverlusts oder gar einer Überschuldungssituation aufgrund des vorliegenden Kartellverfahrens nicht nur zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung ausgeschlossen, sondern ist es erst recht auch unter Beizug und Würdigung der aktuellen Aktenlage. Der Vorinstanz ist daher zuzustimmen, dass die verfügte Sanktion inklusive Verfahrenskosten für die Beschwerdeführerin unter dem Gesichtspunkt der Kapitalisierung vollumfänglich tragbar ist.

B-5172/2019 Seite 193 9.8.14 Es fragt sich aber, ob die Vorinstanz die Zumutbarkeit der Bezahlung der Sanktion und der Verfahrenskosten durch die Beschwerdeführerin im Verfügungszeitpunkt auch aus Sicht der "Liquidität" bejahen durfte. 9.8.14.1 Die angefochtene Verfügung führt diesbezüglich aus, dass die Gesamtbelastung aus Liquiditätssicht dann für ein Unternehmen nicht tragbar wäre, wenn die vorhandenen Reserven ohne Gefährdung der Weiterführung der Unternehmung nicht hinreichend liquidierbar und somit im Um- lauf- oder Anlagevermögen gebunden wären. Die Liquiditätssituation der Beschwerdeführerin könne per Ende 2018 als sehr gut bezeichnet werden. Zu diesem Zeitpunkt habe die Beschwerdeführerin nämlich über flüssige Mittel von Fr. (...) verfügt. Ein Jahr vorher – per 31. Dezember 2017 – hätten die flüssigen Mittel der Beschwerdeführerin noch Fr. (...) betragen (Verfügung, Rz. 411 ff.). Auch habe die Beschwerdeführerin ihre Liquiditätssituation im Geschäftsbericht 2017 und einem Schreiben vom Juli 2018 selbst als gut eingeschätzt. Die Sanktion und die Verfahrenskosten seien für die Beschwerdeführerin somit auch unter dem Gesichtspunkt der Liquidität vollumfänglich tragbar (Verfügung, Rz. 414). 9.8.14.2 Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz demgegenüber eine unvollständige Erhebung des Sachverhalts und eine willkürliche Würdigung der Zusammenhänge vor. Denn obwohl sich die Beschwerdeführerin in der Untersuchung ausführlich zur finanziellen Prognose der kommenden Jahre geäußert habe, gehe die angefochtene Verfügung bei der Analyse der Liquiditätssituation darauf nicht ein. Die Beschwerdeführerin habe im Zusammenhang der Untersuchung der Vorinstanz feststellen müssen, dass sie anstehende Investitionen lange Zeit vernachlässigt und die Liquidität der Unternehmung aus dem Auge verloren habe. Sie habe daher einen soliden Liquiditätsplan erstellt. Erst damit sei ihr bewusst geworden, dass sie auf einen finanziellen Engpass zusteure. Der Erlass der angefochtenen Verfügung habe klar gemacht, dass die Vorinstanz die Liquiditätssituation der Beschwerdeführerin nicht ernsthaft untersucht habe. Es wäre aber Aufgabe der Vorinstanz gewesen, im Hinblick auf die Tragbarkeit der Sanktion nicht bloss die Kapitalisierung der Beschwerdeführerin, sondern auch deren Liquiditätssituation zu untersuchen. Dass die Beschwerdeführerin den Liquiditätsplan (Beschwerdebeilage Nr. 5) erst mit der Beschwerde eingereicht habe, sei ihr nicht vorzuwerfen (vgl. zum Ganzen: Beschwerde, Rz. 231 f.; Replik, Rz. 68 f.; abschliessende Stellungnahme [29. Juni 2020], Rz. 15).

B-5172/2019 Seite 194 9.8.14.3 Dem hält die Vorinstanz mit Verweis auf die angefochtenen Verfügung (Rz. 411 ff.) entgegen, dass die damals erst in der provisorischen Jahresrechnung per 31. Dezember 2018 ausgewiesenen flüssigen Mittel von Fr. (...) mit der revidierten Jahresrechnung 2018 übereinstimmten (Beschwerdebeilage Nr. 4). Wie in der angefochtenen Verfügung festgehalten, sei diese Liquiditätssituation als sehr gut zu bewerten. Weiter gelte es hervorzuheben, dass sich die Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren bezüglich der Tragbarkeit der Sanktion darauf berufen habe, dass die Sanktion zu einer Überschuldung führe. Zur Liquiditätssituation habe sich die Beschwerdeführerin damals nicht geäußert. Erst im Beschwerdeverfahren habe die Beschwerdeführerin angebliche künftige Liquiditätsschwierigkeiten geltend gemacht. Dennoch habe die Vorinstanz in der Verfügung neben der Kapitalisierung auch die Liquiditätslage der Beschwerdeführerin geprüft. Die neuen Beweismittel, welche die Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht eingereicht habe, seien – als erst nach dem vorinstanzlichen Entscheid entstandene Akten – nicht geeignet, zur Beurteilung der Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Entscheids zum Verfügungszeitpunkt beizutragen. Werde im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hinsichtlich der

wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des sanktionierten Unternehmens auf den Zeitpunkt abgestellt, der dem wettbewerbswidrigen Verhalten am nächsten stehe, sei die Tragbarkeit der vorliegenden Sanktion ohne Weiteres gegeben. Anzeichen dafür, dass die Beschwerdeführerin in den Jahren 2008 bis 2012, in welchen sich die acht sanktionierten Wettbewerbsverstösse zugetragen hätten, mit einem Insolvenzrisiko konfrontiert gewesen sei, bestünden keine. Die Beschwerdeführerin habe ihre Liquiditätssituation noch im Juli 2018 auch selber als gut eingeschätzt. Die zuverlässigen und revidierten Zahlen aus der Vergangenheit zeichneten das Bild eines Unternehmens mit einer sehr guten Liquidität (vgl. zum Ganzen: Vernehmlassung, Rz. 76, 78; Duplik, Rz. 46, 49; Stellungnahme der Vorinstanz vom 2. Juli 2021).

B-5172/2019 Seite 195 9.8.14.4 Die Fähigkeit einer Gesellschaft, den fälligen Zahlungsansprüchen Folge zu leisten, ist unstrittig eine wichtige unternehmerische Rahmenbedingung, deren Nichteinhalten die Existenz einer Gesellschaft ernsthaft bedrohen kann (vgl. zum Begriff der Zahlungsunfähigkeit bereits E. 9.8.11.2). Der Gesetzgeber stellte den Regeln zum Kapitalverlust und zur Überschuldung mit der bereits erwähnten Aktienrechtsrevision (E. 9.8.11.4 f.) den neuen Art. 725 OR voran. Nachdem der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft aufgrund der allgemeinen Sorgfaltspflicht (Art. 717 Abs. 1 OR) auch bereits nach der bisherigen Rechtslage zur Überwachung der Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft verpflichtet war (vgl. PETER FORST-MOSER / MARCEL KÜCHLER, in: Schweizerisches Aktienrecht 2020, Mit neuem Recht der GmbH und der Genossenschaft und den weiteren Gesetzesänderungen, 2022, Art. 725 OR N. 6), hält Art. 725 Abs. 1 OR diese Verpflichtung des Verwaltungsrats nun ausdrücklich fest. Droht die Gesellschaft zahlungsunfähig zu werden, muss der Verwaltungsrat den spezifischen, im Gesetz aufgeführten, Handlungspflichten nachkommen, um die Zahlungsunfähigkeit zu vermeiden (Abs. 2). Die konkreten Handlungsschritte des Verwaltungsrats umfassen dabei mehrere Stufen, bis als letzte Option nötigenfalls ein Gesuch um Nachlassstundung eingereicht werden muss. Die einmalige Unmöglichkeit, fristgerecht zu bezahlen, begründet noch keine Zahlungsunfähigkeit (vgl. Botschaft Aktienrecht, a.a.O., S. 573 f., m.H. auf BGE 109 III 77 E. 2; FORSTMOSER / KÜCHLER, a.a.O., Art. 725 OR N. 7, 10). 9.8.14.5 Zur Analyse der Zahlungsfähigkeit einer Gesellschaft kann in der Praxis auf die sog. "dispositive" und "strukturelle" Liquidität abgestellt werden. Das bestandesorientierte Konzept der dispositiven Liquidität untersucht anhand der nachfolgend genannten Kennziffern (E. 9.8.14.6), inwieweit die zu einem bestimmten Zeitpunkt vorhandenen flüssigen oder geldnahen Mittel in der Lage sind, die kurzfristigen erwarteten Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen. Die "strukturelle" Liquidität stellt demgegenüber die Frage ins Zentrum, ob die operative Nutzung des Betriebsvermögens geeignet ist, einen Beitrag an die künftigen Liquiditätsverpflichtungen zu leisten. Von Bedeutung in diesem "stromgrössenorientierten" Konzept ist vor allem der "Cashflow" als Massgrösse für den Zufluss an selbsterarbeiteten liquiden Mitteln aus Betriebstätigkeit (sog. Innenfinanzierungskraft des Unternehmens). Die zentrale Grösse zur Bestimmung des Cashflows bildet die Geldflussrechnung (vgl. LUZ HAIL / CONRAD MEYER, Abschlussanalyse und Unternehmensbewertung, 2006, S. 56 ff.).

B-5172/2019 Seite 196 9.8.14.6 Bei der Analyse der dispositiven Liquidität werden die folgenden Kennziffern unterschieden: Kennziffer Berechnungsweise Cash Ratio (Liquiditätsgrad I)  $\text{Liquide Mittel} / \text{kurzfristige Verbindlichkeiten}$  Quick Ratio (Liquiditätsgrad II)  $(\text{Liquide Mittel} + \text{kurzfristige Forderungen}) / \text{kurzfristige}$

Verbindlichkei- ten Current Ratio (Liquiditätsgrad III) Umlaufvermögen / kurzfristige Ver- bindlichkeiten

Die "Quick Ratio" bildet die aussagekräftigste Kennziffer. Sie betrachtet die kurzfristig in Geld zu verwandelnden Bestände des Umlaufvermögens in Relation zum kurzfristigen Fremdkapital. Das Warenlager bleibt im Gegen- satz zur "Current Ratio" von der Analyse ausgeschlossen. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass bei physischen Lagervorräten sowohl der Anfall als auch die Höhe einer Umwandlung in flüssige Mittel mit erheb- lichen Unsicherheiten behaftet sind. Gegenüber der "Cash Ratio" erfolgt die Abgrenzung über den Einbezug der Debitorenbestände. So wird bei der "Quick Ratio" angenommen, dass die ausstehenden Kundenforderungen innert nützlicher Frist beglichen werden und die gebildeten Delkredererück- stellungen die effektiven Zahlungsausfälle abzudecken vermögen (vgl. HAIL/MEYER, a.a.O., S. 56 ff.). 9.8.14.7 Die Bestimmung der "Quick Ratio" der Beschwerdeführerin mittels der Geschäftsdaten, über welche die Vorinstanz beim Erlass der angefoch- tenen Verfügung verfügt hat, bestätigt, dass die Liquiditätssituation der Be- schwerdeführerin vor dem Erlass der angefochtenen Verfügung sehr gut war. Denn wie aus der nachfolgenden Übersicht hervorgeht, betrug der Li- quiditätsgrad II der Beschwerdeführerin per Ende 2018 hohe (...) %. Die der Vorinstanz damals vorliegenden Akten belegen zudem, dass sich die Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin in den Jahren 2013 bis 2018 bis zur erwähnten sehr guten Situation im Jahr 2018 (ausgehend von einem bereits guten Wert von (...) % im Jahr 2013) mit jedem Jahr wie folgt kon- tinuierlich verbessert hat (Zielwert Liquidität II: mindestens 100%; vgl. Vorinstanz, act. 89 [22-0459], Beilagen Nr. 1 - Nr. 6):

B-5172/2019 Seite 197 Quick Ratio 2013 2014 2015 2016 2017 2018 Liquidität II (...) %  
(...) % (...) (%) % (...) % (...) %

Abgesehen davon ist der Hinweis der Vorinstanz korrekt, dass die beim Verfügungserlass erst in der provisorischen Jahresrechnung per 31. De- zember 2018 ausgewiesenen flüssigen Mittel von Fr. (...) mit der revidier- ten Jahresrechnung 2018 übereinstimmen (vgl. Beschwerdebeilage Nr. 4). 9.8.14.8 Angesichts dieser – zwar vergangenheitsgerichteten, aber über einen langen Zeitraum eindeutigen und konstant guten – Kennziffern durfte die Vorinstanz im Verfügungszeitpunkt durchaus davon ausgehen, dass die Beschwerdeführerin ohne Gefährdung ihrer Wettbewerbsfähigkeit in der Lage sein wird, neben ihren weiteren Zahlungsverpflichtungen auch die verfügte Kartellsanktion inkl. Verfahrenskosten innert nützlicher Frist zu be- zahlen. 9.8.14.9 Dass sich die Vorinstanz in der Verfügung darauf beschränkt hat, die Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin im Wesentlichen gestützt auf die damals vorhandenen, erheblichen freien Finanzmittel zu bejahen, ist unter den gegebenen Umständen nicht zu beanstanden. Zwar hätte die Vorinstanz die von der Beschwerdeführerin – ausschliesslich unter dem Aspekt der Kapitalisierung herangezogenen – "Budgetpositionen" (E. 9.8.2 f.) grundsätzlich auch von Amtes wegen einer detaillierten Ana- lyse der mutmasslich künftigen Liquiditätsentwicklung (mit Plan- statt mit Vergangenheitsdaten) unterziehen können. Im Verzicht der Vorinstanz auf eine solche Zusatzanalyse ist nach der Einschätzung des Bundesverwal- tungserichts aber entgegen der Beschwerdeführerin weder eine unvoll- ständige Sachverhaltserhebung noch eine willkürliche Würdigung der Zu- sammenhänge zu sehen. 9.8.14.10 Denn es gilt zu beachten, dass der Verwaltungsrat der Be- schwerdeführerin aufgrund der allgemeinen Sorgfaltspflicht (Art. 717 Abs. 1 OR) – wie erwähnt (E. 9.8.14.4) – auch bereits nach der damaligen Rechtslage zur Überwachung der

Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin verpflichtet war. Deshalb, sowie in Anbetracht der sehr weitgehenden Mitwirkungspflicht der Beschwerdeführerin bei der Ermittlung der Finanzlage konnte von der Beschwerdeführerin erwartet werden, dass sie die Vorinstanz auf eine ihr allenfalls drohende Zahlungsunfähigkeit unmissverständlich hinweist.

B-5172/2019 Seite 198 9.8.14.11 Da dies unstrittig nicht geschehen ist, bestand für die Vorinstanz beim Erlass der angefochtenen Verfügung keine Veranlassung, von Amtes wegen auch eine detaillierte, zukunftsgerichtete Prüfung vorzunehmen. Davon waren unter Berücksichtigung der lange konstant guten Ergebnisse der bestandesorientierten Analyse vernünftigerweise keine gegenteiligen Erkenntnisse zu erwarten. Die Vorinstanz schloss daher im Verfügungszeitpunkt auch ohne entsprechende Zusatzprüfung rechtmässig darauf, dass der verfügte Sanktionsbetrag inklusive Verfahrenskosten in einem zumutbaren Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Beschwerdeführerin steht. 9.8.14.12 Dies gilt umso mehr, da im Verfügungszeitpunkt unter den gegebenen Umständen auch davon ausgegangen werden musste, dass die Beschwerdeführerin durchaus in der Lage wäre, sich zur Überbrückung eines allfälligen künftigen Liquiditätsengpasses erfolgreich einen angemessenen Bankkredit zu beschaffen. Im Übrigen bietet die Vorinstanz der Beschwerdeführerin ausdrücklich Ratenzahlungen an, damit diese den gesamten geschuldeten Betrag notfalls nicht auf einmal bezahlen muss (vgl. in diesem Sinne die Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung, S. 1, Fn. 2, sowie ausdrücklich auch die Stellungnahme vom 2. Juli 2021). Auch diese entlastenden Faktoren sind zur Beurteilung der Tragbarkeit unter dem Aspekt einer angeblich drohenden Zahlungsunfähigkeit zu berücksichtigen. 9.8.14.13 Insgesamt hat die Vorinstanz die Tragbarkeit der Sanktion und der Verfahrenskosten in der angefochtenen Verfügung daher auch aus Sicht der Liquidität zu Recht bejaht. Im Verfügungszeitpunkt (Mai 2019) bestand für die Vorinstanz unter Berücksichtigung der damals vorliegenden Sachlage auch unter diesem Gesichtspunkt keine Veranlassung anzunehmen, die Bezahlung der Sanktion und der Verfahrenskosten sei für die Beschwerdeführerin nicht zumutbar und damit unverhältnismässig. Die angefochtene Verfügung erweist sich zum Zeitpunkt ihres Erlasses auch mit Blick darauf als rechtmässig.

B-5172/2019 Seite 199 9.8.15 Als Zwischenresultat kann demnach festgehalten werden, dass die vorinstanzliche Sanktion inklusive Verfahrenskosten für die Beschwerdeführerin unter dem Gesichtspunkt der Kapitalisierung vollumfänglich tragbar ist. Unter diesem Titel ergibt sich weder im Verfügungszeitpunkt noch später eine Unverhältnismässigkeit der Massnahme (E. 9.8.13.8). Ebenso zu Recht bejaht hat die Vorinstanz die Tragbarkeit der Sanktion und der Verfahrenskosten aus Sicht der Liquidität im Verfügungszeitpunkt (E. 9.8.14.13). Unter all diesen Gesichtspunkten erweisen sich die Beträge, welche die Vorinstanz der Beschwerdeführerin auferlegt hat – und somit auch die leicht tiefere, vom Bundesverwaltungsgericht berechnete Gesamtsanktion (E. 9.7.1) – als verhältnismässig. Soweit die Beschwerdeführerin dies beanstandet, sind ihre Vorbringen unbegründet. 9.8.16 Offen ist, ob die Beschwerdeführerin während des Beschwerdeverfahrens ohne eigenes Zutun in Liquiditätsschwierigkeiten geraten ist. So rügt die Beschwerdeführerin, die Bezahlung der Sanktion und der Verfahrenskosten sei für sie gestützt auf die dem Bundesverwaltungsgericht neu vorgelegten Dokumente mangels genügender Liquidität nicht zumutbar. 9.8.16.1 Dem Bundesverwaltungsgericht liegen diesbezüglich das mit der Beschwerde eingereichte Aktenstück "Plan-Erfolgsrechnung und Liquiditätsplan 2019-2025" (Beschwerdebeilage Nr. 5) sowie insbesondere die folgenden weiteren Akten des Beschwerdeverfahrens vor (vgl. auch C.b, C.d, C.g, C.h, E. 9.8.7): – Beschwerdebeilage

Nr. 6 (Neuer Aktionärsbindungsvertrag G. \_\_\_\_\_ AG vom [...]); – Replikbeilagen Nr. 1-6 (darunter: Erster Aktionärsbindungsvertrag G. \_\_\_\_\_ AG vom [...] [Beilage Nr. 1], E-Mail-Korrespondenz zur Umsetzung Kauf G. \_\_\_\_\_ AG [Beilage Nr. 2], Aktualisierte Inventar- liste [Beilage Nr. 5], Belege über Investitionen 2019 [Beilage Nr. 6]); – Beilage Nr. 1 zur abschliessenden Stellungnahme vom 29. Juni 2020 (alternativer Liquiditätsplan); – Beilagen Nr. 1-11 zur Eingabe vom 2. Juni 2021 (darunter: Geschäfts- bericht 2019 [Beilage Nr. 1], Geschäftsbericht 2020 [Beilagen Nr. 2], Zusammenstellung stille Reserven per 31. Dezember 2020 [Beilage Nr. 3], überarbeitete Plan-Erfolgsrechnung mit Liquiditätsplan 2019- 2025 [Beilage Nr. 6]).

B-5172/2019 Seite 200 9.8.16.2 Die Beschwerdeführerin hat ihre Angaben zur Entwicklung der Li- quiditätslage seit ihrer Eingabe vom 2. Juni 2021 (welcher noch die Schrei- ben vom 16. Juni 2021 und 16. August 2021 folgten) nicht weiter aktuali- siert (vgl. C.h, C.i, C.k). Angaben dazu, wie die Beschwerdeführerin die Geschäftsjahre ab 2021 tatsächlich abgeschlossen hat, liegen deshalb nicht vor. Dass sich aus den jüngsten Geschäftszahlen eine Bestätigung der geltend gemachten Zahlungsunfähigkeit oder gar eine Verschlechte- rung derselben ergibt, macht die Beschwerdeführerin nicht geltend. Ange- sichts der sehr weitgehenden Mitwirkungspflichten der Beschwerdeführe- rin (E. 9.8.10.3) wird im Folgenden demnach auf die Unterlagen abgestellt, welche die Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht bis am 2. Juni 2021 eingereicht hat. 9.8.16.3 Im Übrigen steht bei der nachfolgenden Beurteilung mit Bezug auf die verschiedenen im Recht liegenden Plan-Erfolgsrechnungen und Liqui- ditätspläne primär das zeitlich aktuellste Dokument im Fokus. Dabei han- delt es sich um die überarbeitete Plan-Erfolgsrechnung mit Liquiditätsplan gemäss Beilage Nr. 6 zur Eingabe vom 2. Juni 2021. 9.8.16.4 Die Beschwerdeführerin ruft zur Begründung ihrer vor Bundesver- waltungsgericht neu erhobenen Rüge – wie erwähnt (E. 9.8.5) – im We- sentlichen dieselben "Budgetpositionen" an, welche sie auch schon in der Untersuchung zur damaligen Begründung des angeblich drohenden Kapi- talverlusts herangezogen hatte (vgl. die Positionen Nr. 1 – Nr. 7 in der Auf- listung unter E. 9.8.2). Betragsmässig passt die Beschwerdeführerin ihre Darstellung vor Bundesverwaltungsgericht teilweise an. Zuletzt argumen- tiert die Beschwerdeführerin zusammenfassend wie folgt: a) In den Jahren 2019 bis 2025 gelte es unter Berücksichtigung von erwar- teten notwendigen Investitionen Abschreibungen von durchschnittlich Fr. (...) pro Jahr zu veranschlagen, nämlich: Abschreibungen (in Fr.) 2019 2020 2021 2022 2023 2024 2025 (...) (...) (...) (...) (...) (...) (...) (...)

B-5172/2019 Seite 201 b) Es sei von einer Modellrechnung auszugehen, in welcher Investitionen und Abschreibungen gleichzusetzen seien. Ein einzelnes Jahr möge posi- tiv oder negativ davon abweichen. Auf mehrere Jahre hinaus betrachtet sei es aber richtig, dass Investitionen und Abschreibungen gleich hoch seien (abschliessende Stellungnahme [29. Juni 2020], Rz. 11). Entsprechend be- ruft sich die Beschwerdeführerin auf Investitionen von Fr. (...) und Fr. (...) in den Jahren 2019 und 2020 sowie auf jährliche Mittelabflüsse für Investi- tionen von je Fr. (...) in den Jahren 2021 bis 2025. c) Die in den Jahren 2019 und 2020 berücksichtigten Abschreibungen und Investitionen seien mit Fr. (...) (2019) und Fr. (...) (2020) deshalb höher ausgefallen als ursprünglich vorausgeplant, da ausserplanmässig hohe Kosten durch Neuanschaffungen von (...) angefallen seien. In den Jahren 2019 und 2020 hätten beispielsweise (...) für Fr. (...) und (...) für Fr. (...) gekauft werden müssen. (...). In beiden Fällen habe es sich gezeigt, dass die Beschwerdeführerin

unvorhersehbarerweise schnell viel Liquidität brauche (Eingabe vom 2. Juni 2021, Ziff. 4 m.H. auf Beilagen Nr. 7 und Nr. 8 zur erwähnten Eingabe). d) Die Abschreibungen und Investitionen für die Jahre 2021 bis 2025 habe die Beschwerdeführerin auf Fr. (...) heraufgesetzt, weil der zuvor angegebene Investitions- und Abschreibungswert von Fr. (...) (vgl. Beschwerdebeilage Nr. 5) zu tief kalkuliert gewesen sei. Dass die höhere Zahl realistisch sei, ergebe sich aus dem Durchschnitt der Abschreibungen der Jahre 2016 bis 2020 von Fr. (...) (Eingabe vom 2. Juni 2021, Ziff. 4; Replik, Rz. 82; Replikbeilage Nr. 6). Für die Jahre 2016 bis 2018 hatte die Beschwerdeführerin gemäss der mit der Beschwerde eingereichten Plan-Erfolgsrechnung Abschreibungen von durchschnittlich Fr. (...) pro Jahr berücksichtigt (vgl. Beschwerdebeilage Nr. 5). e) Weiter beruft sich die Beschwerdeführerin in den Jahren 2021 bis 2025 auf einen Abfluss von jährlich Fr. (...) für die "Übernahme der G. \_\_\_\_\_AG". f) Zudem sei in den Vorjahren 2019 und 2020 der folgende Liquiditätsbedarf zu berücksichtigen (vgl. Beschwerdebeilage Nr. 5):

B-5172/2019 Seite 202 Bezeichnung 2019 2020 "Übernahme G. \_\_\_\_\_AG" (...) (...) "Rückzahlung Darlehen (...)" (...)

"Darlehen / Dividende für (...)"

(...) "Dividende für Firmenübergabe (...)"

(...)

g) Weil die im Jahr 2020 mit einem Mittelabfluss von Fr. (...) - geplanten Rückkäufe der (...) (vgl. Bst. f.) nur teilweise zustande gekommen seien, budgetiere die Beschwerdeführerin für das Jahr 2023 weiterhin einen Betrag von Fr. (...) für einen Rückkauf der (...) [Wertpapiere] durch (...) ([...]; vgl. Eingabe vom 2. Juni 2021, Ziff. 4).

h) Aufgrund all dieser Geldabflüsse sei von einer Reduktion der flüssigen Mittel der Beschwerdeführerin von Fr. (...) per 1. Januar 2021 auf minus Fr. (...) per Ende 2025 auszugehen. Eine ungenügende Liquidität von minus Fr. (...) sei voraussichtlich per Ende 2023 zu erwarten (vgl. Beilage Nr. 6 zur Eingabe vom 2. Juni 2021). Die stillen Reserven der Beschwerdeführerin per 31. Dezember 2020 von total Fr. (...) (E. 9.8.13.7) seien in der Baubranche zwingend notwendig und basierten auf Erfahrungswerten (Eingabe vom 2. Juni 2021, Ziff. 2). 9.8.16.5 Nach Ansicht der Vorinstanz steht die Liquidität der Sanktion der Beschwerdeführerin in der verfügbaren Höhe nach wie vor nicht entgegen. Mit ihrem Liquiditätsplan verfolge die Beschwerdeführerin eine sehr offensive Ausschüttungs- und Investitionspolitik, welche ihrer wirtschaftlichen Situation nicht angepasst sei. Bei der Beurteilung der Tragbarkeit einer Sanktion sei auf das betriebsnotwendige Liquiditätsminimum abzustellen. Der Abfluss flüssiger Mittel für nicht betriebsnotwendige Ausgaben sei bei der Tragbarkeitsprüfung nicht zu berücksichtigen. Anderes gelte grundsätzlich nur für künftige Mittelabflüsse, zu denen sich das sanktionierte Unternehmen bereits vor Erhalt des Antrags des Sekretariats rechtlich verbindlich und ohne Kündigungs- oder Rücktrittsmöglichkeit verpflichtet habe und sofern diese Verpflichtung nicht unter anderem auch dem Zweck gedient habe, die Liquiditätssituation im Hinblick auf die drohende Sanktion zu schmälern und die Tragbarkeit dadurch in Frage stellen zu können.

B-5172/2019 Seite 203 Die Liquiditätsplanung der Beschwerdeführerin enthalte diverse nicht betriebsnotwendige Ausgaben. Dazu zähle neben dem Kauf der G. \_\_\_\_\_AG auch der (...) [Rückkauf Wertpapiere] (...) mit (...) [anschliessender Firmenübergabe]. Weiter berücksichtige die Beschwerdeführerin umfangreiche Investitionen von neu Fr. (...) pro

Jahr, welche nicht konkret dargelegt würden und offenbar jeweils sogleich vollumfänglich ab- geschrieben werden sollen. Die vorhandenen stillen Reserven lasse die Beschwerdeführerin ausser Acht. Mögliche Bankkredite und die Möglichkeit von Ratenzahlungen klammere die Beschwerdeführerin ebenfalls vollständig aus (vgl. Vernehmlassung, Rz. 76, 81 ff., 86; Duplik, Rz. 47 f.; Stellungnahme vom 2. Juli 2021; ergänzende Duplik [19. Mai 2020])

9.8.16.6 Die Beschwerdeführerin weist diese Darstellung der Vorinstanz zurück. Die Vorinstanz überschreite ihre Kompetenz und masse sich einen nicht zumutbaren Eingriff in die unternehmerische Freiheit der Beschwerdeführerin an. Richtigerweise habe die Beschwerdeführerin nicht die Betriebsnotwendigkeit ihrer Ausgaben darzulegen, sondern bloss, dass die geplanten Mittelabflüsse aus unternehmerischem Blickwinkel "rational und sinnvoll" seien. Dies sei nicht nur beim Kauf des Unternehmens G.\_\_\_\_\_AG der Fall, sondern auch beim (...) [Rückkauf Wertpapiere] und (...) [Firmenübergabe]. Die Beurteilung der Tragbarkeit einer Sanktion habe sich danach zu richten, ob eine Sanktion die Wettbewerbsfähigkeit eines Unternehmens unverhältnismässig einschränke, während die unternehmerische Freiheit eines Unternehmens gewahrt bleiben müsse. Die Übernahme der G.\_\_\_\_\_AG sei abzuwickeln, um (...). Es sei für ein Bauunternehmen durchaus rational und sinnvoll, im Sinne einer langfristigen Unternehmensstrategie (...). Dies gelte insbesondere in einer hart um- kämpften Branche wie der Baubranche im Engadin, die (...).

B-5172/2019 Seite 204 Beim im Jahr 2020 geltend gemachten Betrag von Fr. (...) (E. 9.8.16.4 Bst. f) gehe es um (...). (...) Es handle sich (...) um strategische Ent- scheidungen, die schon länger angestanden seien. Sie seien nun unabhängig von der drohenden Sanktion für den Zeitpunkt der Unternehmensübertra- gung gefällt worden (vgl. Beschwerde, Rz. 245 f.; Beilage Nr. 10 zur Ein- gabe vom 2. Juni 2021 [Protokoll der Generalversammlung der Beschwer- deführerin vom 13. August 2018, Ziff. 8]). Die Sanktion und die Verfahrenskosten hätten unabhängig vom Erhalt ei- nes Bankkredits zur Folge, dass (1) der Liquiditätsengpass schneller ein- trete, dass (2) der Beschwerdeführerin weniger Zeit bleibe, einen Bankkre- dit zu verhandeln, dass sie (3) möglicherweise zwingend notwendige In- vestitionen nicht tätigen könne und somit an Wettbewerbsfähigkeit ein- büsse oder sogar (...). Es sei daher realistisch, dass die Sanktion einen entscheidenden negativen Einfluss auf die finanzielle Entwicklung der Be- schwerdeführerin in den nächsten Jahren habe (vgl. Eingaben vom 29. Juni 2020 und 16. August 2021; Beschwerde, Rz. 244; Replik, Rz. 72ff., 84).

B-5172/2019 Seite 205 9.8.16.7 Gemäss den vorstehenden Erwägungen steht fest, dass die an- gefochtene Verfügung zum Zeitpunkt ihres Erlasses mit Bezug auf die Tragbarkeit rechtmässig war. Die Vorinstanz hat die Zumutbarkeit der Be- zahlung der Sanktion und der Verfahrenskosten unter Berücksichtigung der ihr damals vorliegenden Sachlage auch aus Sicht der Liquidität zu Recht bejaht (E. 9.8.14.13, E. 9.8.15). 9.8.16.8 Somit bleibt zu prüfen (E. 9.8.12.2 ff.), ob vorliegend die Voraus- setzung des Eintritts erheblicher Liquiditätsschwierigkeiten "ohne eigenes Zutun im Beschwerdeverfahren" gegeben ist. Dabei gilt es konkret zu be- antworten, ob die Beschwerdeführerin während des Beschwerdeverfah- rens selber aktiv dazu beigetragen hat, dass sie nachträglich in den von ihr geltend gemachten Liquiditätsengpass gerät. Trifft dies zu, besteht für eine Anpassung der Sanktion nach unten durch das Bundesverwaltungsgericht unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit – wie erwähnt (E. 9.8.12.2) – grundsätzlich kein Raum. 9.8.16.9 Für ein Unternehmen, das – wie die Beschwerdeführerin – als Partei in eine kartellrechtliche

Untersuchung der Vorinstanz involviert war, verdichten sich die Anhaltspunkte, dass es möglicherweise eine Kartellsanktion und Verfahrenskosten bezahlen muss, spätestens mit dem Zugang des Verfügungsantrags des Sekretariats. In der Folge erlangt ein solches Unternehmen durch die Eröffnung einer entsprechenden Sanktionsverfügung Gewissheit, dass die Vorinstanz die Auferlegung der verfügten Beiträge für rechtmässig hält. Ab diesem Zeitpunkt muss dem Unternehmen zudem klar sein, dass sich die Vorinstanz dafür einsetzen wird, die Sanktion und die Verfahrenskosten vor den Rechtsmittelinstanzen zu verteidigen. 9.8.16.10 Bis zum rechtskräftigen Abschluss eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens besteht eine Übergangszeit, während der gerichtlich geklärt wird, ob die von der Vorinstanz angeordnete Zahlungsverpflichtung Bestand hat oder nicht. Die Vorinstanz und das von ihr sanktionierte Unternehmen stehen auch in dieser Übergangszeit in einem Rechtsverhältnis, welches beide Seiten zu einem Verhalten nach Treu und Glauben verpflichtet (Art. 5 Abs. 3 BV; vgl. BGE 143 V 66 E. 4.3; BGE 137 V 394 E. 7.1, je zur Bindung auch von Privaten an den Grundsatz von Treu und Glauben).

B-5172/2019 Seite 206 9.8.16.11 Die Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben beinhaltet für die Vorinstanz namentlich die Respektierung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (Art. 55 Abs. 1 VwVG) und somit einen vorläufigen Verzicht auf die Vornahme von Vollzugshandlungen. Das sanktionierte Unternehmen ist in der Übergangszeit bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsmittelverfahrens im Gegenzug verpflichtet, seine unternehmerischen Entscheide nach Treu und Glauben so auszurichten, dass ein allfälliger späterer Vollzug der angefochtenen Verfügung gewährleistet bleibt. 9.8.16.12 Dies bedeutet, dass ein von der Vorinstanz erstinstanzlich sanktioniertes Unternehmen die weitere Zukunftsplanung im Rahmen von gegebenen unternehmerischen Spielräumen zwingend so ausgestalten muss, dass das Unternehmen mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln neben den anderen Zahlungsverpflichtungen im Fall des ganzen oder teilweisen Unterliegens im Rechtsmittelverfahren auch die Kartellsanktion und die Verfahrenskosten bezahlen kann. 9.8.16.13 Die Unternehmensführung hat die Zahlungsfähigkeit des Unternehmens gestützt auf die allgemeine Sorgfaltspflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR – und neu auch ausdrücklich gestützt auf Art. 725 OR (E. 9.8.14.4) – mit Bezug auf alle Verbindlichkeiten gleichermassen zu überwachen und sicherzustellen (E. 9.8.14.4). Die bei einer rechtsgültigen Beschwerdeabweisung endgültig feststehende Verpflichtung zur Bezahlung der Kartellsanktion und der Verfahrenskosten unterscheidet sich nicht von anderen Zahlungsverpflichtungen des Unternehmens. 9.8.16.14 Die gebotene Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit setzt neben der Bildung der voraussichtlich erforderlichen Rückstellungen zulasten der Erfolgsrechnung (Art. 960e OR) auch eine vorsichtige Liquiditätsplanung voraus. Diese hat auf den durch die Kartellsanktion drohenden Mittelabfluss gebührend Rücksicht zu nehmen. Die dazu notwendige gesamtheitliche Betrachtung der Unternehmenslage kann ohne Weiteres zur Folge haben, dass das erstinstanzlich sanktionierte Unternehmen an sich wünschbare, aber nicht zwingend betriebsnotwendige Ausgaben zugunsten der späteren Bezahlung der Kartellsanktion und der Verfahrenskosten zurückstellen oder möglicherweise auch ganz verhindern muss.

B-5172/2019 Seite 207 9.8.16.15 Ein erstinstanzlich sanktioniertes Unternehmen, welches im Rechtsmittelverfahren Ausgaben plant oder umsetzt, welche eine Vermin- derung der im Verfügungszeitpunkt vorhandenen liquiden Mittel zur Folge haben, ohne dass diese Ausgaben unumgänglich sind, um den Fortbe- stand des Unternehmens aufrecht zu

erhalten, trägt selber aktiv und treu- widrig zum Eintritt einer der Bezahlung der Kartellsanktion angeblich ent- gegenstehenden finanziellen Notlage bei. Wie die Vorinstanz korrekt aus- führt, bezweckt die Tragbarkeitsprüfung nicht, dass sich ein fehlbares Un- ternehmen im Nachhinein durch eine extensive Ausgabenpolitik während des Beschwerdeverfahrens der Sanktion entziehen kann. 9.8.16.16 Die Auffassung der Beschwerdeführerin, dass es für eine An- rechnung von Mittelabflüssen in der vorliegenden Tragbarkeitsprüfung ge- nügt, wenn das Unternehmen einen Mittelabfluss für "rational und sinnvoll" hält, überzeugt nicht. Denn wie die Vorinstanz mit Recht betont, liefe es dem Sinn und Zweck der vorliegenden Zumutbarkeitsprüfung zuwider, wenn es das sanktionierte Unternehmen nach eigenem Belieben selbst in der Hand hätte, sich einer im Verfügungszeitpunkt rechtmässigen Sanktion nachträglich durch angeblich "rationale und sinnvolle" Liquiditätsabflüsse zu entziehen. Wären solche Unternehmensentscheide für die vorliegende Tragbarkeitsprüfung massgebend, könnte ein sanktioniertes Unternehmen im Verfügungszeitpunkt vorhandene flüssige Mittel zum Beispiel an seine Aktionäre ausschütten, wodurch diese – bei einer gleichzeitigen Sanktions- reduktion des Unternehmens – profitieren würden, anstatt dass das Unter- nehmen die Sanktion mit diesen Mitteln bezahlt. 9.8.16.17 Der Vorinstanz ist daher zuzustimmen, dass bei der Prüfung der Tragbarkeit einer Sanktion auf das betriebsnotwendige Liquiditätsminium abzustellen ist. Eine Ausgabe kann dabei nur dann als betriebsnotwendig – d.h. als "notwendig für den Betrieb eines Unternehmens" – gelten, wenn sie unter Würdigung aller Umstände unmittelbar dem statutarischen Zweck des betreffenden Unternehmens dient (vgl. ähnlich auch den steuerrechtli- chen Begriff des betriebsnotwendigen Anlagevermögens gemäss Art. 30 Abs. 3 und Art. 64 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer, DBG; SR 642.11). Bei der folgenden Trag- barkeitsprüfung ist der Abfluss flüssiger Mittel für nicht betriebsnotwendige Ausgaben somit nicht zu berücksichtigen.

B-5172/2019 Seite 208 9.8.16.18 Die Beschwerdeführerin hat die von ihr für die Jahre 2019 und 2020 budgetierten Mittelabflüsse (E. 9.8.16.4 Bst. f) inzwischen grundsätz- lich wie geplant aktiv umgesetzt, ohne dabei ihren Liquiditätsbedarf zur Be- zahlung der Kartellsanktion und der Verfahrenskosten im Fall eines Unter- liegens im Rechtsmittelverfahren zu berücksichtigen. Dies gilt für die bei- den "Tranchen-Zahlungen" an die G. \_\_\_\_\_ AG von Fr. (...) und Fr. (...) ebenso wie für einen Teil des Mittelabflusses von Fr. (...) für die geplanten Rückkäufe der (...) [Wertpapiere] (E. 9.8.16.4 Bst. g; Beschwerde, Rz. 244; Beilagen Nr. 1 [insbes. Anhang "B 06 Beteiligungen" per 31. De- zember 2019] und Nr. 2 [insbes. Anhang "B 07 Beteiligungen" per 31. De- zember 2020] zur Eingabe vom 2. Juni 2021; Beilage Nr. 11 zur Eingabe vom 2. Juni 2021 [Protokoll der Generalversammlung der Beschwerdefüh- rerin vom 12. August 2020, insbes. Ziff. 2 "Jahresbericht des Verwaltungs- ratspräsidenten" sowie Ziff. 3 "Erläuterungen der Revisionsstelle zur Jah- resrechnung 2019"]; abschliessende Stellungnahme [29. Juni 2020], Rz. 28). Was den für 2019 und 2020 geltend gemachten besonders hohen Investitions- und Abschreibungsbedarf anbelangt (E. 9.8.16.4 Bst. c), ist darauf hinzuweisen, dass eine der im Jahr 2019 getätigten Neuanschaf- fungen der Beschwerdeführerin ein neuer "Audi [...]" mit 450 PS für B. \_\_\_\_\_ für rund Fr. (...) gewesen ist (vgl. Replikbeilage Nr. 6). 9.8.16.19 All diese Zahlungen führten zu einer erheblichen Substanzaus- schüttung. Die Beschwerdeführerin schmälerte ihre Liquidität aktiv, obwohl sie von der drohenden Zahlungsverpflichtung im Zusammenhang mit der Kartellsanktion wusste. Die entsprechende Abnahme der flüssigen Mittel widerspiegelt sich

nicht nur in den Jahresrechnungen 2019 und 2020, sondern vor allem auch unmittelbar in den flüssigen Mitteln der Beschwerdeführerin von (noch) Fr. (...) per 1. Januar 2021. 9.8.16.20 Dass die erwähnten – und bereits erfolgten – Zahlungen sowie die weiteren – bis 2025 geplanten – Mittelabflüsse zur Übernahme der G. \_\_\_\_\_AG und für den Rückkauf der restlichen (...) [Wertpapiere] betriebsnotwendige Ausgaben im Sinne der obigen Begriffsumschreibung (E. 9.8.16.17) sein sollen, macht auch die Beschwerdeführerin mit ihrer Argumentation zu Recht nicht geltend. Wie aus den nachfolgenden Erwägungen hervorgeht, besteht für das Bundesverwaltungsgericht keine Veranlassung, diese Geldabflüsse entgegen dieser eigenen Einschätzung der Beschwerdeführerin wie auch der Vorinstanz als betriebsnotwendige Ausgaben zu qualifizieren.

B-5172/2019 Seite 209 9.8.16.21 Zur Übernahme der G. \_\_\_\_\_AG und den damit verbundenen Mittelabflüssen (2019: Fr. [...], bis 2025 gefolgt von jährlichen Tranchen à Fr. [...]) hat sich die Beschwerdeführerin erst durch den Abschluss des Aktionärsbindungsvertrages vom (...) verpflichtet (Beschwerdebeilage Nr. 6). Der von der Beschwerdeführerin angerufene Aktionärsbindungsvertrag vom (...) (Replikbeilage Nr. 1) beinhaltet für die Beschwerdeführerin offensichtlich noch keine rechtlich bindende Verpflichtung zum Erwerb von Aktien der G. \_\_\_\_\_AG. Denn dieser Aktionärsbindungsvertrag hatte lediglich (...). (...) 9.8.16.22 Unstrittig hat bis am (...) keine der damaligen Vertragsparteien von (...) Gebrauch gemacht. Zudem hatten die Parteien im Vertrag vom (...) explizit vereinbart, dass (...) (vgl. Ziff. 7.1 f. und 8.1 f. des Vertrages vom [...]) [Replikbeilage Nr. 1]). Im Übrigen ergibt sich eine Verpflichtung der Beschwerdeführerin zum Erwerb von Aktien an der G. \_\_\_\_\_AG auch nicht aus Ziffer 15 des Aktionärsbindungsvertrages vom (...), welche (...). 9.8.16.23 Mit dem Abschluss des Aktionärsbindungsvertrages vom (...) (Beschwerdebeilage Nr. 6) vereinbarten die Vertragsparteien ohne vorbestehende Kaufs- oder Verkaufspflichten den jährlichen Kauf eines Aktienpakets der G. \_\_\_\_\_AG durch die Beschwerdeführerin. In Ziffer 7.4 dieses Vertrages verpflichtete sich die Beschwerdeführerin ausdrücklich und neu dazu, im Jahr 2019 ein erstes grösseres Aktienpaket der G. \_\_\_\_\_AG von (...) % zum Kaufpreis von Fr. (...) zu erwerben. Ziffer 15.3 des Vertrages stellt zudem klar, dass dieser Vertrag die vollständige Vereinbarung zwischen den Parteien bildet und alle früheren mündlichen oder schriftlichen Vereinbarungen zwischen den Parteien ersetzt.

B-5172/2019 Seite 210 9.8.16.24 Der Vorinstanz ist daher zuzustimmen, dass die Beschwerdeführerin mit dem Aktionärsbindungsvertrag vom (...) (Beschwerdebeilage Nr. 6) selbst aktiv eine neue Verpflichtung eingegangen ist, welche geeignet ist, ihre Liquidität auf einen Schlag deutlich zu verschlechtern. Die Beschwerdeführerin hat das Aktienpaket von (...) % im Jahr 2019 dabei mit der Vorinstanz keineswegs erwerben müssen. Bei diesem Schritt handelte es sich im Gegenteil um eine neue Zahlungsverpflichtung, welche die Beschwerdeführerin freiwillig und in voller Kenntnis der drohenden Pflicht zur Bezahlung der Kartellsanktion und der Verfahrenskosten einging. Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, überzeugt nicht und widerspricht den Tatsachen. 9.8.16.25 Damit steht fest, dass die Beschwerdeführerin durch ihr freiwilliges Eingehen der neuen Verpflichtung zum Kauf der G. \_\_\_\_\_AG und die in diesem Zusammenhang teilweise bereits ausgeführten Zahlungen selber aktiv und treuwidrig zum Eintritt des geltend gemachten Liquiditätsengpasses beigetragen hat. Die Mittelabflüsse infolge des Erwerbs der Aktienpakete der G. \_\_\_\_\_AG (2019: Fr. [...], bis 2025 gefolgt von jährlichen Tranchen à Fr. [...]) dienen offensichtlich nicht unmittelbar dem Un-

ternehmenszweck der Beschwerdeführerin. Diese Mittelabflüsse können als nicht betriebsnotwendige Ausgaben bei der Beurteilung der Liquiditätssituation der Beschwerdeführerin daher nicht angerechnet werden. 9.8.16.26 Mit einer freiwilligen und die Bezahlung der Sanktion unnötig missachtenden Substanzausschüttung verbunden sind auch die von der Beschwerdeführerin angerufenen Mittelabflüsse im Zusammenhang mit dem (...) [Rückkauf Wertpapiere] und (...) [Firmenübergabe] (Fr. [...] und Fr. [...] im Jahr 2020, Fr. [...] im Jahr 2023 [E. 9.8.16.4 Bst. f und Bst. g]). 9.8.16.27 Die angestrebte Nachfolgeregelung (...) mag zwar wünschenswert sein, gefährdet aber nachträglich und ohne gegebene Betriebsnotwendigkeit die Erfüllung der im Verfügungszeitpunkt rechtmässig angeordneten Pflicht zur Bezahlung der Kartellsanktion und der Verfahrenskosten. Die Beschwerdeführerin trägt insofern auch in diesem Kontext selber aktiv und ohne gegebene Betriebsnotwendigkeit dazu bei, dass sie nachträglich in den von ihr geltend gemachten Liquiditätsengpass gerät. Auch diese Mittelabflüsse sind somit nicht weiter zu beachten.

B-5172/2019 Seite 211 9.8.16.28 Wird die überarbeitete Plan-Erfolgsrechnung mit Liquiditätsplan gemäss Beilage Nr. 6 zur Eingabe vom 2. Juni 2021 um diese Positionen (E. 9.8.16.25 f.) korrigiert, wird ersichtlich, dass die Sanktion und die Verfahrenskosten für die Beschwerdeführerin auch unter Berücksichtigung der aktuellen Sachlage tragbar sind. Davon, dass die Beschwerdeführerin während des Beschwerdeverfahrens ohne eigenes Zutun in Liquiditätsschwierigkeiten geraten ist, kann keine Rede sein. 9.8.16.29 Ob die Investitionen und die Abschreibungen nun mit Fr. (...), Fr. (...) oder Fr. (...) berücksichtigt werden sollen, kann aufgrund dieses Ergebnisses offenbleiben. Es liegt aber auf der Hand, dass die Beschwerdeführerin auch in diesem Bereich über einen erheblichen unternehmerischen Gestaltungsspielraum verfügt. Dieser dürfte es der Beschwerdeführerin ohne Weiteres ermöglichen, gebotene Investitionen zeitlich so umzusetzen, dass auch die Bezahlung der Kartellsanktion und der Verfahrenskosten ermöglicht wird. 9.8.16.30 Im Übrigen ist an die durchaus intakte Möglichkeit der Beschwerdeführerin auf eine zusätzliche Kapitalaufnahme zu erinnern. Auch kann die Beschwerdeführerin die Vorinstanz notfalls – wie erwähnt (E. 9.8.14.12) – ersuchen, die Zahlungsverpflichtung ihr gegenüber gestaffelt in Raten zu erfüllen. 9.8.16.31 Gerade vor diesem Hintergrund ist schliesslich nicht ersichtlich, inwiefern die Wettbewerbsfähigkeit der Beschwerdeführerin durch die vorliegende Bestätigung der Zumutbarkeit zur Bezahlung der ihr im Verfügungszeitpunkt rechtmässig auferlegten Beträge nachträglich auf eine relevante Weise gefährdet sein soll. 9.8.16.32 Auch von der Liquiditätsseite her ergeben sich somit keine Gründe, welche eine Reduktion der Sanktion rechtfertigen würden. Die Rüge der Beschwerdeführerin, die Bezahlung der Sanktion und der Verfahrenskosten sei für sie gestützt auf die dem Bundesverwaltungsgericht neu vorgelegten Dokumente mangels genügender Liquidität nicht zumutbar, ist unbegründet. Ein allfälliges Ausscheiden der Beschwerdeführerin aus dem Markt wäre nicht auf die Bezahlung der Sanktion und der Verfahrenskosten, sondern auf das eigene – unternehmerisch nicht sinnvolle – Festhalten der Beschwerdeführerin an nicht betriebsnotwendigen Ausgaben zurückzuführen.

B-5172/2019 Seite 212 9.8.17 Zusammenfassend hat die Vorinstanz die Tragbarkeit und Verhältnismässigkeit des Sanktionsbetrages und der Verfahrenskosten gemäss den Dispositiv-Ziffern 2.3 und 3.3 der angefochtenen Verfügung demnach zu Recht bejaht. Der Antrag der Beschwerdeführerin, dass aufgrund der angeblich fehlenden Tragbarkeit und Unverhältnismässigkeit von einer Sanktion abzusehen sei, erweist sich als unbegründet und

ist somit abzuweisen. 9.8.18 Damit ist auch die vom Bundesverwaltungsgericht berechnete – im Vergleich zu Dispositiv-Ziffer 2.3 der angefochtenen Verfügung um Fr. 44'545.- tiefere – Gesamtsanktion von Fr. 444'922.- (E. 9.7) für die Beschwerdeführerin tragbar und verhältnismässig. Die Belastung der Beschwerdeführerin mit einer Sanktion von Fr. 444'922.- ist somit gerichtlich zu bestätigen. Im Mehrbetrag ist die Dispositiv-Ziffer 2.3 der angefochtenen Verfügung aufzuheben. 10. Verfahrenskosten vor der Vorinstanz Die Beschwerdeführerin beanstandet die Auflage der Verfahrenskosten durch die Vorinstanz im Betrag von Fr. 53'300.- (Dispositiv-Ziffer 3.3 der angefochtenen Verfügung). Auf das Auferlegen von Verfahrenskosten zu Lasten der Beschwerdeführerin sei ganz zu verzichten. Reduziere das Bundesverwaltungsgericht die Sanktion, seien die Verfahrenskosten angemessen zu reduzieren.

## **E. 20**

Oktober 2015 (vgl. Vorinstanz, act. IV.024 [22-0433]; A.f, E. 6.8.1 f. [Fall Nr. 3]); 3. Befragung des Verwaltungsratspräsidenten und Geschäftsführers der Foffa Conrad am 27. Oktober 2015 (vgl. Vorinstanz, act. IX C. 61 [25-0039]; E. 6.7.1.3 Bst. d [Fall Nr. 5], E. 6.7.2.3 Bst. e [Fall Nr. 6], E. 6.7.3.3 Bst. c [Fall Nr. 9]);

B-5172/2019 Seite 216 4. Befragung des Geschäftsführers und Verwaltungsratspräsidenten der Beschwerdeführerin am 29. Oktober 2015 (vgl. Vorinstanz, act. IV. 026 [22-0433]; A.f, E. 6.7.2.3 Bst. f [Fall Nr. 6]). Zusätzliche Kosten seien aus der Aktenführung, der Geschäftsgeheimnisbereinigung und der zahlreichen Korrespondenz resultiert. Dass bei einer Verfahrenstrennung keine exakte Zuordnung aller aufgewendeten Stunden möglich sei, liege in der Natur der Sache. Zu Beginn der Untersuchung sei die Notwendigkeit einer Verfahrenstrennung noch nicht absehbar gewesen. Viele Verfahrenshandlungen (Hausdurchsuchungen, Einvernahmen, Gewährung der Akteneinsicht) hätten jeweils mehrere der später getrennten Untersuchungen betroffen. Auch gelte es zu beachten, dass die Verfahrenskosten vor der Verfahrenstrennung den Betrag von einer Million Franken übersteigen würden. Davon seien allein den Untersuchungen Nr. 22-0458 "Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I" sowie Nr. 22-0457 "Bauleistungen Graubünden" Anteile von Fr. 430'000.- und Fr. 550'000.- zugerechnet worden. Der dem vorliegenden Verfahren zugeschlagene Anteil von Fr. 55'000.- sei somit eher gering. Jedenfalls stehe dieser Betrag im Einklang mit dem Verursacher-, Äquivalenz- und Kostendeckungsprinzip (Vernehmlassung, Rz. 129 ff.).

## **E. 21**

Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) sowie den allgemeinen Bestimmungen von Art. 63 und 64 VwVG. 13.2 Die Spruchgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis VwVG und Art. 2 Abs. 1 VGKE). Art. 4 VGKE sieht bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von Fr. 500'000.- bis Fr. 1'000'000.- eine Gerichtsgebühr zwischen Fr. 5'000.- und Fr. 20'000.- vor. Wenn besondere Gründe es rechtfertigen, namentlich mutwillige Prozessführung oder ausserordentlicher Aufwand, kann das Gericht über die Höchstbeträge nach Art. 4 VGKE hinausgehen (Art. 2 Abs. 2 VGKE). Allerdings kann der in Art. 63 Abs. 4bis VwVG festgesetzte Höchstbetrag von Fr. 50'000.- in keinem Fall überschritten werden (vgl. MOSER/ BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, Rz. 4.22a). 13.3 Die vorliegende Angelegenheit

erforderte nach Umfang und Schwierigkeit einen erheblichen Aufwand für ihre sachgerechte Bearbeitung. Angesichts der angefochtenen Sanktion in der Höhe von Fr. 489'467.-, der für das vorinstanzliche Verfahren auferlegten Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 53'300.-, des Aktenumfangs, des Instruktionsverfahrens sowie des angefallenen Prüf- und Begründungsaufwands wird die Gerichtsgebühr auf Fr. 15'000.- festgesetzt.

B-5172/2019 Seite 221 13.4 Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG hat das Bundesverwaltungsgericht die Verfahrenskosten entsprechend dem Unterliegerprinzip der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Unterliegt eine Partei nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt. In diesem Falle sind die Kosten aufgrund eines allgemeinen prozessualen Grundsatzes im Verhältnis des Obsiegens und Unterliegens zu verteilen (vgl. BGE 132 II 47 E. 3.3; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 802, Preispolitik ADSL). Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). 13.5 Die Beschwerdeführerin wurde in der angefochtenen Verfügung zur Bezahlung einer Sanktion von Fr. 489'467.- zuzüglich den auf sie entfallenden Verfahrenskosten von Fr. 53'300.- verpflichtet. Das vorliegende Urteil reduziert die Sanktion um Fr. 44'545.- auf Fr. 444'922.-. Zudem hebt es die Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung auf, soweit sie sich auf die Beschwerdeführerin bezieht. Damit hat die Beschwerdeführerin im Umfang von rund 1/5 obsiegt. Die Verfahrenskosten von Fr. 15'000.- sind demnach um Fr. 3'000.- zu reduzieren und auf Fr. 12'000.- festzulegen. Dieser Betrag wird nach dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils dem Kostenvorschuss entnommen, welchen die Beschwerdeführerin in der gleichen Höhe geleistet hat. 13.6 Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG ist einer ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren hin eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen. Ausgenommen hiervon sind Bundesbehörden, denen gemäss Art. 7 Abs. 3 VGKE kein Anspruch auf eine Parteientschädigung zusteht. 13.7 Das Gericht setzt die Parteientschädigung auf Grund der eingereichten Kostennote oder – mangels Einreichung einer solchen – auf Grund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Die Parteientschädigung umfasst nur die notwendigen Kosten (vgl. Urteile des BGE 2C\_343/2010 und 2C\_344/2010 vom 11. April 2011 E. 8.3.4). Dementsprechend bemisst sich das Anwaltshonorar nach dem notwendigen Zeitaufwand des Vertreters oder der Vertreterin (Art. 10 Abs. 1 VGKE). Der Stundenansatz beträgt für Anwälte und Anwältinnen mindestens Fr. 200.- und höchstens Fr. 400.- (Art. 10 Abs. 2 VGKE). Obsiegt eine Partei wie im vorliegenden Fall nur teilweise, ist die Parteientschädigung entsprechend zu kürzen (Art. 7 Abs. 2 VGKE).

B-5172/2019 Seite 222 13.8 Die Beschwerdeführerin hat keine Honorarnote eingereicht. Ihre Parteientschädigung ist deshalb aufgrund der Akten festzusetzen. Unter Berücksichtigung der vorliegenden Parteieingaben und Beilagen der Beschwerdeführerin erachtet das Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 35'000.- als angemessen. Aufgrund des nur teilweisen Obsiegens ist der Beschwerdeführerin eine um 4/5 gekürzte Parteientschädigung zuzusprechen. Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin nach dem Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils somit eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 7'000.- zu bezahlen (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

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