

BVGer B-645/2018 vom 2. Oktober 2017

Bundesverwaltungsgericht, 2017-10-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-645_2018_d20171002

FR: TAF B-645/2018 du 2 octobre 2017

IT: TAF B-645/2018 del 2 ottobre 2017

Regeste

Unzulässige Wettbewerbsabreden | Sanktionsverfügung vom 2. Oktober 2017 (22-0461)

Erwägungen

E. 1

Prozessvoraussetzungen Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 2. Oktober 2017 (zugestellt am 21. Dezember 2017) und damit gegen ein zulässiges Beschwerdeobjekt im Sinne von Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes (VGG, SR 173.32) i.V.m. Art. 5 des Verwaltungsvorfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 33 Bst. f VGG i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG zur Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG vorliegt. Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 VwVG). Die Beschwerdefrist von 30 Tagen wurde unter Berücksichtigung des Fristenstillstands vom 18. Dezember 2017 bis und mit 2. Januar 2018 (Art. 22a Abs. 1 Bst. c VwVG) gewährt (Art. 50 i.V.m. Art. 20 ff. VwVG). Da auch die anderen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 2

Verfahrensanträge Die Beschwerdeführerin stellt unter anderem den Antrag auf Beizug der vorinstanzlichen Akten. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Verfahrensakten der Vorinstanz gestützt auf Art. 57 Abs. 1 VwVG beigezogen.

B-645/2018

Seite 13

Der weitere Verfahrensantrag, der im Ergebnis auf die Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdeführerin zielt, ist im Rahmen der Verfahrensführung zu berücksichtigen (vgl. Urteil des BVGer B-141/2012 vom 12. Dezember 2022 E. 3.1.2, Estée Lauder, m.H.). Das Bundesverwaltungsgericht hat Entscheide grundsätzlich anonymisiert zu veröffentlichen (Art. 29 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 4 Abs. 2 und Art. 8 des Informationsreglements für das Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, SR 173.320.4). Es hat die für die Wettbewerbsbehörden nach Art. 25 Abs. 1 und 4 KG ex lege geltende Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sinngemäss ebenfalls zu befolgen (vgl. Urteil des BGer 2C_147/2018 vom 7. Oktober 2021 E. 9.2, Hors-Liste Medikamente Bayer; Urteile des BVGer B-710/2014 vom 16. November 2022 E. 18.2.1, Luftfracht; 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, Hors-Liste Medikamente Bayer;

B-2157/2006 vom 3. Oktober 2007 E. 1.3.2, Flughafen Zürich).

E. 3

Zweck und Geltungsbereich des KG

E. 3.1

Das KG bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG).

E. 3.2

Gemäss Art. 2 Abs. 1 KG gilt das Gesetz für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen. Als Unternehmen gelten nach Art. 2 Abs. 1bis KG sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Die Beschwerdeführerin ist ein Unternehmen im Sinne des KG, dem die Vorinstanz die Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3

B-645/2018

Seite 14

Bst. a und c KG (vgl. zum Wortlaut der Bestimmungen E. 12) über die Ausschreibung (...) vorwirft. Der persönliche, sachliche und örtliche Geltungsbereich des KG nach Art. 2 KG ist demzufolge gegeben (vgl. zur Frage der rechtmässigen Verfügungsadressatin E. 15.1.4).

E. 3.3

Dem KG vorbehalten sind Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Bst. a) oder einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Bst. b). Vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 KG sind vorliegend jedoch nicht ersichtlich.

E. 4

Streitgegenstand Beim Streitgegenstand handelt es sich um das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung – des Anfechtungsgegenstands – bildet, soweit es im Streit liegt. Innerhalb des Anfechtungsgegenstands bestimmen somit die Anträge der beschwerdeführenden Partei den Streitgegenstand (vgl. SEETHALER/PORTMANN, Praxiskommentar VwVG, 3. Aufl. 2023, Art. 52 N. 38). Gegenstand der angefochtenen Verfügung ist, soweit die Beschwerdeführerin betreffend, insbesondere die Auferlegung einer Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG für die Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 KG über (Bauprojekt) (Dispositiv-Ziffer 2.2). Zudem auferlegte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin Verhaltenspflichten (Dispositiv-Ziffer 1) und Verfahrenskosten im Umfang von Fr. 15'985.– (Dispositiv-Ziffer 3.2). Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung der sie betreffenden Anordnungen der Vorinstanz in den Ziffern 2 und 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung.

B-645/2018

Seite 15

Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist somit die Rechtmässigkeit der Sanktion von Fr. (...) sowie die Auferlegung von an- teilmässigen Verfahrenskosten der Vorinstanz im Betrag von Fr. 15'985.–. Nicht Streitgegenstand bildet jedoch die Auferlegung von Verhaltenspflich- ten durch die Vorinstanz.

E. 5

Terminologie In terminologischer Hinsicht sind im Zusammenhang mit der der Beschwerdeführerin vorgeworfenen Beteiligung an einer Submissionsabsprache vorab einige Begriffe zu definieren: Eine Stützofferte zeichnet sich dadurch aus, dass das stützende Unternehmen die Offerte eines anderen Unternehmens – der designierten Schutznehmerin – auf der Grundlage einer gegenseitigen Abstimmung bewusst überbietet, d.h. sein Angebot zu einem höheren Preis einreicht. Die Schutz- geberin reicht die eigene Offerte damit nur zum Schein ein. Eine Schutz- nahme ist erfolgreich, wenn die designierte Schutznehmerin den Zuschlag tatsächlich erhält (vgl. Urteil des BGer 2C_845/2018 vom 3. August 2020, Sachverhalt, A, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.1.2 f., 9.3.4.1 f., Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne, m.w.H.). Die Beweggründe der ab- redebeteiligten Unternehmen – insbesondere des stützenden Unterneh- mens – sind insoweit unerheblich (vgl. auch E. 11).

E. 6

Formelle Rügen In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe im Rahmen der Beurteilung, ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG vorliege, ihre Beweisführungspflicht verletzt (vgl. Beschwerde, Rz. 10, 21).

B-645/2018

Seite 16

Dieses Vorbringen betrifft die subjektive Beweislast im Sinne der Beweis- führungslast. Wie in übrigen Verwaltungsverfahren gilt auch in Kartellver- waltungsverfahren grundsätzlich der Untersuchungsgrundsatz, wonach die Behörde den rechtlich relevanten Sachverhalt von Amtes wegen richtig und vollständig abzuklären hat (Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 VwVG). Der Un- tersuchungsgrundsatz erfährt jedoch eine Einschränkung durch die in Art. 13 VwVG statuierte Mitwirkungspflicht der Parteien (vgl. zum Ganzen BGE 129 II 18 E. 7.1, Sammelrevers; Urteile des BVGer B-7834/2015 vom 16. August 2022 E. 6.1, Autohändler; B-2597/2017 vom 19. Januar 2022 E. 4.6, Vifor Pharma; B-771/2012 vom 25. Juni 2018 E. 6.4.1, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Cellere; BANGERTER/ZIRLICK, in: DIKE-Kom- mentar KG, 2018, Art. 5 N. 48). Für eine – wie hier – belastende Verfügung trägt die Verwaltung die Beweislast (vgl. BGE 130 II 482 E. 3.2; Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017 E. 3.2, Türbeschläge). In formeller Hinsicht ist die Vorinstanz zutreffend davon ausgegangen, dass sie die Beweisführungslast trägt (vgl. Verfügung, Rz. 23 ff.). Da die Rüge der Verletzung der Beweisführungslast einen engen Zusammenhang mit der materiellrechtlichen Beurteilung aufweist, wird sie dort behandelt (vgl. Ur- teile des BVGer B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 E. 1.1.2 [nicht publi- zierte Erwägung in BVGE 2011/32], Swisscom Terminierungsgebühren; B- 771/2012 vom 25. Juni 2018 E. 5.3, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aar- gau Cellere; B-2597/2017 vom 19. Januar 2022 E. 4.12 ff., Vifor Pharma; E. 7).

E. 7

Abstimmung über das Eingabeverhalten

E. 7.1.1

In materieller Hinsicht bestreitet die Beschwerdeführerin in erster Linie eine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG. Sie macht zur Begründung im Wesentlichen geltend, es habe zwischen ihr und Martinelli keine Einigung über das Eingabeverhalten an der betreffenden Ausschreibung gegeben (vgl. E. 7.3.2), die als Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert werden könne (vgl. E. 8).

B-645/2018

Seite 17

Zudem sei eine Wettbewerbsbeschränkung weder bezweckt noch bewirkt worden (vgl. E. 9).

E. 7.1.2

Die Beschwerdeführerin räumt zwar ein, es sei zu einem Informationsaustausch gekommen, in dessen Rahmen ihr Martinelli eine vor kalkulierte Offerte übersandt habe (vgl. Beschwerde, Rz. 8, 63; Replik, Rz. 19). Sie wendet jedoch ein, im Einklang mit der Unschuldsvermutung bzw. dem Grundsatz "in dubio pro reo" könne ihr und Martinelli "weder ein Konsens zur Angebotskoordination noch eine Verhaltensabstimmung in anderer Form" nachgewiesen werden. Es sei beweismässig nicht erstellt, dass Martinelli und sie den übereinstimmenden wirklichen Willen im Hinblick auf die (angebliche) Angebotskoordinierung beim betreffenden Bauobjekt geäußert hätten. Vielmehr fehle eine "Einigung oder Abstimmung" mit Martinelli über die Koordinierung der Angebote. Das vorinstanzliche Beweisergebnis sei mit dem Grundsatz "in dubio pro reo" nicht vereinbar (vgl. Beschwerde, Rz. 29, 31, 33, 37). Im Einzelnen führt sie unter Verweis auf die Unschuldsvermutung in der Beschwerde diesbezüglich aus [Hervorhebungen hinzugefügt]: "(29) Im Einklang mit diesem Grundsatz kann Martinelli und Foffa Conrad beim Projekt (...) weder ein Konsens zur Angebotskoordination noch eine Verhaltensabstimmung in anderer Form nachgewiesen werden. [...]" (Rz. 29) "(31) [...] es fehlt die unabdingbare zweiseitige Einigung oder Abstimmung, überhaupt eine Angebotskoordinierung vornehmen zu wollen, bzw. die gemeinsame Intention für eine abgestimmte Verhaltensweise. [...]" (Rz. 31) "(33) Aus diesem Grund spielt auch die Erwartungshaltung der ausschreibenden Bauherrin C. _____ keine Rolle. Selbst wenn diese sich mit der Einladung der Beschwerdeführerin aus dem Unterengadin einen erhöhten Wettbewerbsdruck im Oberengadin erhofft haben sollte [...], kann dieser Wunsch die fehlende Einigung oder gemeinsame Intention zur Angebotsabsprache nicht ersetzen. [...]" (Rz. 33)

B-645/2018

Seite 18

"(37) Es ist daher beweismässig nicht erstellt, dass Martinelli und Foffa Conrad den 'übereinstimmenden wirklichen Willen' im Hinblick auf die (angebliche) Angebotskoordinierung beim Bauprojekt (...) geäußert hätten [...]" (Rz. 37) Die Beschwerdeführerin führt weiter an, ungeachtet des Informationsaustauschs mit Martinelli sei ihr Angebot auf ihren "einseitigen und freien Entschluss" zurückgegangen, sich

mangels Kapazität nur formell an dem Einladungsverfahren zu beteiligen und eine reine "Pro-Forma-Offerte" einzureichen (vgl. Beschwerde, Rz. 26, 29, 32, 63; Replik, Rz. 23).

E. 7.2.1

Die Vorinstanz erachtet es demgegenüber als bewiesen, dass die Beschwerdeführerin und Martinelli durch ihr Verhalten den übereinstimmenden Willen geäußert hätten, ihre Angebote beim Projekt (...) zu koordinieren. Konkret sollte die Beschwerdeführerin eine höhere Offerte einreichen als Martinelli (vgl. Verfügung, Rz. 50).

E. 7.2.2

Die Vorinstanz stützt ihre Beurteilung zur Hauptsache auf eine E-Mail von Martinelli an die Beschwerdeführerin vom (...). Der darin enthaltene Satz "In der Beilage senden wir Ihnen die Offerte für das (...) als SIA 451-Datei. Sie können die beiliegende Offerte direkt so mit dieser Summe eingeben: [...]" lasse keinen anderen Schluss zu, als dass Martinelli vorher mit der Beschwerdeführerin eine Abmachung getroffen habe. Die Beschwerdeführerin sei damit gebeten worden, sich bei ihrer Eingabe an der von Martinelli vorkalkulierten Offertsumme zu orientieren. Die Bedeutung der E-Mail sei eindeutig und klar, die Zustellung der Offerte von Martinelli an die Beschwerdeführerin sei nur vor dem Hintergrund eines Konsenses nachvollziehbar. Daran ändere auch nichts, dass in der E-Mail nicht erwähnt sei, dass die Beschwerdeführerin höher eingeben sollte als Martinelli und darin die Offertsumme von Martinelli nicht angegeben sei (vgl. Verfügung, Rz. 45 ff.; Vernehmlassung, Rz. 45).

E. 7.2.3

Die Vorinstanz führt weiter aus, dass sich Martinelli mit der Zustellung ihrer Offerte an einen Konkurrenten der Gefahr einer Konkurrenzofferte

B-645/2018

Seite 19

aussetze, was für eine im Wettbewerb stehende Unternehmung kein rationales Verhalten darstelle. Martinelli habe folglich einem Konkurrenzunternehmen, diesfalls der Beschwerdeführerin, nur dann eine vorkalkulierte Offerte zugestellt, wenn sie habe sicher sein können, dass dieses nicht bedeutend tiefer als Martinelli eingeben würde. Mit der Zusendung einer vorkalkulierten Offerte und dem Begleitsatz "Sie können die beiliegende Offerte direkt so mit dieser Summe eingeben" müsse für die Beteiligten klar gewesen sein, dass diese Offerte bereits über der Offertsumme von Martinelli gelegen habe und somit in dieser Größenordnung eingegeben werden sollte. Somit sei die Aussage von Martinelli, wonach vor dem Versand der E-Mail kein Konsens bestanden habe, dass die Beschwerdeführerin höher als Martinelli eingeben sollte, unglaublich (vgl. Verfügung, Rz. 49).

E. 7.3.1

Nach Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig. Als Wettbewerbsabreden gelten nach Art. 4 Abs. 1 KG rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiede-

ner Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder be- wirken.

E. 7.3.2

Es sind vorab die Beweisregeln darzustellen. In deren Lichte ist an- schliessend zu beurteilen, ob der Beschwerdeführerin eine Abstimmung mit Martinelli über das Eingabeverhalten an der in Frage stehenden Aus- schreibung rechtsgenügend nachgewiesen werden kann.

E. 7.3.2.1

Während die objektive Beweislast regelt, welche Partei die Folgen der Beweislosigkeit einer rechtlich relevanten Tatsache zu tragen hat, be- stimmt die subjektive Beweislast die Beweisführungslast (vgl. Urteile des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 6.4, Buchhändler Dargaud;

B-645/2018

Seite 20

B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 E. 4.5.4, Altimum). Die objektive und subjektive Beweislast für das Vorliegen einer Abstimmung über das Eingabeverhalten liegt bei der Vorinstanz (vgl. BGE 130 II 482 E. 3.2; Ur- teile des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018 E. 6.3, Strassen- und Tief- bau im Kanton Aargau Granella; B-552/2015 vom 14. November 2017 E. 3.2, Türbeschläge). Dass die Vorinstanz hinsichtlich der objektiven Be- weislast von unzutreffenden Annahmen ausgegangen ist, legt die Be- schwerdeführerin zu Recht nicht dar (vgl. zur subjektiven Beweislast E. 6).

E. 7.3.2.2

Vorliegend ist mit der Vorinstanz vom Regelbeweismass des Über- zeugungsbeweises auszugehen (vgl. Verfügung, Rz. 23, 50; Vernehmlas- sung, Rz. 42, 45). Hierfür sprechen die – auch in Kartellsanktionsverfahren grundsätzlich geltende – Unschuldsvermutung (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.4.3, Altimum; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 6.3, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne; vgl. auch Urteil des BGer 2C_845/2018 vom 3. August 2020 E. 4.2, Strassen und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht) und die Tatsache, dass keine besonders komplexe Be- weislage vorliegt. Demnach muss ein Gericht oder eine Behörde nach ob- jektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung über- zeugt sein. Dabei genügt es, wenn das Gericht oder die Behörde keine ernsthaften Zweifel am Vorliegen eines rechtserheblichen Umstands hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (vgl. BGE 130 III 321 E. 3.2; Urteile des BVGer B-7834/2015 vom 16. August 2022 E. 6.3.1 f., Autohändler; B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 6.4, Buch- händler Dargaud; B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.4.4.1, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne; B-552/2015 vom 14. November 2017 E. 4.4, Türbeschläge). Der Grundsatz "in dubio pro reo" greift mithin – als Be- weislastregel – erst, wenn alle aus Sicht des urteilenden Gerichts notwen- digen Beweise erhoben worden sind; ist der Sachverhalt nach Auffassung des Gerichts nicht ausreichend abgeklärt, sind entweder die fehlenden rechtserheblichen Tatsachen im Rechtsmittelverfahren zu erheben oder die Sache ist zur Beweisergänzung an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl.

B-645/2018

Seite 21

Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017 E. 3.2, Türbeschlüsse, m.H. auf Urteil des BGer 2C_1016/2014 vom 19. Oktober 2017 E. 2.2, Fensterbeschläge Siegenia).

E. 7.3.3

Eine Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG setzt nach dem Gesagten zunächst ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken ("action collective, consciente et voulue") von Unternehmen über ihr Marktverhalten voraus (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.2 f., Hors-Liste Medikamente Pfizer und BGE 144 II 246 E. 6.4.1, Altimum, jeweils m.H. auf die Botschaft des Bundesrats zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468 ff., 545, nachfolgend Botschaft KG 1995). Die Motive der Unternehmen sind dabei unerheblich.

E. 7.3.4

Die Bestimmung von Art. 4 Abs. 1 KG sieht als – rechtlich gleich zu behandelnde – Erscheinungsformen von Wettbewerbsabreden sowohl die Vereinbarung als auch die abgestimmte Verhaltensweise vor. Die von der Vorinstanz vorliegend angenommene Erscheinungsform der Vereinbarung erfordert eine übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung, sich auf einem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.3, Hors-Liste Medikamente Pfizer; Urteile des BVGer B-7834/2015 vom 16. August 2022 E. 8.3.1, Autohändler; B-552/2015 vom 14. November 2017 E. 4.1, Türbeschlüsse, B-843/2015 vom 19. Dezember 2017 E. 7; Hors-Liste Medikamente und B-3618/2013 vom 24. November 2016 Rz. 295, Ticketvertrieb Hallenstadion; zum Begriff der Wettbewerbsabrede allgemein vgl. auch BGE 144 II 246 E. 6.4.1, Altimum; Urteile des BVGer B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 E. 4.1, Altimum; B-4669/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 7.1, Buchhändler Les Editions des 5 frontières und B-8404/2010 vom 23. September 2014 E. 5.1.3, 5.3.7.1 f., Baubeschlüsse SFS unimarket, sowie für das EU-Recht, dem das Begriffspaar entnommen ist, EuGH, C-41/69, EU:C:1970:71, Rz. 112, ACF Chemiefarma; zur Abgrenzung der Vereinbarung von der abgestimmten Verhaltensweise vgl. E. 8.3).

B-645/2018

Seite 22

E. 7.3.5

Ausgehend davon ist zunächst zu prüfen, ob der Beschwerdeführerin eine Abstimmung im Sinne eines Einvernehmens über das Eingabeverhalten rechtsgenügend nachgewiesen werden kann.

E. 7.3.6

Im vorliegenden Fall stützt die Vorinstanz ihr Beweisergebnis, wonach eine Abstimmung über das Eingabeverhalten vorgelegen habe, hauptsächlich auf die E-Mail von Martinelli an die Beschwerdeführerin vom (...), welche die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 1. Februar 2013 (vgl. Sachverhalt, E) eingereicht hat (vgl. Verfügung, Rz. 45 ff., 156; E. 7.2). Diese lautet wie folgt: "Sehr geehrter Herr A. _____ In der Beilage senden wir Ihnen die Offerte für das (...) als SIA451-Datei. Sie können die beiliegende Offerte direkt so mit dieser Summe eingeben: Brutto gem. beiliegender Offerte Fr. (...) ./.. Rabatt 0 %

Fr. 0.00 ./.. Skonto 2 %

Fr. (...) MwSt. 7.6%

Fr. (...) Total Eingabe Foffa Netto Fr. (...) Mit bestem Dank und freundlichen Grüßen D. Martinelli AG B._____ "

E. 7.3.7

Mit derselben Eingabe reichte die Beschwerdeführerin auch eine überarbeitete Liste ihrer Offerten zu Bauprojekten im Engadin ein. Mit Bezug auf das darin aufgeführte Projekt (...) enthält die Liste den folgenden Vermerk:

B-645/2018

Seite 23

"Keine Kapazität für diese Arbeit Alibi-Offerte (Mail von Martinelli, Beilage 6)". Zum Hintergrund der E-Mail führt die Beschwerdeführerin aus, sie habe Martinelli um eine vorkalkulierte Offerte gebeten. Martinelli habe ihr mit dieser E-Mail aus Gefälligkeit eine solche Offerte zugesandt, damit die Beschwerdeführerin die von ihr einseitig geplante "Pro-Forma-Offerte" so kostengünstig wie möglich erstellen könne (vgl. Beschwerde, Rz. 31, 34). Im vorinstanzlichen Verfahren führte die Beschwerdeführerin diesbezüglich weiter aus, sie habe die Offerte einzig deshalb eingereicht, um der Einladung der Generalunternehmerin C._____ nachzukommen. Wenn sie keine Offerte eingereicht hätte, hätte sie vermutlich keine weiteren Anfragen von C._____ erhalten (vgl. Protokoll der mündlichen Ergänzung zur Selbstanzeige vom 27. Oktober 2015, act. IX.C.61 [25-0039], Rz. 288 ff.; vgl. auch Protokoll der Anhörung der Beschwerdeführerin vom 4. September 2017, act. 59 [22-0461], Rz. 50 ff., 71 ff.).

E. 7.3.8

Dass es sich um eine von Martinelli für die Beschwerdeführerin vorkalkulierte Offerte handelt, bestätigt der Wortlaut der E-Mail. Darin ("Sie können die beiliegende Offerte direkt so mit dieser Summe eingeben [...] Mit bestem Dank [...]") kommt die Erwartung von Martinelli zum Ausdruck, dass die Beschwerdeführerin diese Offerte als ihr eigenes Angebot an der Ausschreibung einreicht.

E. 7.3.9

Es ist demnach erstellt, dass Martinelli der Beschwerdeführerin mit der E-Mail vom (...) eine vorkalkulierte Offerte für die Ausschreibung (...) zugesandt hat, deren Eingabefrist der (...) war.

E. 7.3.10

Es ist dabei aufgrund der von den Beteiligten bekundeten Interessenlage – dem Interesse von Martinelli am Erhalt des Zuschlags stand ein Desinteresse der Beschwerdeführerin am Zuschlag gegenüber – davon auszugehen, dass der in der Offerte aufgeführte Preis höher als der Preis

B-645/2018

Seite 24

war, zu dem Martinelli ihr Angebot einzureichen beabsichtigte. Die Zusage einer Offerte zu einem tieferen Preis hätte aus der Sicht von Martinelli ökonomisch keinen Sinn gehabt, zumal sie dadurch ihre Chancen auf den Zuschlag verringert hätte.

E. 7.3.11

Ein weiteres Indiz dafür, dass die Beschwerdeführerin und Martinelli sich dahingehend abgestimmt haben, dass Erstere zu einem höheren Preis offerieren soll, stellt auch die folgende Aussage der Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde dar (Hervorhebung hinzugefügt): "Bei einer solchen 'Pro-Forma-Offerte' handelte es sich allenfalls um eine Art 'Scheinwettbewerb', weil für beide Beteiligten klar war, dass Foffa Conrad deutlich höher eingeben würde, um sicher 'ausser Konkurrenz' an der Ausschreibung teilzunehmen." (Rz. 34)

E. 7.3.12

Dass der von Martinelli in der vorkalkulierten Offerte festgelegte Preis höher war als der Preis, zu dem Martinelli ein eigenes Angebot einzureichen gedachte, bestätigen auch die folgenden Aussagen der Beschwerdeführerin an der Anhörung durch die Vorinstanz vom 4. September 2017 [Hervorhebungen hinzugefügt]: "Präsident: Wieso wollte C. _____ eine solche Alibi-Offerte? A. _____: C. _____ wollte von uns eine Offerte. Ich habe daher Martinelli gebeten, die Offerte zu erstellen, weil ich kein Interesse hatte. Die Offerte ist nicht konkurrenzfähig, was für mich ok war, weil ich den Auftrag ohnehin nicht wollte. Ich bin frei, eine zu hohe oder zu tiefe Offerte einzureichen. Ich gebe eine Offerte so ein, dass ich die Arbeit nicht bekomme, wenn ich keine Kapazität und Zeit dafür habe." (Rz. 100 ff.) [...] (Mitglied der Vorinstanz): Woher ist Martinelli sicher, dass sie nicht unterboten wird? A. _____: Das ist eine Vertrauenssache. Ich kannte die Summe von Martinellis Eingabe nicht. (Rechtsvertreter von Martinelli): Wusste Foffa Conrad also die Summe der Eingabe?

B-645/2018

Seite 25

A. _____: Nein. Ich wusste nur, dass sie tiefer ist. Das war ja meine Absicht." (vgl. Vorinstanz, act. 59 [22-0461, Rz. 163 ff.]

E. 7.3.13

Die Zusendung der E-Mail an die Beschwerdeführerin mit dem aufgezeigten Inhalt kann nur vor dem Hintergrund einer zuvor erzielten Abstimmung über die Koordinierung der Angebote (vgl. zum Inhalt der Abstimmung E. 11.2.1) vernünftig verstanden werden.

E. 7.3.14

Ein weiteres Indiz für eine Abstimmung ist der Umstand, dass die Beschwerdeführerin – was diese nicht bestreitet und aktenkundig ist – die ihr zugesandte vorkalkulierte Offerte im Wesentlichen unverändert als ihr eigenes Angebot an der fraglichen Ausschreibung eingereicht hat; während die von Martinelli zugesandte Offerte einen Preis von Fr. (...) vorsah, reichte die Beschwerdeführerin eine Offerte zu einem Preis von (...) ein (jeweils inkl. MwSt.; vgl. Verfügung, Rz. 64).

E. 7.3.15

Soweit sich der Einwand der Beschwerdeführerin, ihr Angebot aus freiem Entschluss eingereicht zu haben, gegen das Bestehen einer Abstimmung richtet, ist er unbehelflich. Die Beschwerdeführerin kannte aufgrund der ihr von Martinelli zugesandten vorkalkulierten Offerte den ungefähren Offertpreis, zu dem diese ihr Angebot einzureichen beabsichtigte. Sie hat die ihr zugesandte vorkalkulierte Offerte – wie soeben aufgezeigt – im Wesentlichen unverändert als ihr Angebot eingegeben und damit bewusst eine preislich

teurere Offerte eingereicht. Die Beschwerdeführerin hat den Offertpreis demnach gerade nicht im Sinne des Selbständigkeitspostulats (vgl. E. 9.3.13) unabhängig von ihrer Mitbewerberin, sondern gestützt auf die von dieser erhaltenen Informationen festgelegt. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, hat der besagte Informationsaustausch die Unsicherheit über das Verhalten des jeweils anderen Unternehmens bei der fraglichen Ausschreibung beseitigt, was einem autonomen Eingabeverhalten entgegensteht (vgl. Vernehmlassung, Rz. 45).

E. 7.3.16

Auf ein Einvernehmen zwischen der Beschwerdeführerin und Martinelli über die Koordinierung der Angebote weist auch die Tatsache hin,

B-645/2018

Seite 26

dass die Beschwerdeführerin zu einem frühen Zeitpunkt des vorinstanzlichen Untersuchungsverfahrens ausdrücklich eingestanden hat, sich mit Martinelli über das Eingabeverhalten an der betreffenden Ausschreibung abgestimmt zu haben: So stellte die Beschwerdeführerin dem Sekretariat mit ihrer Selbstanzeige am 12. November 2012 sowie im Rahmen der Ergänzungen ihrer Selbstanzeige mit E-Mail vom 30. November 2012 und mit Schreiben vom

E. 7.3.17

Zu den vorstehend zitierten Aussagen von A. _____ vom 12. November 2012 wendet die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde, in der

B-645/2018

Seite 27

sie eine Abstimmung mit Martinelli über eine Koordinierung der Angebote beim (...) bestreitet, ein, es habe sich nicht um eine umfassende oder gar rechtliche Würdigung des jeweiligen Sachverhalts gehandelt. Eine solche habe von juristischen Laien auch nicht erwartet werden dürfen. Die Verwendung des Ausdrucks "Absprache" dürfe deshalb nicht einfach mit "Kartellrechtsverstoss" oder einem förmlichen Geständnis gleichgesetzt werden. A. _____ habe den Begriff "Stützofferte" nicht richtig verstanden. Soweit sie – so die Beschwerdeführerin – im Rahmen der Selbstanzeige eine Bewertung des Verhaltens vorgenommen habe, wie z.B. durch die Bezeichnung "Absprache", habe es sich um eine "Aussage aus Laiensicht" gehandelt (vgl. Beschwerde, Rz. 52; Replik, Rz. 48). Des Weiteren wird in der Beschwerde angeführt, es müsse einer Selbstanzeigerin erlaubt sein, die von ihr angezeigten Projekte später genauer anzusehen und gegebenenfalls bei einzelnen zu einer anderen Beurteilung zu kommen. Denn der Wille und die Bereitschaft zu umfassender Kooperation führten dazu, im Zweifel lieber mehr Projekte anzuzeigen als zu wenig, zumal die nötigen Mitteilungen unter einem erheblichen Zeitdruck zu erfolgen hätten (vgl. Beschwerde, Rz. 75).

E. 7.3.18

Die Beschwerdeführerin weist zutreffend darauf hin, dass einzig der Erstanzeiger einen vollständigen Sanktionserlass erhalten kann (vgl. E. 16), was die Untersuchungsadressaten eines Kartellsanktionsverfahrens der Wettbewerbsbehörden bei ihrer Entscheidung über die Einreichung einer Selbstanzeige unter Zeitdruck setzt (vgl. PIERRE KOBEL, Sanc-

tions du droit des cartels et problèmes de droit administratif pénal, AJP 2004, S. 1152; TAGMANN/ZIRLICK, Schwächen und Risiken der Bonusregelung im schweizerischen Kartellrecht, Jusletter vom 10. August 2009, Rz. 40 ff.). In diesem Zusammenhang ist zugunsten der Beschwerdeführerin zu berücksichtigen, dass ihre Selbstanzeige und die in deren Rahmen vorgelegten Hinweise zum vorliegend in Frage stehenden Kartellrechtsverstoss zu einem frühen Zeitpunkt des ursprünglich einheitlich geführten Verfahrens Nr. 22-0433 erfolgten, dessen Untersuchungsgegenstand räumlich zunächst das Unterengadin und ab dem 22. April 2013 den Kanton Graubünden umfasste (vgl. Sachverhalt, F). Auch ergibt sich aus den

B-645/2018

Seite 28

Akten, dass die Beschwerdeführerin – wie diese selbst anführt (vgl. Replik, Rz. 61; vgl. auch Stellungnahme zum Verfügungsantrag, Rz. 16) – im Rahmen ihrer Selbstanzeige früh Hinweise zu zahlreichen möglichen Submissionsabsprachen im Kanton Graubünden vorgelegt hat. Wie die Vorinstanz in ihrer (rechtskräftigen) Sanktionsverfügung in Sachen Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal (Engadin IX) festhält, haben es ihr die Hinweise der Beschwerdeführerin ermöglicht, das ursprüngliche Untersuchungsverfahren auf Kartellrechtsverstösse im Münstertal auszudehnen (vgl. Verfügung der Vorinstanz vom 10. Juli 2017, veröffentlicht in: RPW 2017/3, S. 421 ff., Rz. 301).

E. 7.3.19

Die Beschwerdeführerin zeigt jedoch nicht schlüssig auf, welche Umstände sie bei der vorliegend relevanten Ausschreibung zur Änderung ihres Standpunkts zum Vorliegen einer Abstimmung bewogen haben. Sie legt mit anderen Worten keine nachvollziehbaren Gründe dar, weshalb sie – anders als im Verfahren vor der Vorinstanz – in ihrer Beschwerde eine Abstimmung mit Martinelli über eine Koordinierung der Angebote mit Bezug auf das Projekt (...) bestreitet.

E. 7.3.20

Unbehelflich ist auch der Einwand der Beschwerdeführerin, die von A. _____ im vorinstanzlichen Verfahren gemachte Aussage, wonach hinsichtlich des vorliegend relevanten Projekts eine "Absprache" vorgelegen habe (vgl. E. 7.3.16), sei bloss eine "Aussage aus Laiensicht" gewesen. Es kann kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass der wesentliche Gehalt des Begriffs "Absprache" – das Erzielen eines Einvernehmens über das Marktverhalten – dem Vertreter der Beschwerdeführerin als deren (Funktion bei Foffa Conrad) bewusst war. Auch in der Umgangssprache deckt sich die Bedeutung einer "Absprache" im Wesentlichen mit derjenigen einer Abrede im kartellrechtlichen Sinn. Gegenteiliges macht die Beschwerdeführerin weder stichhaltig geltend und ist auch nicht aus den Akten ersichtlich. Dasselbe gilt für den Einwand, A. _____ habe den Begriff "Stützofferte" nicht richtig verstanden.

B-645/2018

Seite 29

E. 7.3.21

Wenn die Beschwerdeführerin nun im Beschwerdeverfahren eine Abstimmung mit Martinelli bestreitet, ist dies in diesem Lichte als unglaubwürdig zu werten.

E. 7.3.22

Schliesslich macht die Beschwerdeführerin geltend, auch Martinelli habe in ihrer Stellungnahme vom 13. Juni 2017 zum Verfügungsantrag des Sekretariats mit Nachdruck bestritten, dass es eine Wettbewerbsabrede gegeben habe. Stattdessen habe Martinelli betont, dass es sich auf Seite der Beschwerdeführerin um eine "Pro-Forma-Offerte" gehandelt habe, die den Wettbewerb nicht habe beschränken können, weil die Beschwerdeführerin ohne die Hilfe von Martinelli aus freien Stücken gar keine Offerte eingereicht hätte (vgl. Replik, Rz. 30). Dieses Vorbringen umfasst mit Blick auf die von der Beschwerdeführerin bereits angeführten – und vorliegend beurteilten – Argumente keine neuen Aspekte. Es vermag die vorstehend aufgeführten Indizien für eine Abstimmung über das Eingabeverhalten nicht zu entkräften. Vielmehr lassen diese keinen vernünftigen Zweifel daran bestehen, dass die Beschwerdeführerin sich mit Martinelli über das Eingabeverhalten an der in Frage stehenden Ausschreibung abgestimmt hat. Somit hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin eine Abstimmung mit Martinelli über das Eingabeverhalten an der Ausschreibung (...) rechtsgenügend nachgewiesen (vgl. zu deren Inhalt E. 11.2.1 ff.). 8. Vereinbarung Umstritten und zu entscheiden ist, ob die Abstimmung als Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert werden kann. 8.1 Die Beschwerdeführerin bestreitet das Vorliegen der Abredeform der Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG. Sie argumentiert, die Vorinstanz habe den Nachweis für einen Verpflichtungswillen der beteiligten Unternehmen

B-645/2018

Seite 30

nicht erbracht. Sie beruft sich auf die Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts in seinem Urteil in Sachen Türbeschlüsse (Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017 E. 4.4), wonach die Erscheinungsform einer Vereinbarung einen zumindest konkludent geäusserten Bindungswillen voraussetze (vgl. Replik, Rz. 29; vgl. auch Beschwerde, Rz. 37). 8.2 Die Vorinstanz hält dem entgegen, es sei im Kontext von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen irrelevant, ob sich die beteiligten Unternehmen "rechtlich oder allenfalls nur moralisch (sog. Gentlemen's Agreements)" binden wollten. Denn als Wettbewerbsabreden nach Art. 4 Abs. 1 KG würden auch rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen gelten (vgl. Duplik, Rz. 15). 8.3 8.3.1 Die Bestimmung von Art. 4 Abs. 1 KG sieht – wie aufgezeigt – sowohl die Vereinbarung als auch die abgestimmte Verhaltensweise als Erscheinungsformen einer Wettbewerbsabrede vor. Das Konzept der abgestimmten Verhaltensweise fungiert in der Praxis vor allem als Auffangtatbestand bei fehlendem Nachweis einer Vereinbarung. Das Unterscheidungsmerkmal ist primär im fehlenden Verpflichtungs- bzw. Bindungswillen zu sehen (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.3, Hors-Liste Medikamente Pfizer; Urteile des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017 E. 4.1, 4.4, Türbeschlüsse, m.w.H.; B-843/2015 vom 19. Dezember 2017 E. 7, Hors-Liste Medikamente Eli Lilly SA). Die beiden Erscheinungsformen unterscheiden sich nicht ihrem Wesen nach, sondern nur in ihrer Intensität oder Ausdrucksformen (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.4.1, Hors-Liste Medikamente Pfizer, m.H. auf EuGH, C-49/92, EU:C:1999:356, Rz. 131, Anic; EuGH, C-8/08, EU:C:2009:343, Rz. 23, T-Mobile Netherlands, in Bezug auf das Kartellverbot nach Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon vom 13.12.2007 [AEUV, ABl. C 306 vom 17.12.2007, 1]).

8.3.2 Eine Vereinbarung kommt – wie erwähnt – durch eine übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung zustande (vgl. Art. 1 Abs. 1 OR). Die Willenserklärung kann ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten erfolgen (vgl. Art. 1 Abs. 2 OR), unabhängig von der gewählten Rechtsform (vertrags- oder gesellschaftsrechtliche Grundlage) sowie vom angestrebten Mass an Rechtsverbindlichkeit; insbesondere auch rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen werden ausdrücklich vom Gesetzeswortlaut erfasst. Dazu gehören Vereinbarungen, denen nach dem Willen der Beteiligten zwar Verbindlichkeit, aber keine Klagbarkeit zukommen soll (z.B. sog. Gentlemen's Agreements [vgl. BGE 147 II 72 E. 3.3, Hors-Liste Medikamente Pfizer; Urteile des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017 E. 4.1, Türbeschläge; B-3618/2013 vom 24. November 2016 Rz. 295, Ticketvertrieb Hallenstadion; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz. 366]).

8.3.3 Eine Wettbewerbsabrede in der Form der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG kann demzufolge bereits dann vorliegen, wenn die Beteiligten – im Sinne eines Gentlemen's Agreement – lediglich eine moralische Bindung anstreben (vgl. ZÄCH, a.a.O., Rz. 366; BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 1997, Art. 4 N. 34, sowie für das EU-Kartellrecht ZIMMER, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 Rz. 70). Es genügt, wenn sich aus den Umständen schliessen lässt, dass die Beteiligten von der moralischen Verbindlichkeit der getroffenen Abstimmung ausgegangen sind.

8.3.4 Vorliegend hat die Beschwerdeführerin – was unbestritten und aufgrund der Akten erstellt ist – die ihr von Martinelli zugesandte Offerte ohne wesentliche Änderungen als ihre Offerte eingereicht. Sie hat sich damit entsprechend der erzielten Abstimmung (vgl. E. 7.3.6) verhalten und diese umgesetzt. Wäre Martinelli als designierte Schutznehmerin davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführerin sich nicht an die Abstimmung hält, sondern ihr Eingabeverhalten autonom festlegt, hätte es für Martinelli – wie die Vorinstanz zutreffend ausführt (vgl. Verfügung, Rz. 49) – ökonomisch

keinen Sinn gehabt, einem – zumindest potentiellen – Konkurrenzunternehmen (vgl. E. 9.3.2) eine vorkalkulierte Offerte zuzusenden und auf diese Weise über das beabsichtigte Marktverhalten zu informieren. Denn in einem solchen Fall hätte Martinelli damit rechnen müssen, dass die Beschwerdeführerin – in Kenntnis des ungefähren Offertpreises von Martinelli – zu einem günstigeren Preis offeriert, um den Zuschlag zu erhalten. Demnach muss Martinelli vernünftigerweise die Erwartung gehabt haben, dass die Beschwerdeführerin sich an die getroffene Abstimmung hält.

8.3.5 Dass die Beschwerdeführerin den Willen hatte, sich an die Abstimmung zu halten, bestätigen auch ihre Aussagen an der Anhörung durch die Vorinstanz vom 4. September 2017. So antwortete A. _____ auf die Frage, woher Martinelli sicher gewesen sei, dass sie nicht durch die Beschwerdeführerin unterboten werde, dergestalt, dass dies "Vertrauenssache" sei (vgl. Vorinstanz, act. 59 [22-0461], Rz. 163 ff.; E. 7.3.6).

8.3.6 In Anbetracht dessen kann kein vernünftiger Zweifel bestehen, dass die Beschwerdeführerin sich als an die erzielte Abstimmung über das Eingabeverhalten gebunden erachtete. Es ist demnach von

einer hinreichenden Intensität der Abstimmung auszugehen, weshalb auf eine Vereinbarung zu schliessen ist. Die gegen die Erscheinungsform der Vereinbarung gerichteten Einwände der Beschwerdeführerin sind deshalb unbegründet. Die Vorinstanz hat demzufolge rechtsgenügend nachgewiesen, dass eine übereinstimmende Willensäusserung zwischen der Beschwerdeführerin und Martinelli über das Eingabeverhalten an der Ausschreibung (...) vorlag (vgl. zum Inhalt der Abstimmung im Einzelnen nachfolgende E. 11.2.1). Diese ist mit der Vorinstanz als Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG einzustufen (vgl. Verfügung, Rz. 80 f.).

B-645/2018

Seite 33

9. Wettbewerbsverhältnis und Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung Strittig ist des Weiteren, ob zwischen der Beschwerdeführerin und Martinelli ein tatsächliches oder potentiell Wettbewerbsverhältnis vorgelegen hat und ob die Abstimmung eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bezweckt oder bewirkt hat. 9.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Merkmal des Bezweckens einer Wettbewerbsbeschränkung liege nicht vor. Zur Begründung führt sie aus, sie habe zum damaligen Zeitpunkt keine Kapazität zur Ausführung eines solchen Grossprojekts und daher kein Interesse am Zuschlag gehabt. Sie habe sich bloss deshalb an der Ausschreibung beteiligt, um beim Ausschreiber im Gespräch zu bleiben (vgl. Beschwerde, Rz. 25, 34). Es habe somit von vornherein kein Konkurrenzverhältnis zwischen ihr und Martinelli bestanden. Der Wettbewerb habe deshalb durch ihre "Pro-Forma-Offerte" nicht beschränkt werden können. Das Verhalten der Parteien sei daher zu einer Beschränkung des tatsächlichen Wettbewerbs von vornherein nicht geeignet gewesen (vgl. Beschwerde, Rz. 25, 34, 36). An der Anhörung durch die Vorinstanz vom 4. September 2017 wie auch in der Stellungnahme zum Verfügungsantrag vom 14. Juni 2017 machte die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang geltend, sie habe keinen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt. Im Einzelnen führte sie in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag Folgendes aus: "Anders als das Sekretariat im Rahmen des verfolgten Zwecks annimmt, ging es weder darum, den Wettbewerb unter den Beteiligten zu verhindern, noch darum, im Einvernehmen zu entscheiden, welches Unternehmen den Auftrag erhalten soll [...]." (Stellungnahme zum Verfügungsantrag, Rz. 4; vgl. auch Plädoyernotizen, S. 5). 9.2 Die Vorinstanz bringt vor, die beiden Parteien seien als Unternehmen auf derselben Marktstufe tätig und als solche Konkurrentinnen hinsichtlich der Vergabe des zu beurteilenden Bauprojekts gewesen. Die Abrede sei

B-645/2018

Seite 34

somit horizontaler Natur (vgl. Verfügung, Rz. 87). Die Abrede habe beinhaltet, das Eingabeverhalten zwischen den Parteien in Bezug auf das Bauprojekt zu koordinieren. Ein solcher Abredeinhalt sei in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken (vgl. Verfügung, Rz. 84). 9.3 9.3.1 Die Beschwerdeführerin bestreitet neben dem Merkmal des Bezweckens oder Bewirkens einer Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 4 Abs. 1 KG auch ein aktuelles oder potentiell Konkurrenzverhältnis als Voraussetzung einer horizontalen Wettbewerbsabrede. Es ist deshalb zunächst das Bestehen eines entsprechenden Konkurrenzverhältnisses zu prüfen (vgl. E. 9.3.2), bevor auf das Merkmal des Bezweckens oder Bewirkens einer Wettbewerbsbeschränkung eingegangen wird (vgl.

E. 9.3.10 ff.). 9.3.2 Nach Art. 5 Abs. 3 KG zeichnet sich eine horizontale Wettbewerbsabrede unter anderem dadurch aus, dass sie zwischen Unternehmen auf gleicher Marktstufe getroffen wird; diese müssen auf einem bestimmten Markt "tatsächlich oder der Möglichkeit nach" miteinander im Wettbewerb stehen. Erforderlich ist mit anderen Worten ein aktuelles oder potentiell Konkurrenzverhältnis auf demselben sachlichen und räumlichen Markt (vgl. Urteile des BVGer B-3618/2013 vom 24. November 2016 Rz. 298, Ticketvertrieb Hallenstadion, m.w.H.; B-8404/2010 und B-8430/2010 vom 23. September 2014 E. 5.1.5, 5.2.13, Baubeschlüsse SFS unimarket bzw. E. 6.2.16, Baubeschlüsse Koch; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. éd. 2013, Art. 4 N. 104; BANGER-TER/ZIRLICK, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 4 N. 80, 84). Der sachliche Markt umfasst gemäss dem vorliegend analog anwendbaren Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar angesehen werden (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 5.1,

B-645/2018

Seite 35

Publigruppe). Der räumliche Markt umfasst demgegenüber das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU). 9.3.3 Die vorliegend in Frage stehende Ausschreibung hatte (...) und damit Hochbauleistungen zum Gegenstand (vgl. Verfügung, Rz. 1; Schreiben der C._____ vom 12. September 2016, Vorinstanz, act. 15 [22-0461]). Wie die Vorinstanz ausführt (vgl. Verfügung, Rz. 100), beschränkte sich der sachlich relevante Markt auf die ausgeschriebenen (Bauprojekt). Des Weiteren steht vorliegend aufgrund der Akten fest, dass die Beschwerdeführerin von der C._____ als Generalunternehmerin und Vertreterin der Bauherrin zur Offertstellung eingeladen wurde (vgl. Schreiben der C._____ vom 12. September 2016, Vorinstanz, act. 15 [22-0461]; Protokoll der Anhörung der Beschwerdeführerin vom 4. September 2017, act. 59 [22-0461], Rz. 71). Dies kann nur so verstanden werden, dass die Bauherrin die Beschwerdeführerin – sowohl grundsätzlich als auch bezogen auf die konkret erforderlichen Kapazitäten – als zur Projektausführung in der Lage erachtete. Es hätte für die Bauherrin ansonsten ökonomisch keinen Sinn gehabt, die Beschwerdeführerin zur Offertstellung einzuladen, wenn sie diese nicht als zur Projektausführung in der Lage erachtet hätte. Vielmehr erhoffte sie sich – wovon mit der Vorinstanz auszugehen ist (vgl. Verfügung, Rz. 85) – mit der Einladung der im Unterengadin tätigen Beschwerdeführerin neben einer grösseren Auswahl an Anbietern einen erhöhten Wettbewerb im Oberengadin. Dies bestätigt auch die nachfolgende Antwort der C._____ in ihrem Schreiben vom 12. September 2016 auf die Frage im Auskunftsbegehren der Vorinstanz vom 20. Juli 2016, ob und weshalb Unternehmen zur Offertstellung eingeladen worden seien, deren Sitz weiter als 15 Kilometer von (Ort des Bauprojekts) entfernt liege [Hervorhebungen hinzugefügt]: "Foffa Conrad aus Zernez ist eine im Hochbau tätige Engadiner Baufirma mit entsprechender Kapazität. Ihre Einladung erfolgte gemäss Angaben von Herrn D._____ zur Verbesserung der Konkurrenzsituation bei der Offertstellung und wegen ihrer sehr guten Geschäftskontakte in der Region."

B-645/2018

Diese Auskunft der Bauherrenvertreterin macht deutlich, dass diese nicht nur von der grundsätzlichen Fähigkeit der Beschwerdeführerin zur Ausführung des in Frage stehenden Projekts ausging, sondern auch davon, dass diese die erforderlichen Kapazitäten habe. 9.3.4 Hinzu kommt, dass die Bauherrin das Verhalten der Beschwerdeführerin nach Treu und Glauben dahingehend verstehen durfte und musste, dass diese über die erforderlichen Kapazitäten zur Ausführung des Projekts verfügte. Denn indem die Beschwerdeführerin sich durch Abgabe einer – nach Art. 5 OR verbindlichen – Offerte an der Ausschreibung beteiligt hat, hat sie zum Ausdruck gebracht, dass sie zur Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten grundsätzlich in der Lage sei und auch die im konkreten Fall erforderlichen Kapazitäten habe. Selbst wenn die Bauherrin die von der Beschwerdeführerin bei der Eingabe gemachte Mentalreservation erkannt hätte, würde dies an der rechtlichen Ausgangslage nichts ändern (vgl. JÄGGI/GAUCH, ZH-Komm. OR, 1979, Art. 18 N. 93; CHRISTOPH MÜLLER, Berner Komm. OR, 2018, Art. 18 N. 317). Es wird von der Beschwerdeführerin im Übrigen weder substantiiert dargetan noch ist ersichtlich, dass es ihr – für die Bauherrin erkennbar – aufgrund fehlender Kapazitäten unmöglich war, das Projekt – gegebenenfalls unter Beizug von Subunternehmern – auszuführen. Die Beschwerdeführerin macht zu Recht nicht geltend, dass die Bauherrin nach Treu und Glauben Anlass hatte, sich bei ihr zu vergewissern, ob sie die erforderlichen Kapazitäten für die Projektausführung habe. 9.3.5 Auf ihrer Webseite wirbt die Beschwerdeführerin ferner damit, dass sie im Bereich Hochbau auch Grossprojekte ausführen könne. Die Webseite führt diesbezüglich unter der Überschrift "Dienstleistungen – Hochbau" Folgendes aus (abgerufen am 27.7.2023): "Unsere Hochbau-Abteilung bietet Ihnen eine breite Spannweite. Von Kleinaufträgen von mehreren Stunden bis zu Grossprojekten über mehrere Jahre sind wir für Sie die richtige Adresse. Unser Fachpersonal stellt sich dank Erfahrung, Freude und modernster Technik jeder Aufgabe."

B-645/2018

9.3.6 In diesem Zusammenhang ist weiter darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin die Aussage der Verfügung, wonach die "Foffa Conrad-Gruppe im Unterengadin das mit Abstand grösste Hoch- und Tiefbauunternehmen" sei und in der Hochsaison über 130 Mitarbeitende beschäftige, nicht bestritten hat (vgl. Vernehmlassung, Rz. 47; Verfügung, Rz. 3, 52). Ihr Vertreter hat an der ersten Befragung durch das Sekretariat im Rahmen der Selbstanzeige am 12. November 2012 ausgeführt, man habe "immer ein Unternehmen sein [wollen], das relativ marktstark ist. Das haben wir jetzt erreicht" (vgl. Ergänzung der Bonusmeldung vom 12. November 2012, Vorinstanz, act. IX.C.5 [25-0039, S. 4]). 9.3.7 Angesichts dieser Umstände durfte die Bauherrin nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die Beschwerdeführerin (1) grundsätzlich in der Lage war und (2) die im Einzelfall erforderlichen Kapazitäten hatte, um die ausgeschriebenen Arbeiten auszuführen. Hieran nichts zu ändern vermag der Umstand, dass die Fahrzeit zwischen dem Hauptsitz der Beschwerdeführerin in Zernez und dem Standort des (...) bei einer Distanz von etwas mehr als 30 Strassenkilometern rund eine halbe Stunde beträgt. Dies gilt umso mehr, als weder dargetan wird noch ersichtlich ist, dass es der Beschwerdeführerin unmöglich gewesen wäre, für die Dauer der Projektausführung einen lokalen Standort zu errichten. Unerheblich ist unter diesen Umständen der von der Beschwerdeführerin im

Untersuchungsver- fahren vorgebrachte Umstand, dass sie kaum Arbeiten im Oberengadin ausgeführt habe (vgl. Aussage von A. _____ anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige vom 12. November 2012, vgl. Vorinstanz, act. IX.C.5 [25-0039]). Vielmehr hatte die Bauherrin keinen Anlass, daran zu zweifeln, dass die Ausführung des Projekts der Beschwerdeführerin möglich gewesen wäre. 9.3.8 Für das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses ergibt sich aus dem Gesagten Folgendes: Während die Beschwerdeführerin aufgrund der Einladung der Bauherrin zur Offertstellung (vgl. Sachverhalt, A) zunächst potentielle Konkurrentin der – ebenfalls zur Teilnahme an der Ausschrei-

B-645/2018

Seite 38

bung eingeladenen – Martinelli wurde, hat sie sich durch Abgabe einer Of- ferte um die Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten beworben und sich als tatsächliche Konkurrentin von Martinelli manifestiert (vgl. auch Ur- teil des BVGer B-8386/2015 vom 24. Juni 2021 E. 7.3, Swisscom WAN- Anbindung sowie die Verfügung der Vorinstanz vom 2. Oktober 2017 i.S. Engadin III, Rz. 98). Durch die Einreichung eines Angebots hat die Be- schwerdeführerin sich verpflichtet, im Fall einer Annahme ihres Angebots durch die Bauherrin den Auftrag zu den ausgeschriebenen Bedingungen zu übernehmen. Ob die Beschwerdeführerin ein Interesse an der Ausfüh- rung des Projekts hatte, ist für die Beurteilung, ob zu Martinelli ein potenti- elles oder tatsächliches Wettbewerbsverhältnis vorlag, unerheblich. 9.3.9 Demnach ist die Vorinstanz zu Recht von einem Wettbewerbsverhält- nis zwischen der Beschwerdeführerin und Martinelli hinsichtlich der Aus- führung der in Frage stehenden Arbeiten ausgegangen. Die entsprechende Voraussetzung für eine horizontale Abrede liegt vor. 9.3.10 Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG muss die Abstimmung eine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Wie sich bereits aus dem Wortlaut der Bestimmung ergibt, handelt es sich um alternative Tatbe- standsvoraussetzungen (vgl. BGE 148 II 25 E. 7.2, Buchhändler Dargaud; Urteile des BVGer B-7834/2015 vom 16. August 2022 E. 8.3.3, Autohänd- ler; B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 9.3.1, Strassen- und Tiefbau im Kan- ton Aargau Umbricht, bestätigt durch Urteil des BGer 2C_845/2018 vom 3. August 2020). Durch eine Wettbewerbsabrede verzichten Unternehmen auf ihre Handlungsfreiheit im Innen- oder Aussenwettbewerb hinsichtlich eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.6, Hors-Liste Medikamente Pfizer; BGE 129 II 18 E. 5.1, Sammelrevers; Ur- teile des BVGer B-3618/2013 vom 24. November 2016 Rz. 301, Ticketver- trieb Hallenstadion, m.w.H., B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 E. 4.1, Altimum; B-8404/2010 vom 23. September 2014 E. 5.1.2, Baubeschläge SFS unimarket; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. éd. 2013, Art. 4 N. 72).

B-645/2018

Seite 39

9.3.11 Was das Tatbestandsmerkmal des Bezweckens anbelangt, ist – wie die Vorinstanz zutreffend ausführt (vgl. Verfügung, Rz. 82 ff.) – ein objekti- vierter Zweckbegriff massgebend; entscheidend ist, ob eine Abstimmung ihrem Wesen nach, d.h. objektiv geeignet erscheint, den Wettbewerb zu beschränken (vgl. Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 4.2, Nikon, m.w.H.). Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abrede- beteiligten die Ausschaltung oder

Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben. Der Gegenstand der Verhaltenskoordination, d.h. der Regelungsinhalt der Abrede, besteht in einer Einschränkung des Wettbewerbs, 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 dahin gehende subjektive Absicht der abredeteiligen Unternehmen ist nicht notwendig. Unerheblich ist auch, von welcher Abredepartei die Initiative zur Aufnahme des unternehmerischen Zusammenwirkens ausging. Tatsächliche Auswirkungen der Abrede sind nicht notwendig (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.3, Hors-Liste Medikamente Pfizer, m.w.H.; Urteile des BVGer B-7834/2015 vom 16. August 2022 E. 8.3.3, 9.3.6, Autohändler; B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 9.3.1, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne, m.w.H.; B-3618/2013 vom 24. November 2016 Rz. 303, Ticketvertrieb Hallenstadion). 9.3.12 Vorliegend ist unbestritten und ergibt sich aus den Akten, dass sich der Zuschlag primär nach dem Offertpreis richtete, der somit der wichtigste Wettbewerbsparameter war. In diesem Sinne sagte A._____ an der Anhörung durch die Vorinstanz aus, dass der Preis ausschlaggebend sei (vgl. Protokoll der Anhörung der Beschwerdeführerin vom 4. September 2017, Rz. 112; Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 9.2.4.1, Strassenbeläge Tessin). Inhalt der Abstimmung zwischen der Beschwerdeführerin und Martinelli war nach dem Gesagten (vgl. E. 11.2.1), dass Martinelli als designierte Schutznehmerin zu einem günstigeren Preis offerieren soll

B-645/2018

Seite 40

als die Beschwerdeführerin, so dass Erstere die besseren Chancen auf Erhalt des Zuschlags hat. 9.3.13 Eine solche Abstimmung über die Festlegung der Offertpreise ist objektiv geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu bewirken (vgl. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. éd. 2013, Art. 4 N. 80 f.). Die Beschwerdeführerin und Martinelli haben dadurch ihre Handlungsfreiheit bei der Festlegung des Offertpreises (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.4.2, 6.8, Altimum; BGE 129 II 18 E. 5.1, Sammelrevers) und bei der Wahl des Geschäftspartners eingeschränkt und den Wettbewerb im Innenverhältnis anhand dieser Parameter beseitigt. Sie haben dem Grundanliegen des Kartellgesetzes zuwidergehandelt, wonach die auf einem Markt tätigen Unternehmen die relevanten Wettbewerbsparameter unabhängig voneinander festlegen sollen (sog. Selbständigkeitspostulat; vgl. BGE 147 II 72 E. 3.2, Hors-Liste Medikamente Pfizer; Urteil des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 5.2, Buchhändler Dargaud). 9.3.14 Der Einwand der Beschwerdeführerin, sie habe keinen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt, betrifft ihre Motive. Aus welchen Motiven die Beschwerdeführerin sich mit Martinelli über die Wettbewerbsparameter Preis und Geschäftspartner abgestimmt und die Abrede alsdann durch Einreichung einer Offerte umgesetzt hat, ist – wie erwähnt – mit Blick auf den objektivierten Zweckbegriff jedoch unerheblich. Die Abrede war objektiv geeignet, den Wettbewerb anhand der erwähnten Parameter zu beschränken (vgl. Urteile des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 5.2, Buchhändler Dargaud, B-3618/2013 vom 24. November 2016 Rz. 302, Ticketvertrieb Hallenstadion; B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 3.2.3, Gaba). Der Einwand ist darum – wie die Vorinstanz zutreffend ausführt (vgl. Vernehmlassung, Rz. 47) – unerheblich. 9.3.15 Soweit die Beschwerdeführerin gegen das Merkmal des Bezweckens einer Wettbewerbsbeschränkung einwendet, sie habe zur Ausfüh-

zung des Projekts keine Kapazität gehabt, weshalb zu Martinelli von vorn- herein kein Wettbewerbsverhältnis bestanden habe, ist ihr Einwand – wie dargelegt (vgl. E. 9.3.2) – als unzutreffend zurückzuweisen. Wie aufge- zeigt, ist vielmehr davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin die zur Ausführung des ausgeschriebenen Projekts erforderlichen Kapazitäten hatte. Demzufolge war die Abrede auch unter diesem Aspekt objektiv ge- eignet, den Wettbewerb zu beschränken. 9.3.16 Schliesslich wendet die Beschwerdeführerin gegen die Geeignet- heit der Abrede zur Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG ein, der vorliegende Fall sei mit einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE) vergleichbar. Dies deshalb, weil – so die Beschwerdeführerin sinn- gemäss – ohne das Zusammenwirken mit Martinelli keine zusätzliche Of- ferte hätte eingereicht werden können. Sie führt im Einzelnen Folgendes aus: "Wenn ein Unternehmen alleine für ein bestimmtes Projekt keine ausrei- chende Kapazität hat (weil anderweitig gebunden), ist das ein anerkanntes Kriterium für die zulässige Bildung einer Arbeitsgemeinschaft. Liegt dieser Fall vor, und das ist eine Tatsachenfrage, kann der Wettbewerb durch eine Arbeits- gemeinschaft begriffsnotwendig nicht beschränkt werden. Denn ohne dieses gäbe es kein zusätzliches Angebot, sondern keines. Nicht anders kann der vorliegende Fall beurteilt werden. Wenn Foffa Conrad zum damaligen Zeit- punkt keine Kapazität für die Ausführung eines solchen Grossprojekts hatte, konnte durch ihre 'Pro-Forma-Offerte' (bei der ihr Martinelli aus Gefälligkeit geholfen hatte) der Wettbewerb nicht beschränkt werden." (Beschwerde, Rz. 25). 9.3.17 Die Beschwerdeführerin führt zutreffend aus, dass offene, d.h. dem Auftraggeber offengelegte Arbeitsgemeinschaften (ARGE) kartellrechtlich zulässig sein können. Eine solche ARGE erscheint insbesondere in Fällen kartellrechtlich unbedenklich, in denen mehrere Unternehmen im Sinne ei- ner Bietergemeinschaft eine gemeinsame Offerte einreichen, weil sie das Projekt nicht alleine, sondern nur gemeinsam ausführen können (vgl. Ur- teile des BVGer 807/2012 vom 15. Juni 2018 E. 9.3.4.3, 10.3.7.4 Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne und B-5161/2019 vom 9. August 2021

E. 5.4.3.2, Strassenbau Graubünden Implenia; BANGERTER/ZIRLICK, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 5 N. 550 ff., 554 ff.; NICOLAS BIRKHÄU- SER, Kartellrecht und Bussen-Verfahren der Wettbewerbskommission im Bau, BR 2014, S. 77 f.; STÜSSI/LÜTHI, Zulässige ARGE im Kartellrecht, BR 4/2015, S. 205 f.; MICHAEL TSCHUDIN, Bau-Kartellrecht: Wie die Dinge ste- hen, Baurechtstagung 2019, S. 224 f.; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wett- bewerbsrecht, 2. Aufl. 2023, N. 2.132). In einem solchen Fall ermöglicht es die ARGE, dass ein zusätzlicher Wettbewerber an der Ausschreibung teil- nimmt, was den Wettbewerb verstärkt (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, in: DIKE- Kommentar KG, 2018, Art. 5 N. 554 ff., m.w.H.). Vorliegend haben die Beschwerdeführerin und Martinelli gerade nicht als Mitglieder einer offenen ARGE gehandelt; vielmehr hat jedes Unternehmen eine eigene Offerte eingereicht und der Bauherrin vorgegeben, diese auto- nom ausgearbeitet zu haben. Soweit die Beschwerdeführerin ihre "Pro- Forma-Offerte", bei der ihr Martinelli geholfen habe, der Bildung einer ARGE gleichsetzen möchte, ist ihr nicht zu folgen. 9.3.18 Die angefochtene

Verfügung schliesst zutreffend darauf, dass die Abstimmung zwischen der Beschwerdeführerin und Martinelli eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bezweckt hat. 10. Zwischenergebnis Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz das Verhalten der Beschwerdeführerin zutreffend als Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede in Form einer Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG einstuft. Dass die Untersuchung nicht vollständig geführt worden wäre oder nicht alle greifbaren Beweismittel erhoben worden wären, ist nicht ersichtlich. Die Rüge, die Vorinstanz habe ihre Beweisführungspflicht verletzt, erweist sich deshalb als unbegründet (vgl. E. 6).

B-645/2018

Seite 43

11. Preis- und Geschäftspartnerabrede 11.1 Indem die Beschwerdeführerin in Umsetzung dieser Abrede ein Angebot eingereicht hat, hat sie zugunsten von Martinelli eine Stützofferte abgegeben (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 9.3.4.2, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne; zur Terminologie vgl. E. 5). Dass ein Unternehmen an einer Ausschreibung – aus welchen Motiven auch immer – nur zum Schein eine Offerte einreicht, die preislich bewusst höher liegt als die Offerte des designierten Schutznehmers, ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. Replik, Rz. 40, 42) gerade Merkmal einer Stützofferte (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 9.3.4.2, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne; E. 5). Die Aussage der Beschwerdeführerin, es habe sich lediglich um eine "Pro-Forma-Offerte" bzw. eine "Alibiofferte" gehandelt, ist in diesem Lichte unbehelflich. Unerheblich für die Qualifikation eines Angebots als Stützofferte ist auch der von der Beschwerdeführerin angeführte Umstand, dass die abredeteiligen Unternehmen mit Konkurrenz durch Drittanbieter rechnen mussten (vgl. Replik, Rz. 40 ff.). Die Qualifikation des Verhaltens der Beschwerdeführerin als Beteiligung an einer Submissionsabsprache durch Abgabe einer Stützofferte kann entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. Replik, Rz. 39, 42) nicht davon abhängen, ob sämtliche Unternehmen, die an der betroffenen Ausschreibung ein Angebot eingereicht haben, ebenfalls an der wettbewerbswidrigen Abrede beteiligt waren. 11.2 11.2.1 Die Abstimmung zwischen der Beschwerdeführerin und Martinelli hatte nach dem Gesagten (vgl. E. 7.3.6) zum Gegenstand, dass Martinelli als designierte Schutznehmerin zu einem günstigeren Preis als die Beschwerdeführerin offerieren und so die besseren Chancen haben soll, den Zuschlag zu erhalten.

B-645/2018

Seite 44

11.2.2 Zugleich hatte die Submissionsabsprache zum Inhalt, die zu vergebende Arbeit – und damit die ausschreibende Stelle als potentielle Geschäftspartnerin – einem der Abredeteiligen zuzuteilen (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.2.2, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne; zur rechtlichen Qualifikation als Preis- und Geschäftspartnerabrede vgl. E. 11.2.3). Darin liegt eine Marktaufteilung nach Geschäftspartnern im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG. 11.2.3 Es besteht sodann aufgrund des Beweisergebnisses kein Zweifel daran, dass die Zuschlagsmanipulation primär über die Abstimmung des Offertpreises erfolgte. Dabei spielte die Höhe des Offertpreises offensichtlich eine entscheidende Rolle für die Bestimmung des wirtschaftlich vorteilhaftesten Angebots durch die ausschreibende Stelle (vgl. E. 9.3.12; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.2.2, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne, m.w.H.).

11.2.4 Der gegen die Einstufung als Marktaufteilungsabrede gerichtete Einwand der Beschwerdeführerin, es sei angesichts von fünf weiteren, un- abhängigen Anbietern, die in die (behauptete) Abrede nicht involviert ge- wesen seien, für sie und Martinelli unmöglich gewesen, den Zuschlag steu- ern zu wollen (vgl. Beschwerde, Rz. 35), geht an der Sache vorbei. Soweit die Beschwerdeführerin damit anführt, eine Abstimmung über das Einga- beverhalten sei zur Beschränkung des Wettbewerbs von vornherein un- tauglich gewesen, ist auf das zum Tatbestandsmerkmal des Bezweckens einer Wettbewerbsbeeinträchtigung Gesagte zu verweisen (vgl. E. 9). Wie dargelegt (vgl. E. 9.3.12), hat die Abstimmung die Chancen von Martinelli als designierte Schutznehmerin auf Erhalt des Zuschlags erhöht. Soweit der Einwand der Beschwerdeführerin die Frage betrifft, ob die Abrede den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt hat, ist darauf an anderer Stelle (vgl. E. 12.1) einzugehen.

11.2.5 Die vorinstanzliche Qualifikation des Verhaltens der Beschwerde- führerin als Beteiligung an einer horizontalen Abrede über die Preisfestle- gung und die Zuteilung von Märkten nach Geschäftspartnern nach Art. 5

B-645/2018

Seite 45

Abs. 3 Bst. a und c KG (vgl. Verfügung, Rz. 90; vgl. zum Wortlaut der er- wählten Bestimmungen E. 12) entspricht der Rechtsprechung des Bun- desverwaltungsgerichts (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.2.2, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne, m.w.H.; vgl. auch Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 7, Strassenbeläge Tessin).

E. 8

Vereinbarung Umstritten und zu entscheiden ist, ob die Abstimmung als Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert werden kann.

E. 8.1

Die Beschwerdeführerin bestreitet das Vorliegen der Abredeform der Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG. Sie argumentiert, die Vorinstanz habe den Nachweis für einen Verpflichtungswillen der beteiligten Unternehmen nicht erbracht. Sie beruft sich auf die Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts in seinem Urteil in Sachen Türbeschläge (Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017 E. 4.4), wonach die Erscheinungsform einer Vereinbarung einen zumindest konkludent geäußerten Bindungswillen voraussetze (vgl. Replik, Rz. 29; vgl. auch Beschwerde, Rz. 37).

E. 8.2

Die Vorinstanz hält dem entgegen, es sei im Kontext von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen irrelevant, ob sich die beteiligten Unternehmen "rechtlich oder allenfalls nur moralisch (sog. Gentlemen's Agreements)" binden wollten. Denn als Wettbewerbsabreden nach Art. 4 Abs. 1 KG würden auch rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen gelten (vgl. Duplik, Rz. 15).

E. 8.3.1

Die Bestimmung von Art. 4 Abs. 1 KG sieht - wie aufgezeigt - sowohl die Vereinbarung als auch die abgestimmte Verhaltensweise als Erscheinungsformen einer Wettbewerbsabrede vor. Das Konzept der abgestimmten Verhaltensweise fungiert in der Praxis vor allem als Auffangtatbestand bei fehlendem Nachweis einer Vereinbarung. Das

Unterscheidungsmerkmal ist primär im fehlenden Verpflichtungs- bzw. Bindungswillen zu sehen (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.3, Hors-Liste Medikamente Pfizer; Urteile des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017 E. 4.1, 4.4, Türbeschläge, m.w.H.; B-843/2015 vom 19. Dezember 2017 E. 7, Hors-Liste Medikamente Eli Lilly SA). Die beiden Erscheinungsformen unterscheiden sich nicht ihrem Wesen nach, sondern nur in ihrer Intensität oder Ausdrucksformen (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.4.1, Hors-Liste Medikamente Pfizer, m.H. auf EuGH, C-49/92, EU:C:1999:356, Rz. 131, Anic; EuGH, C-8/08, EU:C:2009:343, Rz. 23, T-Mobile Netherlands, in Bezug auf das Kartellverbot nach Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon vom 13.12.2007 [AEUV, ABl. C 306 vom 17.12.2007, 1]).

E. 8.3.2

Eine Vereinbarung kommt - wie erwähnt - durch eine übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung zustande (vgl. Art. 1 Abs. 1 OR). Die Willenserklärung kann ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten erfolgen (vgl. Art. 1 Abs. 2 OR), unabhängig von der gewählten Rechtsform (vertrags- oder gesellschaftsrechtliche Grundlage) sowie vom angestrebten Mass an Rechtsverbindlichkeit; insbesondere auch rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen werden ausdrücklich vom Gesetzeswortlaut erfasst. Dazu gehören Vereinbarungen, denen nach dem Willen der Beteiligten zwar Verbindlichkeit, aber keine Klagbarkeit zukommen soll (z.B. sog. Gentlemen's Agreements [vgl. BGE 147 II 72 E. 3.3, Hors-Liste Medikamente Pfizer; Urteile des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017 E. 4.1, Türbeschläge; B-3618/2013 vom 24. November 2016 Rz. 295, Ticketvertrieb Hallenstadion; Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz. 366]).

E. 8.3.3

Eine Wettbewerbsabrede in der Form der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG kann demzufolge bereits dann vorliegen, wenn die Beteiligten - im Sinne eines Gentlemen's Agreement - lediglich eine moralische Bindung anstreben (vgl. Zäch, a.a.O., Rz. 366; Bruno Schmidhauser, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 1997, Art. 4 N. 34, sowie für das EU-Kartellrecht Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 Rz. 70). Es genügt, wenn sich aus den Umständen schliessen lässt, dass die Beteiligten von der moralischen Verbindlichkeit der getroffenen Abstimmung ausgegangen sind.

E. 8.3.4

Vorliegend hat die Beschwerdeführerin - was unbestritten und aufgrund der Akten erstellt ist - die ihr von Martinelli zugesandte Offerte ohne wesentliche Änderungen als ihre Offerte eingereicht. Sie hat sich damit entsprechend der erzielten Abstimmung (vgl. E. 7.3.6) verhalten und diese umgesetzt. Wäre Martinelli als designierte Schutznehmerin davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführerin sich nicht an die Abstimmung hält, sondern ihr Eingabeverhalten autonom festlegt, hätte es für Martinelli - wie die Vorinstanz zutreffend ausführt (vgl. Verfügung, Rz. 49) - ökonomisch keinen Sinn gehabt, einem - zumindest potentiellen - Konkurrenzunternehmen (vgl. E. 9.3.2) eine vorkalkulierte Offerte zuzusenden und auf diese Weise über das beabsichtigte Marktverhalten zu informieren. Denn in einem solchen Fall hätte Martinelli damit rechnen müssen, dass die Beschwerdeführerin - in Kenntnis des ungefähren Offertpreises von Martinelli - zu einem

günstigeren Preis offeriert, um den Zuschlag zu erhalten. Demnach muss Martinelli vernünftigerweise die Erwartung gehabt haben, dass die Beschwerdeführerin sich an die getroffene Abstimmung hält.

E. 8.3.5

Dass die Beschwerdeführerin den Willen hatte, sich an die Abstimmung zu halten, bestätigen auch ihre Aussagen an der Anhörung durch die Vorinstanz vom 4. September 2017. So antwortete A. _____ auf die Frage, woher Martinelli sicher gewesen sei, dass sie nicht durch die Beschwerdeführerin unterboten werde, dergestalt, dass dies "Vertrauenssache" sei (vgl. Vorinstanz, act. 59 [22-0461], Rz. 163 ff.; E. 7.3.6).

E. 8.3.6

In Anbetracht dessen kann kein vernünftiger Zweifel bestehen, dass die Beschwerdeführerin sich als an die erzielte Abstimmung über das Eingabeverhalten gebunden erachtete. Es ist demnach von einer hinreichenden Intensität der Abstimmung auszugehen, weshalb auf eine Vereinbarung zu schliessen ist. Die gegen die Erscheinungsform der Vereinbarung gerichteten Einwände der Beschwerdeführerin sind deshalb unbegründet. Die Vorinstanz hat demzufolge rechtsgenügend nachgewiesen, dass eine übereinstimmende Willensäusserung zwischen der Beschwerdeführerin und Martinelli über das Eingabeverhalten an der Ausschreibung (...) vorlag (vgl. zum Inhalt der Abstimmung im Einzelnen nachfolgende E. 11.2.1). Diese ist mit der Vorinstanz als Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG einzustufen (vgl. Verfügung, Rz. 80 f.).

E. 9

Wettbewerbsverhältnis und Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung Strittig ist des Weiteren, ob zwischen der Beschwerdeführerin und Martinelli ein tatsächliches oder potentiell Wettbewerbsverhältnis vorgelegen hat und ob die Abstimmung eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bezweckt oder bewirkt hat.

E. 9.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Merkmal des Bezweckens einer Wettbewerbsbeschränkung liege nicht vor. Zur Begründung führt sie aus, sie habe zum damaligen Zeitpunkt keine Kapazität zur Ausführung eines solchen Grossprojekts und daher kein Interesse am Zuschlag gehabt. Sie habe sich bloss deshalb an der Ausschreibung beteiligt, um beim Ausschreiber im Gespräch zu bleiben (vgl. Beschwerde, Rz. 25, 34). Es habe somit von vornherein kein Konkurrenzverhältnis zwischen ihr und Martinelli bestanden. Der Wettbewerb habe deshalb durch ihre "Pro-Forma-Offerte" nicht beschränkt werden können. Das Verhalten der Parteien sei daher zu einer Beschränkung des tatsächlichen Wettbewerbs von vornherein nicht geeignet gewesen (vgl. Beschwerde, Rz. 25, 34, 36). An der Anhörung durch die Vorinstanz vom 4. September 2017 wie auch in der Stellungnahme zum Verfügungsantrag vom 14. Juni 2017 machte die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang geltend, sie habe keinen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt. Im Einzelnen führte sie in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag Folgendes aus: "Anders als das Sekretariat im Rahmen des verfolgten Zwecks annimmt, ging es weder darum, den Wettbewerb unter den Beteiligten zu verhindern, noch darum, im Einvernehmen zu entscheiden, welches Unternehmen den Auftrag erhalten soll [...]." (Stellungnahme zum Verfügungsantrag, Rz. 4; vgl. auch Plädoyernotizen, S. 5).

E. 9.2

Die Vorinstanz bringt vor, die beiden Parteien seien als Unternehmen auf derselben Marktstufe tätig und als solche Konkurrentinnen hinsichtlich der Vergabe des zu beurteilenden Bauprojekts gewesen. Die Abrede sei somit horizontaler Natur (vgl. Verfügung, Rz. 87). Die Abrede habe beinhaltet, das Eingabeverhalten zwischen den Parteien in Bezug auf das Bauprojekt zu koordinieren. Ein solcher Abredeinhalt sei in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken (vgl. Verfügung, Rz. 84).

E. 9.3.1

Die Beschwerdeführerin bestreitet neben dem Merkmal des Bezweckens oder Bewirkens einer Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 4 Abs. 1 KG auch ein aktuelles oder potentielles Konkurrenzverhältnis als Voraussetzung einer horizontalen Wettbewerbsabrede. Es ist deshalb zunächst das Bestehen eines entsprechenden Konkurrenzverhältnisses zu prüfen (vgl. E. 9.3.2), bevor auf das Merkmal des Bezweckens oder Bewirkens einer Wettbewerbsbeschränkung eingegangen wird (vgl. E. 9.3.10 ff.).

E. 9.3.2

Nach Art. 5 Abs. 3 KG zeichnet sich eine horizontale Wettbewerbsabrede unter anderem dadurch aus, dass sie zwischen Unternehmen auf gleicher Marktstufe getroffen wird; diese müssen auf einem bestimmten Markt "tatsächlich oder der Möglichkeit nach" miteinander im Wettbewerb stehen. Erforderlich ist mit anderen Worten ein aktuelles oder potentielles Konkurrenzverhältnis auf demselben sachlichen und räumlichen Markt (vgl. Urteile des BVGer B-3618/2013 vom 24. November 2016 Rz. 298, Ticketvertrieb Hallenstadion, m.w.H.; 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, Droit de la concurrence, 2. éd. 2013, Art. 4 N. 104; Bangerter/Zirlick, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 4 N. 80, 84). Der sachliche Markt umfasst gemäss dem vorliegend analog anwendbaren Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar angesehen werden (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 5.1, Publigroupe). Der räumliche Markt umfasst demgegenüber das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

E. 9.3.3

Die vorliegend in Frage stehende Ausschreibung hatte (...) und damit Hochbauleistungen zum Gegenstand (vgl. Verfügung, Rz. 1; Schreiben der C._____ vom 12. September 2016, Vorinstanz, act. 15 [22-0461]). Wie die Vorinstanz ausführt (vgl. Verfügung, Rz. 100), beschränkte sich der sachlich relevante Markt auf die ausgeschriebenen (Bauprojekt). Des Weiteren steht vorliegend aufgrund der Akten fest, dass die Beschwerdeführerin von der C._____ als Generalunternehmerin und Vertreterin der Bauherrin zur Offertstellung eingeladen wurde (vgl. Schreiben der C._____ vom 12. September 2016, Vorinstanz, act. 15 [22-0461]; Protokoll der Anhörung der Beschwerdeführerin vom 4. September 2017, act. 59 [22-0461], Rz. 71). Dies kann nur so verstanden werden, dass die Bauherrin die Beschwerdeführerin - sowohl grundsätzlich als auch bezogen auf die konkret erforderlichen Kapazitäten - als zur Projektausführung in der Lage erachtete. Es hätte für die Bauherrin

ansonsten ökonomisch keinen Sinn gehabt, die Beschwerdeführerin zur Offertstellung einzuladen, wenn sie diese nicht als zur Projektausführung in der Lage erachtet hätte. Vielmehr erhoffte sie sich - wovon mit der Vorinstanz auszugehen ist (vgl. Verfügung, Rz. 85) - mit der Einladung der im Unterengadin tätigen Beschwerdeführerin neben einer grösseren Auswahl an Anbietern einen erhöhten Wettbewerb im Oberengadin. Dies bestätigt auch die nachfolgende Antwort der C._____ in ihrem Schreiben vom 12. September 2016 auf die Frage im Auskunftsbegehren der Vorinstanz vom 20. Juli 2016, ob und weshalb Unternehmen zur Offertstellung eingeladen worden seien, deren Sitz weiter als 15 Kilometer von (Ort des Bauprojekts) entfernt liege [Hervorhebungen hinzugefügt]: "Foffa Conrad aus Zernez ist eine im Hochbau tätige Engadiner Baufirma mit entsprechender Kapazität. Ihre Einladung erfolgte gemäss Angaben von Herrn D._____ zur Verbesserung der Konkurrenzsituation bei der Offertstellung und wegen ihrer sehr guten Geschäftskontakte in der Region." Diese Auskunft der Bauherrenvertreterin macht deutlich, dass diese nicht nur von der grundsätzlichen Fähigkeit der Beschwerdeführerin zur Ausführung des in Frage stehenden Projekts ausging, sondern auch davon, dass diese die erforderlichen Kapazitäten habe.

E. 9.3.4

Hinzu kommt, dass die Bauherrin das Verhalten der Beschwerdeführerin nach Treu und Glauben dahingehend verstehen durfte und musste, dass diese über die erforderlichen Kapazitäten zur Ausführung des Projekts verfügte. Denn indem die Beschwerdeführerin sich durch Abgabe einer - nach Art. 5 OR verbindlichen - Offerte an der Ausschreibung beteiligt hat, hat sie zum Ausdruck gebracht, dass sie zur Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten grundsätzlich in der Lage sei und auch die im konkreten Fall erforderlichen Kapazitäten habe. Selbst wenn die Bauherrin die von der Beschwerdeführerin bei der Eingabe gemachte Mentalreservation erkannt hätte, würde dies an der rechtlichen Ausgangslage nichts ändern (vgl. Jäggi/Gauch, ZH-Komm. OR, 1979, Art. 18 N. 93; Christoph Müller, Berner Komm. OR, 2018, Art. 18 N. 317). Es wird von der Beschwerdeführerin im Übrigen weder substantiiert dargetan noch ist ersichtlich, dass es ihr - für die Bauherrin erkennbar - aufgrund fehlender Kapazitäten unmöglich war, das Projekt - gegebenenfalls unter Beizug von Subunternehmern - auszuführen. Die Beschwerdeführerin macht zu Recht nicht geltend, dass die Bauherrin nach Treu und Glauben Anlass hatte, sich bei ihr zu vergewissern, ob sie die erforderlichen Kapazitäten für die Projektausführung habe.

E. 9.3.5

Auf ihrer Webseite wirbt die Beschwerdeführerin ferner damit, dass sie im Bereich Hochbau auch Grossprojekte ausführen könne. Die Webseite führt diesbezüglich unter der Überschrift "Dienstleistungen - Hochbau" Folgendes aus (abgerufen am 27.7.2023): "Unsere Hochbau-Abteilung bietet Ihnen eine breite Spannweite. Von Kleinaufträgen von mehreren Stunden bis zu Grossprojekten über mehrere Jahre sind wir für Sie die richtige Adresse. Unser Fachpersonal stellt sich dank Erfahrung, Freude und modernster Technik jeder Aufgabe."

E. 9.3.6

In diesem Zusammenhang ist weiter darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin die Aussage der Verfügung, wonach die "Foffa Conrad-Gruppe im Unterengadin das mit Abstand grösste Hoch- und Tiefbauunternehmen" sei und in der Hochsaison über 130

Mitarbeitende beschäftige, nicht bestritten hat (vgl. Vernehmlassung, Rz. 47; Verfügung, Rz. 3, 52). Ihr Vertreter hat an der ersten Befragung durch das Sekretariat im Rahmen der Selbstanzeige am 12. November 2012 ausgeführt, man habe "immer ein Unternehmen sein [wollen], das relativ marktstark ist. Das haben wir jetzt erreicht" (vgl. Ergänzung der Bonusmeldung vom 12. November 2012, Vorinstanz, act. IX.C.5 [25-0039, S. 4]).

E. 9.3.7

Angesichts dieser Umstände durfte die Bauherrin nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die Beschwerdeführerin (1) grundsätzlich in der Lage war und (2) die im Einzelfall erforderlichen Kapazitäten hatte, um die ausgeschriebenen Arbeiten auszuführen. Hieran nichts zu ändern vermag der Umstand, dass die Fahrzeit zwischen dem Hauptsitz der Beschwerdeführerin in Zernez und dem Standort des (...) bei einer Distanz von etwas mehr als 30 Strassenkilometern rund eine halbe Stunde beträgt. Dies gilt umso mehr, als weder dargetan wird noch ersichtlich ist, dass es der Beschwerdeführerin unmöglich gewesen wäre, für die Dauer der Projektausführung einen lokalen Standort zu errichten. Unerheblich ist unter diesen Umständen der von der Beschwerdeführerin im Untersuchungsverfahren vorgebrachte Umstand, dass sie kaum Arbeiten im Oberengadin ausgeführt habe (vgl. Aussage von A._____ anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige vom 12. November 2012, vgl. Vorinstanz, act. IX.C.5 [25-0039]). Vielmehr hatte die Bauherrin keinen Anlass, daran zu zweifeln, dass die Ausführung des Projekts der Beschwerdeführerin möglich gewesen wäre.

E. 9.3.8

Für das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses ergibt sich aus dem Gesagten Folgendes: Während die Beschwerdeführerin aufgrund der Einladung der Bauherrin zur Offertstellung (vgl. Sachverhalt, A) zunächst potentielle Konkurrentin der - ebenfalls zur Teilnahme an der Ausschreibung eingeladenen - Martinelli wurde, hat sie sich durch Abgabe einer Offerte um die Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten beworben und sich als tatsächliche Konkurrentin von Martinelli manifestiert (vgl. auch Urteil des BVGer B-8386/2015 vom 24. Juni 2021 E. 7.3, Swisscom WAN-Anbindung sowie die Verfügung der Vorinstanz vom 2. Oktober 2017 i.S. Engadin III, Rz. 98). Durch die Einreichung eines Angebots hat die Beschwerdeführerin sich verpflichtet, im Fall einer Annahme ihres Angebots durch die Bauherrin den Auftrag zu den ausgeschriebenen Bedingungen zu übernehmen. Ob die Beschwerdeführerin ein Interesse an der Ausführung des Projekts hatte, ist für die Beurteilung, ob zu Martinelli ein potentielles oder tatsächliches Wettbewerbsverhältnis vorlag, unerheblich.

E. 9.3.9

Demnach ist die Vorinstanz zu Recht von einem Wettbewerbsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und Martinelli hinsichtlich der Ausführung der in Frage stehenden Arbeiten ausgegangen. Die entsprechende Voraussetzung für eine horizontale Abrede liegt vor.

E. 9.3.10

Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG muss die Abstimmung eine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Wie sich bereits aus dem Wortlaut der Bestimmung ergibt, handelt es sich um alternative Tatbestandsvoraussetzungen (vgl. BGE 148 II 25 E. 7.2, Buchhändler Dargaud; Urteile des BVGer B-7834/2015 vom 16. August 2022 E. 8.3.3, Autohändler; B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 9.3.1, Strassen- und Tiefbau im Kanton

Aargau Umbricht, bestätigt durch Urteil des BGer 2C_845/2018 vom 3. August 2020). Durch eine Wettbewerbsabrede verzichten Unternehmen auf ihre Handlungsfreiheit im Innen- oder Aussenwettbewerb hinsichtlich eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.6, Hors-Liste Medikamente Pfizer; BGE 129 II 18 E. 5.1, Sammelrevers; Urteile des BVGer B-3618/2013 vom 24. November 2016 Rz. 301, Ticketvertrieb Hallenstadion, m.w.H., B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 E. 4.1, Altimum; B-8404/2010 vom 23. September 2014 E. 5.1.2, Baubeschlüsse SFS unimarket; Amstutz/Carron/Reinert, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. éd. 2013, Art. 4 N. 72).

E. 9.3.11

Was das Tatbestandsmerkmal des Bezweckens anbelangt, ist - wie die Vorinstanz zutreffend ausführt (vgl. Verfügung, Rz. 82 ff.) - ein objektivierter Zweckbegriff massgebend; entscheidend ist, ob eine Abstimmung ihrem Wesen nach, d.h. objektiv geeignet erscheint, den Wettbewerb zu beschränken (vgl. Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 4.2, Nikon, m.w.H.). Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredebeteiligten die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben. Der Gegenstand der Verhaltenskoordination, d.h. der Regelungsinhalt der Abrede, besteht in einer Einschränkung des Wettbewerbs, 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 dahingehende subjektive Absicht der abredeteiligen Unternehmen ist nicht notwendig. Unerheblich ist auch, von welcher Abredepartei die Initiative zur Aufnahme des unternehmerischen Zusammenwirkens ausging. Tatsächliche Auswirkungen der Abrede sind nicht notwendig (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.3, Hors-Liste Medikamente Pfizer, m.w.H.; Urteile des BVGer B-7834/2015 vom 16. August 2022 E. 8.3.3, 9.3.6, Autohändler; B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 9.3.1, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne, m.w.H.; B-3618/2013 vom 24. November 2016 Rz. 303, Ticketvertrieb Hallenstadion).

E. 9.3.12

Vorliegend ist unbestritten und ergibt sich aus den Akten, dass sich der Zuschlag primär nach dem Offertpreis richtete, der somit der wichtigste Wettbewerbsparameter war. In diesem Sinne sagte A._____ an der Anhörung durch die Vorinstanz aus, dass der Preis ausschlaggebend sei (vgl. Protokoll der Anhörung der Beschwerdeführerin vom 4. September 2017, Rz. 112; Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 9.2.4.1, Strassenbeläge Tessin). Inhalt der Abstimmung zwischen der Beschwerdeführerin und Martinelli war nach dem Gesagten (vgl. E. 11.2.1), dass Martinelli als designierte Schutznehmerin zu einem günstigeren Preis offerieren soll als die Beschwerdeführerin, so dass Erstere die besseren Chancen auf Erhalt des Zuschlags hat.

E. 9.3.13

Eine solche Abstimmung über die Festlegung der Offertpreise ist objektiv geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu bewirken (vgl. Amstutz/Carron/Reinert, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. éd. 2013, Art. 4 N. 80 f.). Die Beschwerdeführerin und Martinelli haben dadurch ihre Handlungsfreiheit bei der Festlegung des Offertpreises (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.4.2, 6.8,

Altimum; BGE 129 II 18 E. 5.1, Sammelrevers) und bei der Wahl des Geschäftspartners eingeschränkt und den Wettbewerb im Innenverhältnis anhand dieser Parameter beseitigt. Sie haben dem Grundanliegen des Kartellgesetzes zuwidergehandelt, wonach die auf einem Markt tätigen Unternehmen die relevanten Wettbewerbsparameter unabhängig voneinander festlegen sollen (sog. Selbständigkeitspostulat; vgl. BGE 147 II 72 E. 3.2, Hors-Liste Medikamente Pfizer; Urteil des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 5.2, Buchhändler Dargaud).

E. 9.3.14

Der Einwand der Beschwerdeführerin, sie habe keinen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt, betrifft ihre Motive. Aus welchen Motiven die Beschwerdeführerin sich mit Martinelli über die Wettbewerbsparameter Preis und Geschäftspartner abgestimmt und die Abrede alsdann durch Einreichung einer Offerte umgesetzt hat, ist - wie erwähnt - mit Blick auf den objektivierten Zweckbegriff jedoch unerheblich. Die Abrede war objektiv geeignet, den Wettbewerb anhand der erwähnten Parameter zu beschränken (vgl. Urteile des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 5.2, Buchhändler Dargaud, B-3618/2013 vom 24. November 2016 Rz. 302, Ticketvertrieb Hallenstadion; B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 3.2.3, Gaba). Der Einwand ist darum - wie die Vorinstanz zutreffend ausführt (vgl. Vernehmlassung, Rz. 47) - unerheblich.

E. 9.3.15

Soweit die Beschwerdeführerin gegen das Merkmal des Bezweckens einer Wettbewerbsbeschränkung einwendet, sie habe zur Ausführung des Projekts keine Kapazität gehabt, weshalb zu Martinelli von vornherein kein Wettbewerbsverhältnis bestanden habe, ist ihr Einwand - wie dargelegt (vgl. E. 9.3.2) - als unzutreffend zurückzuweisen. Wie aufgezeigt, ist vielmehr davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin die zur Ausführung des ausgeschriebenen Projekts erforderlichen Kapazitäten hatte. Demzufolge war die Abrede auch unter diesem Aspekt objektiv geeignet, den Wettbewerb zu beschränken.

E. 9.3.16

Schliesslich wendet die Beschwerdeführerin gegen die Geeignetheit der Abrede zur Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG ein, der vorliegende Fall sei mit einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE) vergleichbar. Dies deshalb, weil - so die Beschwerdeführerin sinngemäss - ohne das Zusammenwirken mit Martinelli keine zusätzliche Offerte hätte eingereicht werden können. Sie führt im Einzelnen Folgendes aus: "Wenn ein Unternehmen alleine für ein bestimmtes Projekt keine ausreichende Kapazität hat (weil anderweitig gebunden), ist das ein anerkanntes Kriterium für die zulässige Bildung einer Arbeitsgemeinschaft. Liegt dieser Fall vor, und das ist eine Tatsachenfrage, kann der Wettbewerb durch eine Arbeitsgemeinschaft begriffsnotwendig nicht beschränkt werden. Denn ohne dieses gäbe es kein zusätzliches Angebot, sondern keines. Nicht anders kann der vorliegende Fall beurteilt werden. Wenn Foffa Conrad zum damaligen Zeitpunkt keine Kapazität für die Ausführung eines solchen Grossprojekts hatte, konnte durch ihre 'Pro-Forma-Offerte' (bei der ihr Martinelli aus Gefälligkeit geholfen hatte) der Wettbewerb nicht beschränkt werden." (Beschwerde, Rz. 25).

E. 9.3.17

Die Beschwerdeführerin führt zutreffend aus, dass offene, d.h. dem Auftraggeber offengelegte Arbeitsgemeinschaften (ARGE) kartellrechtlich zulässig sein können. Eine

solche ARGE erscheint insbesondere in Fällen kartellrechtlich unbedenklich, in denen mehrere Unternehmen im Sinne einer Bietergemeinschaft eine gemeinsame Offerte einreichen, weil sie das Projekt nicht alleine, sondern nur gemeinsam ausführen können (vgl. Urteile des BVGer 807/2012 vom 15. Juni 2018 E. 9.3.4.3, 10.3.7.4 Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne und B-5161/2019 vom 9. August 2021 E. 5.4.3.2, Strassenbau Graubünden Implenia; Bangerter/Zirlick, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 5 N. 550 ff., 554 ff.; Nicolas Birkhäuser, Kartellrecht und Bussen-Verfahren der Wettbewerbskommission im Bau, BR 2014, S. 77 f.; Stüssi/Lüthi, Zulässige ARGE im Kartellrecht, BR 4/2015, S. 205 f.; Michael Tschudin, Bau-Kartellrecht: Wie die Dinge stehen, Baurechtstagung 2019, S. 224 f.; Weber/Volz, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2023, N. 2.132). In einem solchen Fall ermöglicht es die ARGE, dass ein zusätzlicher Wettbewerber an der Ausschreibung teilnimmt, was den Wettbewerb verstärkt (vgl. Bangerter/Zirlick, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 5 N. 554 ff., m.w.H.). Vorliegend haben die Beschwerdeführerin und Martinelli gerade nicht als Mitglieder einer offenen ARGE gehandelt; vielmehr hat jedes Unternehmen eine eigene Offerte eingereicht und der Bauherrin vorgegeben, diese autonom ausgearbeitet zu haben. Soweit die Beschwerdeführerin ihre "Pro-Forma-Offerte", bei der ihr Martinelli geholfen habe, der Bildung einer ARGE gleichsetzen möchte, ist ihr nicht zu folgen.

E. 9.3.18

Die angefochtene Verfügung schliesst zutreffend darauf, dass die Abstimmung zwischen der Beschwerdeführerin und Martinelli eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bezweckt hat.

E. 10

Zwischenergebnis Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz das Verhalten der Beschwerdeführerin zutreffend als Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede in Form einer Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG einstuft. Dass die Untersuchung nicht vollständig geführt worden wäre oder nicht alle greifbaren Beweismittel erhoben worden wären, ist nicht ersichtlich. Die Rüge, die Vorinstanz habe ihre Beweisführungspflicht verletzt, erweist sich deshalb als unbegründet (vgl. E. 6).

E. 11

Preis- und Geschäftspartnerabrede

E. 11.1

Indem die Beschwerdeführerin in Umsetzung dieser Abrede ein Angebot eingereicht hat, hat sie zugunsten von Martinelli eine Stützofferte abgegeben (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 9.3.4.2, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne; zur Terminologie vgl. E. 5). Dass ein Unternehmen an einer Ausschreibung - aus welchen Motiven auch immer - nur zum Schein eine Offerte einreicht, die preislich bewusst höher liegt als die Offerte des designierten Schutznehmers, ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. Replik, Rz. 40, 42) gerade Merkmal einer Stützofferte (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 9.3.4.2, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne; E. 5). Die Aussage der Beschwerdeführerin, es habe sich lediglich um eine "Pro-Forma-Offerte" bzw. eine "Alibiofferte" gehandelt, ist in diesem Lichte unbehelflich. Unerheblich für die Qualifikation eines Angebots als Stützofferte ist auch der von der Beschwerdeführerin angeführte Umstand, dass die abredebeteiligten Unternehmen mit Konkurrenz durch Drittanbieter rechnen mussten (vgl. Replik, Rz. 40 ff.). Die Qualifikation

des Verhaltens der Beschwerdeführerin als Beteiligung an einer Submissionsabsprache durch Abgabe einer Stützzofferte kann entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. Replik, Rz. 39, 42) nicht davon abhängen, ob sämtliche Unternehmen, die an der betroffenen Ausschreibung ein Angebot eingereicht haben, ebenfalls an der wettbewerbswidrigen Abrede beteiligt waren.

E. 11.2.1

Die Abstimmung zwischen der Beschwerdeführerin und Martinelli hatte nach dem Gesagten (vgl. E. 7.3.6) zum Gegenstand, dass Martinelli als designierte Schutznehmerin zu einem günstigeren Preis als die Beschwerdeführerin offerieren und so die besseren Chancen haben soll, den Zuschlag zu erhalten.

E. 11.2.2

Zugleich hatte die Submissionsabsprache zum Inhalt, die zu vergebende Arbeit - und damit die ausschreibende Stelle als potentielle Geschäftspartnerin - einem der Abredeteiligen zuzuteilen (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.2.2, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne; zur rechtlichen Qualifikation als Preis- und Geschäftspartnerabrede vgl. E. 11.2.3). Darin liegt eine Marktaufteilung nach Geschäftspartnern im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG.

E. 11.2.3

Es besteht sodann aufgrund des Beweisergebnisses kein Zweifel daran, dass die Zuschlagsmanipulation primär über die Abstimmung des Offertpreises erfolgte. Dabei spielte die Höhe des Offertpreises offensichtlich eine entscheidende Rolle für die Bestimmung des wirtschaftlich vorteilhaftesten Angebots durch die ausschreibende Stelle (vgl. E. 9.3.12; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.2.2, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne, m.w.H.).

E. 11.2.4

Der gegen die Einstufung als Marktaufteilungsabrede gerichtete Einwand der Beschwerdeführerin, es sei angesichts von fünf weiteren, unabhängigen Anbietern, die in die (behauptete) Abrede nicht involviert gewesen seien, für sie und Martinelli unmöglich gewesen, den Zuschlag steuern zu wollen (vgl. Beschwerde, Rz. 35), geht an der Sache vorbei. Soweit die Beschwerdeführerin damit anführt, eine Abstimmung über das Eingabeverhalten sei zur Beschränkung des Wettbewerbs von vornherein untauglich gewesen, ist auf das zum Tatbestandsmerkmal des Bezweckens einer Wettbewerbsbeeinträchtigung Gesagte zu verweisen (vgl. E. 9). Wie dargelegt (vgl. E. 9.3.12), hat die Abstimmung die Chancen von Martinelli als designierte Schutznehmerin auf Erhalt des Zuschlags erhöht. Soweit der Einwand der Beschwerdeführerin die Frage betrifft, ob die Abrede den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt hat, ist darauf an anderer Stelle (vgl. E. 12.1) einzugehen.

E. 11.2.5

Die vorinstanzliche Qualifikation des Verhaltens der Beschwerdeführerin als Beteiligung an einer horizontalen Abrede über die Preisfestlegung und die Zuteilung von Märkten nach Geschäftspartnern nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG (vgl. Verfügung, Rz. 90; vgl. zum Wortlaut der erwähnten Bestimmungen E. 12) entspricht der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.2.2, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne, m.w.H.; vgl. auch Urteil des BVGer

B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 7, Strassenbeläge Tessin).

E. 12

Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs und Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung Nach Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs unter anderem bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen: – Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG); – Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG). Da die Vermutungsbasis nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG gegeben ist (vgl. E. 11.2.5), greift die in Art. 5 Abs. 3 KG festgelegte Rechtsfolge, wonach die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet wird (vgl. Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 7, Strassenbeläge Tessin). Die vorinstanzliche Schlussfolgerung, wonach aufgrund von fünf nicht an der Abrede beteiligter Anbieter hinreichender Aussenswettbewerb bestanden habe und die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs deshalb widerlegt werden könne (vgl. Verfügung, Rz. 90 ff.), ist nicht zu beanstanden.

E. 12.1

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 hat (vgl. BGE 143 II 297 E. 5, Gaba).

B-645/2018

Seite 46

Eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung wird von der Beschwerdeführerin sinngemäss bestritten.

E. 12.1.1

Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich geltend, auf ihr "Pro-Forma-Angebot" sei es bei der Ausschreibung gar nicht angekommen, da es angesichts von fünf an der Abrede nicht beteiligten Mitbewerbern intensiven Wettbewerb um dieses Grossprojekt gegeben habe. Wenn Martinelli den Zuschlag erhalten habe, habe das daran gelegen, dass sie das mit Abstand günstigste Angebot abgegeben habe. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei zweifelhaft, ob die Bagatellschwelle überschritten und der Wettbewerb bei dem in Frage stehenden Projekt erheblich beeinträchtigt worden sei. Vielmehr gehe es um die Eingabe einer "Alibi-Offerte" durch ein mangels Kapazität nicht am Projekt interessiertes Unternehmen ohne konkrete Auswirkung auf den Wettbewerb (vgl. Beschwerde, Rz. 83 f.). Die Beschwerdeführerin führt weiter aus, die Situation bei einer "Pro-Forma-Offerte" zwischen lediglich zwei Anbietern sei mit Stützofferten aller Anbieter bei einer typischen Submissionsabrede nicht zu vergleichen (vgl. Replik, Rz. 42). In ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag hat die Beschwerdeführerin gegen die Erheblichkeit vorgebracht, entgegen der Ansicht der Vorinstanz hätten die Beschwerdeführerin und Martinelli den Zuschlag nicht steuern und damit den Zuschlagsempfänger nicht absprechen können, weil es noch weitere fünf an der Abrede nicht beteiligte Anbieter gegeben habe (vgl. Rz. 7, 11).

E. 12.1.2

Die Vorinstanz führt zugunsten einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung an, der vorliegenden Abrede sei ein nicht unbedeutendes Schädigungspotenzial immanent gewesen. Als horizontale Geschäfts- partner- und Preisabrede habe sie zentrale Wettbewerbsparameter betroffen. Zudem sei sie umgesetzt worden. Damit sei zwischen den Abredeteil- nehmern jeglicher Innenwettbewerb entfallen. Schliesslich habe mit Marti- nelli dasjenige Unternehmen den Zuschlag erhalten, das von den Abrede- teilnehmern hierfür vorgesehen sei. Die Bagatellschwelle sei – bezogen

B-645/2018

Seite 47

auf den relevanten Markt – bei weitem überschritten (vgl. Verfügung, Rz. 110 f.).

E. 12.1.3

Das Merkmal der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung wird weder im Gesetz noch in der Botschaft näher umschrieben. Das Bun- desgericht kam im Gaba-Urteil (BGE 143 II 297) zusammenfassend zum Ergebnis, dass es sich beim Kriterium der Erheblichkeit nach dem histori- schen, systematischen wie auch dem teleologischen Auslegungselement um eine Bagatellklausel handle und schon ein geringes Mass ausreichend sei, um als erheblich qualifiziert zu werden (BGE 143 II 297 E. 5.1.6). Mit Bezug auf Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG folgerte das Bundesge- richt, dass solche – besonders schädliche – Abreden das Kriterium der Er- heblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG grundsätzlich erfüllten. Sie stellten in der Regel bereits aufgrund ihres Gegenstands erhebliche Wettbewerbsbe- schränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dar (BGE 143 II 297 E. 5.2, 5.6). Dementsprechend erfüllten solche Abreden das Kriterium der Erheb- lichkeit ohne Bezug auf einen Markt (BGE 143 II 297 E. 5.5). Auf Erwägun- gen zur Korrektheit der vorinstanzlichen Marktabgrenzung (vgl. Verfügung, Rz. 95 ff.) kann hier somit verzichtet werden (vgl. auch Urteil des BVGer B- 807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.3.2, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne).

E. 12.1.4

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinen Urteilen in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau festgehalten, dass für die An- nahme eines Bagatellfalls bei Submissionsabsprachen in der Form von Schutznahmen und Stützofferten im Regelfall kein Raum bestehe. Es könne sich auch dann nicht um einen Bagatellfall handeln, wenn sich nur ein Teil der Ausschreibungsteilnehmer an der Submissionsabsprache in der Form der Abgabe einer Stützofferte für einen Schutznehmer beteiligt hat. Obwohl Submissionsabsprachen die Abredeteiligen in dieser Kons- tellation nur teilweise vom Konkurrenzdruck durch unbeteiligte Konkurren- ten entlasten könnten, beeinträchtigten auch solche Submissionsabspra- chen den angestrebten Vergabewettbewerb derart, dass die Erheblich- keitsschwelle von Art. 5 Abs. 1 KG als überschritten erachtet werden

B-645/2018

Seite 48

müsse. Denn auch solche – nur gewisse Offerenten umfassenden – Sub- missionsabsprachen verkleinerten unabhängig von der Anzahl der Abrede- beteiligten in jedem Fall die Auswahlmöglichkeit der ausschreibenden Stelle und hinderten diese daran, das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot im freien Spiel von Angebot und Nachfrage zu

ermitteln. Zusammenfassend würden Submissionsabsprachen in der Form von Schutznahmen und Stützofferten die Erheblichkeitsschwelle von Art. 5 Abs. 1 KG sowohl unabhängig von der konkreten Anzahl der Abredeteiligen als auch unabhängig davon überschreiten, ob die angestrebte Manipulation des Zuschlags letztlich geglückt oder misslungen sei (Urteile des BVGer B- 771/2012, B-807/2012, B-829/2012, B-880/2010, je vom 25. Juni 2018 E. 8.3.3, E. 10.3.3, E. 9.3.3, E. 10.3.3 Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Cellere, Erne, Granella, Umbricht, m.w.H.).

E. 12.1.5

Diese Erwägungen gelten auch für den vorliegenden Fall einer Preis- und Geschäftspartnerabrede der Beschwerdeführerin mit Martinelli nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG. Eine solche Abrede ist entsprechend der dargelegten Rechtsprechung grundsätzlich allein aufgrund ihres Gegenstands erheblich. Dass vorliegend mehrere nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen ebenfalls eine Offerte eingereicht haben, führt nach dem Gesagten nicht zur Annahme eines Bagatellfalles. Ebenfalls nichts zu ihren Gunsten vermag die Beschwerdeführerin aus dem Umstand abzuleiten, dass Martinelli als designierte Schutznehmerin die günstigste Offerte eingereicht hat. Ein Nachweis tatsächlicher Auswirkungen ist im Rahmen des Merkmals der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung nach der aufgezeigten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht erforderlich. Vielmehr soll auch der potentielle Wettbewerb geschützt werden. Es genügt deshalb, dass eine Abrede den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen kann (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.4.2, 5.6, Gaba; BGE 144 II 194 E. 4.3.2, BMW). Das KG soll nicht ein bestimmtes Wettbewerbsergebnis sicherstellen, sondern das Funktionieren des Wettbewerbs als solches (vgl. Botenschaft KG 1995, 512 f.).

B-645/2018

Seite 49

E. 12.1.6

Vorliegend hat die Abstimmung den Wettbewerb nicht nur potentiell, sondern auch tatsächlich beeinträchtigt. Denn die Beschwerdeführerin hat sich an die Abrede gehalten und eine Stützofferte (vgl. zur Terminologie E. 5) eingereicht, womit der Innenwettbewerb zwischen ihr und Martinelli in Bezug auf die erwähnten Wettbewerbsparameter beseitigt wurde (vgl. auch Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.3.3, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne). Insgesamt besteht vorliegend – auch mit Blick auf das hohe Projektvolumen von mehreren Millionen Franken (vgl. E. 7.3.6) – kein Grund, unter Annahme eines Bagatellfalls die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung ausnahmsweise zu verneinen. Dies gilt umso mehr, als die designierte Schutznehmerin aufgrund ihres Wissens, dass sie von der Beschwerdeführerin nicht unterboten wird, und des damit verbundenen geringeren Wettbewerbsdrucks zu einem tendenziell höheren Preis offeriert haben dürfte. Demzufolge ist mit der Vorinstanz darauf zu schliessen, dass die Abrede zwischen der Beschwerdeführerin und Martinelli den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt hat.

E. 13

Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG Nach Art. 5 Abs. 2 KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie (Bst. a) notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produk-

tionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen, und (Bst. b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Grundsätzlich ist eine Abrede dann gerechtfertigt, wenn das Resultat effizienter ist als ohne die Abrede und wirksamer Wettbewerb nicht beseitigt wird. Der Effizienzbegriff des Kartellgesetzes ist volkswirtschaftlich zu verstehen (vgl. Botschaft KG 1995, 516; BGE 147 II 72 E. 7.2, Hors-Liste Medikamente Pfizer, m.H.; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 5

B-645/2018

Seite 50

N 273; STÜSSI/LÜTHI, Zulässige ARGE im Kartellrecht, BR 4/2015, S. 205 f., in Bezug auf Ausschreibungen). Die Beschwerdeführerin macht keine effizienzfördernden und prokompetitiven Effekte ihrer Abredebeteiligung stichhaltig geltend; solche sind auch nicht auszumachen. Soweit sie vorbringt, ihr Verhalten sei mit einer kartellrechtlich zulässigen ARGE vergleichbar, kann ihr aus den bereits zum Merkmal des Bezweckens einer Wettbewerbsabrede dargelegten Gründen nicht gefolgt werden (vgl. E. 9.3.16).

E. 14

Ergebnis Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zutreffend von einer Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 Bst. a und c KG zwischen der Beschwerdeführerin und Martinelli ausgeht, welche die Abgabe einer – preislich höheren – Stützofferte durch die Beschwerdeführerin zum Gegenstand hatte und den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt hat.

E. 15

Sanktionierung Die Beschwerdeführerin stellt für den Fall, dass das Gericht ihr Verhalten als unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG einstuft, den Eventualantrag, es sei die ihr auferlegte Sanktion nach freiem Ermessen des Gerichts zu reduzieren. Sie bringt zur Begründung im Wesentlichen vor, dass die Sanktionsbemessung fehlerhaft erfolgt sei (vgl. Beschwerde, Rz. 80 ff.). Es ist daher zu beurteilen, ob die Vorinstanz die Beschwerdeführerin rechtmässig mit einer Verwaltungssanktion von Fr. (...) belastet hat. Dabei ist zunächst die Sanktionierbarkeit des in Frage stehenden Verhaltens der Beschwerdeführerin zu prüfen, bevor die konkrete Sanktionsbemessung beurteilt wird.

B-645/2018

Seite 51

E. 15.1

Sanktionierbarkeit

E. 15.1.1

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 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. Die Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG hat einen strafrechtsähnlichen Charakter (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.2, Hors-Liste Medikamente Pfizer; vgl. auch E. 18.3).

E. 15.1.2

Nach den vorstehenden Erwägungen hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die Beteiligung an einer unzulässigen Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG rechtsgenügend nachgewiesen. Damit ist der objektive Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt. Umstritten und zu beurteilen ist, ob auch Stützofferten als umsatzlose Abredeteilnahmen mit einer Verwaltungsanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG zu ahnden sind.

E. 15.1.3

Eine Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG setzt ein Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit voraus. Dieses stellt das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.4.2, Hors-Liste Medikamente Pfizer; Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 12.2.2 [nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72], Publigroupe; vgl. in diesem Sinne auch die jüngere kartellrechtliche Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts: Urteile des BVGer B-2798/2018 vom 16. Februar 2021 E. 12.1.2, Naxoo; B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.2.1, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne; B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 8.2, Nikon; B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 654 ff., 674 ff., Swisscom ADSL; B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 14.3.5, Gaba). Für die Beurteilung der subjektiven Zurechenbarkeit und B-645/2018

Seite 52

damit der Vorwerfbarkeit im engeren Sinne ist ein objektiver Sorgfaltsmassstab anzusetzen (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.2.4, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne, m.w.H.). Die Vorinstanz führt aus, die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen gehandelt und die kartellrechtswidrige Submissionsab-sprache getroffen hätten, hätten dies zumindest eventualvorsätzlich getan. Sodann seien die handelnden natürlichen Personen für die jeweiligen Unternehmen zeichnungsberechtigt und hätten jeweils mindestens dem mittleren oder oberen Kader oder der Geschäftsleitung angehört. Ihr Vorsatz für die von ihnen vorgenommenen Handlungen sei daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen (vgl. Verfügung, Rz. 121). Die Beschwerdeführerin wendet nichts gegen diese Beurteilung ein. Aufgrund der vorliegenden Aktenlage ist denn auch davon auszugehen, dass die für die Beschwerdeführerin handelnden Personen in Ausübung der ihnen ordentlich zugewiesenen geschäftlichen Tätigkeiten gehandelt und sich durch den bewussten Abschluss der vorliegenden Submissionsab-sprache pflichtwidrig und damit schuldhaft verhalten haben. Vorliegend ist das pflichtwidrige Verhalten der Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin subjektiv zuzurechnen, zumal die handelnden Personen mit der betroffenen Geschäftstätigkeit ordnungsgemäss betraut waren. Insgesamt besteht keine Veranlassung, das von der Vorinstanz bejahte subjektive Tatbestandsmerkmal des Verschuldens im Sinne von Vorwerfbarkeit bei der Beschwerdeführerin zu beanstanden.

E. 15.1.4

Verfügungsadressat kann im Geltungsbereich des schweizerischen Kartellrechts (vgl. hierzu E. 3.2) nur sein, wer selbst Subjekt mit Rechts- persönlichkeit und somit Träger von Rechten und Pflichten ist (vgl. Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 3.6, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne und B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 67 ff., Swisscom ADSL, jeweils m.w.H.). Im vorliegenden Fall wurde die Beschwerdeführerin aufgrund einer nachgewiesenen Stützofferte für ihre

B-645/2018

Seite 53

(umsatzlose) Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede sanktioniert. Die Beschwerdeführerin ist als Aktiengesellschaft zulässige Adressatin einer Verfügung, mit der ihr die Vorinstanz eine Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG auferlegt (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.1, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne, m.w.H.).

E. 15.1.5

Die Beschwerdeführerin wendet ein, umsatzlose Beteiligungen an Abreden dürften nicht mit einer Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG geahndet werden. Sie rügt im Einzelnen, die von ihr bestrittene Verhal- tensabstimmung im Rahmen von Stützofferten sei zu Unrecht mit einer Verwaltungssanktion belegt worden. Sie bringt vor, eine Sanktion müsse angesichts des Legalitätsprinzips gesetzlich bestimmt sein. In dieser Hin- sicht sei es fragwürdig, einen hypothetischen Umsatz zur Bestimmung des Basisbetrags zu verwenden. Der relevante Markt umfasse hier die Bauleis- tungen betreffend das in Frage stehende Projekt. Art. 3 der KG-Sanktions- verordnung vom 12. März 2004 (SVKG, SR 251.5) bestimme jedoch, dass der Basisbetrag der Sanktion bis zu 10% des Umsatzes betrage, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den re- levanten Märkten in der Schweiz erzielt habe. Die Beschwerdeführerin habe aber überhaupt keinen Umsatz auf dem relevanten Markt erzielt. Die Vorinstanz sei nicht befugt, sich über Art. 3 SVKG hinwegzusetzen und den Verordnungsgeber ohne gesetzliche Grundlage zu korrigieren (vgl. Be- schwerde, Rz. 85 ff.).

E. 15.1.6

Die Vorinstanz macht geltend, die Beschwerdeführerin habe keinen Umsatz erzielt, da ihr die Rolle der Schutzgeberin zugeordnet gewesen sei. Art. 49a Abs. 1 KG sehe eine Sanktionierung von Unternehmen vor, welche sich an einer Abrede beteiligt hätten. Das Entfallen der Belastung sei auf Gesetzesstufe nur aus den in Art. 49a Abs. 3 KG abschliessend aufgeföhr- ten Gründen vorgesehen. Eine rein auf der Basis des eigenen Umsatzes zu bemessende Sanktion würde bei Abredeteiligen, deren Schutz- nahme erfolglos geblieben sei oder die durch eine Stützofferte den desig- nierten Zuschlagsempfänger schützen sollten, aufgrund fehlenden Umsat-

B-645/2018

Seite 54

zes zu einer Nicht-Sanktionierung führen, die in Art. 49a KG nicht vorgese- hen sei. Dieses Ergebnis entspreche auch nicht dem Sinn und Zweck der Regelung von Art. 3 SVKG und könne vom Verordnungsgeber nicht gewollt gewesen sein (vgl. Verfügung, Rz. 135).

E. 15.1.7

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinen Urteilen in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau festgehalten, dass Art. 49a Abs. 1 KG zur Sanktionierung auch von umsatzlosen Beteiligungen an Submissionsabsprachen nach Art. 5 Abs. 3 KG in Form von Stützofferten verpflichtet. Demnach bildet Art. 49a Abs. 1 KG – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – für die Sanktionierung der vorliegenden kartellrechtlich unzulässigen Verhaltensweise die hinreichende formell-gesetzliche Rechtsgrundlage (vgl. auch TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 49; ZIRLICK/BRUCH, Ausgewählte Verfahrensrechtliche Fragen, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz [Hrsg.], Verfahrensrecht, staatliche Wirtschaftstätigkeit und algorithmenbasierte Kartelle, 2019, S. 19 ff.). Ein Spielraum für eine davon abweichende Regelung auf Verordnungsstufe besteht nicht. Vielmehr hat der Gesetzgeber die grundlegenden Voraussetzungen für einen ganzen oder teilweisen Verzicht auf die Belastung mit einer Sanktion ebenfalls abschliessend auf Gesetzesstufe geregelt. So kann nach Art. 49a Abs. 2 KG auf eine Belastung eines Unternehmens mit einer Verwaltungsanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG ganz oder teilweise verzichtet werden, wenn dieses an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt. Und nach Art. 49 Abs. 3 KG entfällt die Belastung, wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet (Bst. a), die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist (Bst. b) oder der Bundesrat eine Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 8 KG zugelassen hat (Bst. c).

E. 15.1.8

Mit Art. 60 KG wird dem Bundesrat lediglich die Kompetenz zum Erlass der "Ausführungsbestimmungen" zum Kartellgesetz eingeräumt (vgl.

B-645/2018

Seite 55

Botschaft KG 1995, 626). Eine Delegation für den Erlass gesetzestretender Verordnungsbestimmungen – welche eine (über die Bonusregelung gemäss Art. 49a Abs. 2 KG hinausgehende) Sanktionsbefreiung von nach Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionierenden Kartellrechtsverstössen vorsehen würden – besteht nicht (vgl. Urteile des BVGer B-771/2012, B-807/2012, B-829/2012, B-880/2010, je vom 25. Juni 2018 E. 9.6.8.3, E. 11.5.8.3, E. 10.5.8.3, E. 11.4.8.3 Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Cellere, Erne, Granella, Umbricht; ZIRLICK/BRUCH, a.a.O., S. 19 ff.).

E. 15.1.9

Die KG-Sanktionsverordnung (SVKG) respektiert die Grenzen der Gesetzesdelegation denn auch fraglos. Gemäss Art. 1 SVKG beschränkt sich die Verordnung ausdrücklich darauf, Folgendes zu regeln: – die Voraussetzungen und das Verfahren beim gänzlichen oder teilweisen Verzicht auf eine Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 2 KG (vgl. Bst. b); – die Voraussetzungen und das Verfahren der Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG (vgl. Bst. c); – die Bemessungskriterien bei der Verhängung von Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG (vgl. Bst. a).

E. 15.1.10

Nicht zum Regelungsgegenstand der SVKG zählt es, Fallkonstellationen wie jene der Stützofferten und der erfolglosen Schutznahmen, welche die Voraussetzungen für die direkte Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG erfüllen, von der gesetzlichen

Sanktionierungspflicht auszunehmen; vorbehalten ist immerhin eine vollständige Sanktionsbefreiung gestützt auf Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b und Art. 8 ff. SVKG. Diese Einschränkung ergibt sich bereits aus der Umschreibung des Regelungsgegenstands der Verordnung in Art. 1 Bst. a SVKG, wo von der blossen Regelung der "Bemessungskriterien" die Rede ist. Aber auch der systematische Aufbau der Verordnung bestätigt ("2. Abschnitt: Sanktionsbemessung"), dass der Bundesrat sich beim Erlass dieser Ausführungsbestimmungen auf die Konkretisierung der Bemessungskriterien bei der Verhängung von Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG beschränkt hat (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.8.4, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht).

B-645/2018

Seite 56

mungen auf die Konkretisierung der Bemessungskriterien bei der Verhängung von Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG beschränkt hat (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.8.4, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht).

E. 15.1.11

Aus diesen Gründen sind die Wettbewerbsbehörden aufgrund von Art. 49a Abs. 1 KG nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, umsatzlose Beteiligungen an Submissionsabsprachen in Form einer Stützofferte zu sanktionieren. Die gegen die Sanktionierbarkeit ihrer umsatzlosen Abredebeteiligung sowie gegen die hinreichende Bestimmtheit der rechtlichen Grundlage für die Sanktionierung gerichteten Einwände der Beschwerdeführerin sind deshalb unbegründet. Davon ausgehend ist nachfolgend zu prüfen, ob die Vorinstanz den Basisbetrag rechtmässig festgelegt hat. Dabei ist zunächst auf die Bemessungsgrundlage einzugehen (vgl. E. 15.2.1), bevor die Höhe des Basisbetragsatzes beurteilt wird (vgl. E. 15.3).

E. 15.2

Methode der Bemessung

E. 15.2.1

Die Vorinstanz führt zur Bemessungsgrundlage für den Basisbetrag aus, vor dem Hintergrund, dass auch Stützofferten nach Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren seien, sei vorliegend – unter Berücksichtigung der vom Gesetz- und Verordnungsgeber in Art. 49a KG und Art. 3 SVKG getroffenen Wertungen – ein Basisbetrag zu bestimmen, der einerseits den von der Submissionsabrede betroffenen Umsatz einbeziehe und andererseits die Schwere und Art des Verstosses berücksichtige. Vorliegend zog die Vorinstanz als Basisumsatz für beide abredeteiligen Unternehmen die Offertsumme von Martinelli exklusive Mehrwertsteuer in der Höhe von Fr. (...) heran. Es handle sich hierbei um den Umsatz, den die geschützte Gesellschaft beim Bauprojekt erzielte oder gemäss der Abrede hätte erzielen sollen. Denn dieser Betrag reflektiere die wirtschaftliche Bedeutung der fraglichen Submission und damit des entsprechenden Markts und gebe dadurch Aufschluss über die Tragweite und das Schädigungspotenzial des

B-645/2018

Seite 57

Kartellrechtsverstosses. Konkret ergebe sich daraus für den Basisbetrag eine Obergrenze von Fr. (...) (vgl. Verfügung, Rz. 135 ff.; Vernehmlassung, Rz. 60).

E. 15.2.2

In den Art. 2 ff. SVKG hat der Bundesrat die Kriterien für die konkrete Sanktionsbemessung innerhalb des abstrakten – in Art. 49a Abs. 1 KG (vgl. E. 15.1) festgelegten – Sanktionsrahmens präzisiert. Ausgangspunkt ist die Festlegung eines Basisbetrags. Die diesbezügliche Bestimmung von Art. 3 SVKG lautet wie folgt: "Der Basisbetrag der Sanktion bildet je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat."

E. 15.2.3

Mangels generell-abstrakter Vorgaben auf Verordnungsebene ist die konkrete Bemessungsmethode für die Sanktionierung von Stützofferten und erfolglosen Schutznahmen demnach – innerhalb der nachfolgend noch zu nennenden Schranken – durch die Praxis der Wettbewerbsbehörden zu entwickeln (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.8.5, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne).

E. 15.2.4

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) insbesondere und in erster Linie auch die vom Kartellgesetz selber aufgestellten Anforderungen an die Sanktionsbemessung zu beachten (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.8.7, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht).

E. 15.2.5

So schreibt Art. 49a KG weiter vor, dass ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist, mit einem Betrag bis maximal 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren

B-645/2018

Seite 58

in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet werden kann. Dabei ist anerkannt, dass Kartellsanktionen schmerzen, aber ein Unternehmen auch nicht in den Konkurs treiben sollen. Der finanzielle Nachteil soll jedoch so gross sein, dass sich eine Beteiligung an der Zuwiderhandlung nicht lohnt (vgl. Urteile des BVGer B-2798/2018 vom 16. Februar 2021 E. 12.2.2, Na-xoo; B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.8.7, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne, jeweils m.H. auf BGE 143 II 297 E. 9.7.2 m.H., Gaba; Erläuterungen der Vorinstanz zur KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 2 Abs. 2).

E. 15.2.6

Indem die Vorinstanz auf die Offertsumme von Martinelli als erfolgreiche Schutznehmerin und damit auf den Umsatz abstellt, den diese auf dem betroffenen – vorliegend von der Vorinstanz auf die einzelne Ausschreibung beschränkten – Submissionsmarkt erzielt hat, knüpft sie an einen Betrag an, der mit dem Verstoss eng zusammenhängt sowie dessen wirtschaftliche Bedeutung und potentielle Schädlichkeit widerspiegelt (vgl. zur volkswirtschaftlichen Schädlichkeit auch Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.8.9, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne). Eine solche Bemessungsmethode trägt dem Grundgedanken von Art. 3 SVKG Rechnung,

wonach die Bemessungsgrundlage für den Basisbetrag anhand eines tatnahen Umsatzes zu bestimmen ist (vgl. in diesem Sinne Urteil des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 18.3.3, Buchhändler Dargaud, m.w.H.). Sie entspricht im Übrigen auch der Praxis der EU-Wettbewerbsinstanzen (vgl. 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. 15.2.7

Die von der Vorinstanz gestützt hierauf gewählte Methode zur Festlegung der Bemessungsgrundlage für den Basisbetrag ist schlüssig und nachvollziehbar und damit mit den allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen – insbesondere mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit

B-645/2018

Seite 59

nach Art. 5 Abs. 2 BV – sowie mit den kartellgesetzlichen Vorgaben nach Art. 49a Abs. 1 KG vereinbar. Das vorinstanzliche Vorgehen, die Bemessungsgrundlage für den Basisbetrag anhand der Offertsumme von Martinelli als Schutznehmerin festzulegen, ist demzufolge bundesrechtlich nicht zu beanstanden.

E. 15.3

Basisbetragssatz Es ist sodann die Rechtmässigkeit des Basisbetragssatzes zu beurteilen. Die Vorinstanz legt den Basisbetragssatz bei Martinelli als erfolgreicher Schutznehmerin auf 8% des erzielten Umsatzes fest, woraus ein Basisbetrag von Fr. (...) resultiert. Gegenüber der Beschwerdeführerin als schützendem Unternehmen erachtet die Vorinstanz einen Basisbetrag von Fr. (...) als angemessen (vgl. Verfügung, Rz. 139 ff.). Hieraus ergibt sich für die Beschwerdeführerin ein Basisbetragssatz von knapp 4% (3,97%).

E. 15.3.1

Die Beschwerdeführerin rügt den Basisbetragssatz von 4% als unverhältnismässig. Sie führt an, es sei zweifelhaft, ob die Bagatellschwelle überschritten sei. Die Abrede habe keine konkreten Auswirkungen auf den Wettbewerb gehabt. Auf ihr "Pro-Forma-Angebot" sei es gar nicht angekommen, da es intensiven Wettbewerb um dieses Grossprojekt gegeben habe. Denn es habe noch fünf weitere, nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen gegeben. Wenn Martinelli unter diesen Umständen den Zuschlag erhalten habe, sei dies daran gelegen, dass sie das mit Abstand günstigste Angebot abgegeben habe. Es sei nicht gerechtfertigt, bei ihr als angeblich schützendem Unternehmen einen Basisbetrag von knapp 4% eines nicht erzielten Umsatzes als angemessen zu erachten. Dies sei unverhältnismässig und behandle die Eingabe einer "Alibi-Offerte" durch ein mangels Kapazität nicht am Projekt interessiertes Unternehmen ohne konkrete Auswirkung auf den Wettbewerb wie ein hartes Preiskartell oder einen echten Submissionsbetrug unter Beteiligung aller Anbieter (vgl. Beschwerde, Rz. 83 f.).

B-645/2018

Seite 60

E. 15.3.2

Die Vorinstanz führt zur Begründung des Basisbetragssatzes an, Martinelli als Schutznehmerin und die Beschwerdeführerin als schützenswertes Unternehmen hätten sich an einer Abrede beteiligt, welche den Preis und auch die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand gehabt habe. Beide Unternehmen hätten dabei vorsätzlich gehandelt. Diese Art Wettbewerbsabrede laufe den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie sei das Schädigungspotenzial von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend seien zudem mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen (vgl. Verfügung, Rz. 139 ff.). Hingegen sei der Wettbewerb nicht beseitigt, sondern erheblich beeinträchtigt worden. Nur weil es neben den abredeteiligen Unternehmen einige Mitbewerber gegeben habe, sei der vorliegende Kartellrechtsverstoss als mittelschwer zu werten (vgl. Vernehmlassung, Rz. 60).

E. 15.3.3

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% des massgeblichen Umsatzes beträgt.

E. 15.3.4

Unter Schwere ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die objektive, d.h. verschuldensunabhängige Schwere zu verstehen. Massgebend ist das abstrakte Gefährdungspotenzial. Zudem sind bei der Beurteilung der Schwere eines Verstosses unter anderem 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. 9.7.1 f., Gaba; Urteil des BGer 2C_985/2015 vom 9. Dezember 2019 E. 9.2.3.2, Swisscom ADSL; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.6.1, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne).

B-645/2018

Seite 61

E. 15.3.5

Den Wettbewerbsbehörden kommt bei der Festlegung des Basisbetragssatzes ein Ermessen zu, das sie pflichtgemäss ausüben haben (vgl. BGE 148 II 25 E. 12.1, Buchhändler Dargaud; 147 II 72 E. 8.5.2, Horsliste Medikamente Pfizer, m.H. auf BGE 146 II 217 E. 9.2.3.3, Swisscom ADSL; Urteile des BVGer B-8386/2015 vom 24. Juni 2021 E. 10.4.1, Swisscom WAN; B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 9.1, 9.2.6, Nikon; WEBER/VOLZ, a.a.O., N. 4.379 f.; vgl. auch E. 15.2.2 ff.).

E. 15.3.6

Die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten harten Kartellabreden gelten gemeinhin als Wettbewerbsverstösse mit hohem Schädigungspotenzial für Konsumenten, Unternehmen und die Gesamtwirtschaft (vgl. Botschaft KG 1995, 468 ff., 491, 517, 635; Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002 2022 ff., 2036, nachfolgend Botschaft KG 2002; BGE 135 II 60 E. 2.1, Domestic Interchange Fee; BGE 143 II 297 E. 5.2.4, Gaba; Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 8,

Strassenbeläge Tessin, m.w.H.; ANDREAS HEINEMANN, in: Festschrift für Roland von Büren, S. 613; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 25, 50).

E. 15.3.7

Mit einer öffentlichen oder privaten Ausschreibung schaffen Ausschreiber eine Wettbewerbssituation unter den vom konkreten Vergabeverfahren angesprochenen Marktteilnehmern. Diese sollen in einen Wirtschaftlichkeits-Wettbewerb treten, wobei sie sich darum bemühen sollen, Mitbewerber mit einem insgesamt attraktiveren Angebot zu übertreffen. Dies im Wissen, dass nur der auf die Zuschlagskriterien bezogene günstigste Anbieter den Zuschlag erhält. Der Vergabewettbewerb soll es einem Ausschreiber ermöglichen, Leistungen zu vergleichen und das Angebot mit dem besten Preis-/Leistungsverhältnis und damit das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot wählen zu können. Der angestrebte Vergabewettbewerb spielt aber nur dann, wenn die Offerenten unabhängig voneinander um die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung wetteifern, indem sie ihr Angebot je individuell und im Sinne der Bedürfnisse des Ausschreibers zu optimieren versuchen. Die Ermittlung des wirtschaftlich vorteilhaftesten Angebots aus mehreren Angeboten obliegt allein dem Ausschreiber. Dieser tritt

B-645/2018

Seite 62

mit jedem teilnahmeberechtigten Anbieter in je ein Verhandlungsverhältnis im Hinblick auf einen allfälligen späteren Vertragsabschluss. Die Verhandlungsverhältnisse beinhalten dabei immer ein Vertrauensverhältnis, welches neben dem Ausschreiber auch jeden teilnahmeberechtigten Anbieter zu einem Verhalten nach Treu und Glauben verpflichtet (Art. 2 ZGB; vgl. PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl. 2011, Rz. 470, 474). Als Ausfluss dieses Vertrauensverhältnisses und des zentralen Wettbewerbscharakters der Ausschreibung haben sowohl private als auch öffentliche Ausschreiber berechtigterweise ein hohes Vertrauen darin, dass Anbieter tatsächlich jeweils selbständig und unabhängig voneinander um den Vertragsabschluss wetteifern. Anbieter unterlaufen jedoch die Wettbewerbszielsetzung des Vergaberechts, wenn sie die zur Eruiierung des wirtschaftlich vorteilhaftesten Angebots vorausgesetzte freie Willensbildung des Ausschreibers eigenmächtig durch Kontaktaufnahmen untereinander manipulieren oder auch nur zu manipulieren versuchen. Anbieter, welche ihr Angebot verdeckt, nicht selbständig und unabhängig ausarbeiten, spiegeln dem Ausschreiber treuwidrig eine unabhängige Offerteingabe und damit einen vermeintlich unverfälschten Wettbewerb vor. Das zentrale Hauptziel des Vergaberechts, den wirksamen Wettbewerb unter den Anbietern zu fördern, wird bei dieser Sachlage verfehlt (vgl. Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018 E. 7.3.2, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Celere, m.w.H.).

E. 15.3.8

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 wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot und namentlich den unverfälschten Marktpreis zu eruiieren. Aufgrund marktfremder Preissteigerungen auf Kosten der Allgemeinheit, eines geringeren Effizienz- und Innovationswettbewerbs sowie verzögerter oder ausbleibender Strukturanpassungen verursachen Submissionsabsprachen vielmehr auch mittel- und langfristig hohe volkswirtschaftliche Kosten und Schäden (vgl.

Urteil des BVGer B- 880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.6.4, Strassen- und Tiefbau im Kanton

B-645/2018

Seite 63

Aargau Umbricht, m.w.H.). Die besonders schädliche Qualität der vorliegenden – unter Art. 5 Abs. 3 KG fallenden – Submissionsabsprachen bleibt denn auch im Fall einer Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bestehen (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.2.4, 9.4.4, Gaba).

E. 15.3.9

Auch bei Stützofferten handelt es sich um schwerwiegende Kartellrechtsverstösse mit einem gravierenden Gefährdungspotential. Denn die Einreichung einer Stützofferte stellt die notwendige Voraussetzung für die Organisation eines Schutzes und ebenfalls ein wettbewerbsvortäuschendes und volkswirtschaftlich schädliches Verhalten dar. Gleich verhält es sich bei einer "Pro-Forma-Offerte" bzw. einer "Alibiofferte" (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.8.9, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne).

E. 15.3.10

Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Schädlichkeit der im vorliegenden Fall zu beurteilenden Submissionsabsprache anders zu beurteilen wäre. Dies umso mehr, als die Beschwerdeführerin die Abrede durch Abgabe einer Stützofferte umgesetzt hat. Hinzu kommt, dass Martinelli als designierte Schutznehmerin den Zuschlag auch tatsächlich erhalten hat. Hieran nichts zu ändern vermag der Umstand, dass Martinelli das günstigste Angebot eingereicht hat (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.6.5, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne). Es besteht kein ernsthafter Zweifel daran, dass die designierte Schutznehmerin im Wissen um die Stützofferte einer anderen Anbieterin zu einem höheren Preis als unter Wettbewerbsbedingungen offeriert haben dürfte. Das Kartellrecht will – wie erwähnt (vgl. E. 12.1.5) – nicht bestimmte Ergebnisse sicherstellen, sondern einen funktionierenden Wettbewerb als dynamischen Prozess fördern.

E. 15.3.11

Dass es neben den beiden abredebeteiligten Unternehmen fünf sog. Aussenseiter gab, die an der Ausschreibung in Sachen (...) ebenfalls eine Offerte eingereicht haben und dabei zu einem höheren Preis offerierten als Martinelli als designierte Schutznehmerin (vgl. Verfügung, Rz. 106 f.), ändert – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – nichts an

B-645/2018

Seite 64

der Schädlichkeit des fraglichen Verhaltens für das Funktionieren des Wettbewerbs. Obwohl Submissionsabsprachen die Abredebeteiligten in dieser Konstellation nur teilweise vom Konkurrenzdruck durch unbeteiligte Konkurrenten zu entlasten vermögen, beeinträchtigen auch solche Absprachen den angestrebten Vergabewettbewerb derart, dass die Erheblichkeitsschwelle von Art. 5 Abs. 1 KG als überschritten erachtet werden muss. Denn auch solche – nur gewisse Offerenten umfassenden – Submissionsabsprachen verkleinern unabhängig von der Anzahl der Abredebeteiligten in jedem Fall die

Auswahlmöglichkeit der ausschreibenden Stelle und hindern diese daran, das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot im freien Spiel von Angebot und Nachfrage zu ermitteln (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.3.3, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne).

E. 15.3.12

Bei der Beurteilung der Schwere eines Verstosses ist jedoch auch der Grad der Wettbewerbsbeeinträchtigung angemessen zu berücksichtigen (vgl. BGE 144 II 194 E. 6.4, BMW; BGE 143 II 297 E. 9.7.2, Gaba; Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.6.6, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht, m.w.H.). In Übereinstimmung mit dieser Rechtsprechung hat die Vorinstanz bei der Festlegung des Basisbetragsatzes dem Umstand Rechnung getragen, dass die Abrede den Wettbewerb "lediglich" im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt, nicht jedoch beseitigt hat (vgl. Verfügung, Rz. 139 f.; Vernehmlassung, Rz. 60; vgl. E. 12.1.3).

E. 15.3.13

Die Vorinstanz begründet den im Vergleich zu Martinelli um die Hälfte reduzierten Basisbetragsatz damit, dass die Beschwerdeführerin als Schutzgeberin aus ihrer Abredebeteiligung – im Gegensatz zu Martinelli als Schutznehmerin – keinen Umsatz erzielt habe (vgl. Verfügung, Rz. 134 f., 142; Vernehmlassung, Rz. 60).

E. 15.3.14

Die hälftige Reduzierung des Basisbetragsatzes gegenüber der Beschwerdeführerin im Vergleich zur Schutznehmerin erscheint vertretbar und angemessen und ist deshalb bundesrechtlich nicht zu beanstanden.

B-645/2018

Seite 65

Indem die Vorinstanz bei der Beurteilung der Schwere des kartellrechtswidrigen Verhaltens auch die Rolle des jeweiligen abredeteiligen Unternehmens berücksichtigt, übt sie ihr Ermessen (vgl. E. 15.3.5) pflichtgemäss aus (vgl. in diesem Sinne Botschaft KG 2002, 2034, 2039; KRAUS-KOPF/SENN, Die Teilrevision des Kartellrechts – Wettbewerbspolitische Quantensprünge, sic! 2003, S. 21). Sie berücksichtigt dadurch auch, dass der mit der Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG auferlegte finanzielle Nachteil – zur Sicherstellung einer wirksamen Abschreckung – so gross sein soll, dass sich eine (auch umsatzlose) Beteiligung an einer Zuwiderhandlung wirtschaftlich nicht lohnt (vgl. in diesem Sinne Urteile des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 630, Swisscom ADSL; B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 8.1.4, 9.2.3, Nikon; Erläuterungen KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 5 Abs. 1; ZIRLICK/BRUCH, a.a.O., S. 19 ff., 23; vgl. E. 15.2). Bei Submissionsabsprachen ist davon auszugehen, dass eine erfolgreiche Schutznehmerin eine Kartellrente erzielt (vgl. OECD-Report, Competition and Procurement, 2011, Key Findings); diese Kartellrente ist – soweit sie abgeschätzt werden kann – gemäss Art. 49a Abs. 1 KG angemessen zu berücksichtigen und somit abzuschöpfen. Da diese Zwecksetzung bei umsatzlosen Abredeteiligungen in Form einer Stützofferte entfällt, erscheint es im Lichte der erwähnten rechtsstaatlichen Grundsätze (vgl. E. 15.2.4) regelmässig sachgerecht, Stützofferten mit einem im Vergleich zu erfolgreichen Schutznahmen tieferen Basissatz zu ahnden.

E. 15.3.15

Damit übereinstimmend führen die EU-Gerichte aus, es seien bei der Festsetzung der Höhe von Geldbussen sämtliche Faktoren zu berücksichtigen, die für die Beurteilung der Schwere von Zuwiderhandlungen eine Rolle spielen, wie das Verhalten jedes einzelnen Unternehmens, die Rolle, die jedes Unternehmen bei der Abstimmung der Verhaltensweisen gespielt habe, der Gewinn, den die Unternehmen aus diesen Verhaltensweisen hätten ziehen können, ihre Grösse und der Wert der betroffenen Waren sowie die Gefahr, die derartige Zuwiderhandlungen für die Ziele der EU bedeuteten (EuGH, C-389/10, EU:C:2011:816, Rz. 123 ff., KME; EuG, T-391/09, EU:T:2014:22, Rz. 238, Evonik Degussa).

B-645/2018

Seite 66

E. 15.3.16

Die Beschwerdeführerin wendet gegen die Bemessungsmethode der Vorinstanz weiter ein, diese bewerte den relevanten Umsatz ohne ausreichende gesetzliche Grundlage doppelt. Bilde ein Bauprojekt den relevanten Markt, so sei der vom erfolgreichen Anbieter erzielte Umsatz das Gesamtmarktvolumen. Letzteres könne aber aus rechtsstaatlichen Gründen nicht einfach verdoppelt werden, um eine Grundlage für die Sanktionierung eines anderen Unternehmens zu haben, das bei diesem Projekt keinen Umsatz erzielt habe. Auf diese Weise werde eine willkürliche Festlegung der Sanktion ohne ausreichende gesetzliche Grundlage möglich (vgl. Beschwerde, Rz. 88). Dieser Einwand beruht auf unzutreffenden rechtlichen Annahmen. Die Zwecksetzung der Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG ist nicht auf die Abschöpfung einer mutmasslichen Kartellrente (vgl. hierzu Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 630, Swisscom ADSL) begrenzt. Vielmehr liegen ihr weitere präventive und vergeltende Zwecke zugrunde (vgl. Botschaft KG 2002, 2033 ff.; KRAUSKOPF/SENN, Die Teilrevision des Kartellrechts – Wettbewerbspolitische Quantensprünge, sic! 2003, S. 11 ff.; PATRICK SOMMER, Praktische Verfahrensfragen bei Inanspruchnahme der Bonusregelung, Jusletter vom 17. Oktober 2005, Rz. 2; ZIRLICK/BRUCH, a.a.O., S. 19 f.). Dementsprechend verpflichtet Art. 49a Abs. 1 KG – wie aufgezeigt (vgl. E. 15.1.7) – zur Sanktionierung auch von umsatzlosen Beteiligungen an Submissionsabsprachen nach Art. 5 Abs. 3 KG. In diesem Sinne halten auch die EU-Gerichte fest, zwar müsse die Höhe der gegen ein Unternehmen festgesetzten Geldbusse in einem angemessenen Verhältnis zur Dauer der Zuwiderhandlung und zu den anderen Faktoren stehen, die für die Beurteilung der Schwere des Verstosses eine Rolle spielten, darunter zu dem Gewinn, den das betreffende Unternehmen aus seinem Verhalten habe ziehen können. Diese Erwägung könne jedoch nicht dahingehend ausgelegt werden, dass dieser Gewinn eine Obergrenze für die Geldbusse darstelle. Vielmehr stehe die Tatsache, dass ein Unternehmen aus der Zuwiderhandlung keinen Vorteil gezogen habe, der

B-645/2018

Seite 67

Verhängung einer Geldbusse nicht entgegen, soll diese ihren abschreckenden Charakter nicht verlieren (vgl. EuG, T-53/03, EU:T:2008:254, Rz. 441, BPB; EuG, T-391/09, EU:T:2014:22, Rz. 239, 241, Evonik Degussa).

E. 15.3.17

Insgesamt erscheint der von der Vorinstanz festgelegte Basisbe- tragssatz von rund 4% des relevanten Umsatzes mit Blick auf die Schwere der vorliegend nachgewiesenen Abredebeteiligung der Beschwerdeführe- rin weder als bundesrechtswidrig noch als unangemessen.

E. 15.4

Erschwerungs- und Milderungsgründe

E. 15.4.1

Die angefochtene Verfügung nimmt weder Erschwerungs- noch Mil- derungsgründe an.

E. 15.4.2

Nach Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG wird der Basisbetrag bei Wettbe- werbsbeschränkungen nach den Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erhöht, wenn das Unternehmen zur Wettbewerbsbeschränkung angestiftet hat. In diesem Zusammenhang ist auch auf Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG hinzuweisen. Da- nach erlässt die Vorinstanz die Sanktion im Rahmen der Bonusregelung nur, wenn das Unternehmen kein anderes Unternehmen zur Teilnahme an dem Wettbewerbsverstoss gezwungen und nicht die anstiftende oder füh- rende Rolle im betreffenden Wettbewerbsverstoss eingenommen hat. Das Bundesverwaltungsgericht hat das Merkmal der anstiftenden Rolle im Kon- text des Kartellrechts dahingehend präzisiert, dass ein Unternehmen – im Bewusstsein der Kartellrechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens – den Entschluss eines anderen Unternehmens weckt, eine Wettbewerbsbe- schränkung zu begehen oder sich daran zu beteiligen (vgl. Urteil des BVGer B-7834/2015 vom 16. August 2022 E. 8.4.3.1, Autohändler; GÜN- TER HEINE, Zuckerbrot und Peitsche: Zur Kronzeugenregelung nach Kar- tellgesetz, in: Festschrift für Franz Riklin, 2007, 423 f.).

E. 15.4.3

Die angefochtene Verfügung führt aus, es sei vorliegend zwar er- stellt, dass die Beschwerdeführerin Martinelli bei dem in Frage stehenden

B-645/2018

Seite 68

Projekt im Hinblick auf die Angebotskoordinierung kontaktiert habe. Für die Bejahung einer anstiftenden Rolle genüge die Herstellung des Erstkontakts jedoch nicht. Vielmehr seien weitere Elemente, wie etwa ein motivierendes Verhalten oder eine Anreizsetzung, erforderlich. Solche zusätzlichen Ele- mente liessen sich den erhobenen Beweismitteln nicht entnehmen. Eine Straferhöhung infolge einer anstiftenden Rolle im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG scheidet damit aus (vgl. Verfügung, Rz. 147).

E. 15.4.4

Aufgrund der Akten besteht kein Anlass, die nachvollziehbar be- gründete Beurteilung in der angefochtenen Verfügung in Frage zu stellen. Auch für das Bundesverwaltungsgericht sind keine hinreichenden Indizien für eine anstiftende Rolle der Beschwerdeführerin ersichtlich.

E. 15.4.5

Die Frage, ob der Sanktionsbetrag wegen Vorhandenseins eines mildernden Umstands nach Art. 6 SVKG – hier einer besonderen Kooperation der Beschwerdeführerin – zu mindern ist, stellt sich erst dann, wenn ein Anspruch der Beschwerdeführerin auf Sanktionserlass oder -reduktion unter dem Titel der Bonusregelung (Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 8 ff. SVKG) zu verneinen ist (vgl. E. 16; 16.4.15).

E. 15.5

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die vorinstanzliche Bemessung des Sanktionsbetrags nach Art. 49a Abs. 1 KG i.V.m. Art. 3-7 SVKG weder hinsichtlich der angewendeten Methode noch mit Bezug auf die konkrete Sanktionshöhe bundesrechtswidrig oder unangemessen ist.

E. 16

Bonusregelung Bei diesem Ergebnis ist die zur Begründung des Hauptantrags auf Aufhebung der ausgesprochenen Sanktion eventualiter, d.h. für den Fall, dass eine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 1 und 3 KG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG bejaht werde, erhobene Rüge der Beschwerdeführerin zu prüfen, die Vorinstanz habe die Bonusregelung nach Art. 49a Abs. 2 KG und Art. 8 ff. SVKG rechtswidrig angewendet, indem sie den Sanktionsbetrag um lediglich 85% reduziert habe, statt ihn vollständig zu erlassen (vgl.

B-645/2018

Seite 69

Beschwerde, Rz. 12, 69 ff.). Es stellt sich somit die Frage, ob die Sanktion gänzlich zu erlassen ist oder ob und gegebenenfalls in welcher Höhe die Sanktion nach der Bonusregelung oder unter einem anderen Titel zu reduzieren ist.

E. 16.1

Standpunkt der Beschwerdeführerin Die Beschwerdeführerin erhebt einen Anspruch auf vollständigen Erlass der Sanktion nach der Bonusregelung und rügt die Reduktion der Sanktion um lediglich 85% in der angefochtenen Verfügung. Der Verzicht auf einen vollständigen Erlass der Sanktion verletze die Bonusregelung und verstosse zudem gegen das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung (vgl. Beschwerde, Rz. 12, 68, 71; Replik, Rz. 45 ff.). Zur Begründung macht die Beschwerdeführerin im Einzelnen geltend, sie habe sich an alle Vorgaben für einen vollständigen Erlass der Sanktion nach Art. 8 ff. SVKG gehalten. Es habe keinen Anlass gegeben, ihre uneingeschränkte Kooperation in Frage zu stellen. Wenn man – wie die angefochtene Verfügung dies gestützt auf die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts in Sachen Gaba (BGE 143 II 297) und BMW (BGE 144 II 194) tue – eine potentielle Beeinträchtigung des Wettbewerbs für die Annahme einer Wettbewerbsabrede ausreichen lasse, habe die Vorinstanz nach Abschluss der Ermittlungen und der Feststellung des Sachverhalts keine weiteren Angaben von ihr benötigt, um ihre Verfügung zu erlassen. Die übergebenen Beweismittel und die getroffenen Aussagen hätten denn auch ausgereicht, um es der Vorinstanz zu ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss festzustellen. Der kritischen Stellungnahme der Beschwerdeführerin zum Beweisergebnis und zur rechtlichen Würdigung habe in einem solchen Fall keine Bedeutung mehr zukommen können (vgl. Beschwerde, Rz. 61 ff., 67 ff., 76 ff.; Replik, 61). Die Beschwerdeführerin bestreitet des Weiteren die Auffassung der Vorinstanz im Beschwerdeverfahren, dass sie ihre Selbstanzeige zurückgezo-

B-645/2018

gen habe. Der Vorhalt, sie habe ihren Standpunkt zum Sachverhalt im Beschwerdeverfahren geändert, weil sie in ihrer Beschwerde den Konsens zu einer Angebotskoordinierung verneine, sei unzutreffend und aktenwidrig. Vielmehr habe sie bereits in ihrer Stellungnahme vom 14. Juni 2017 zum Verfügungsantrag darauf hingewiesen, dass es sich jeweils um eine "Pro- Forma-Offerte [...] aus eigener und freier Entscheidung" gehandelt habe und eine Wettbewerbsabrede daher fraglich sei. Es könne in folgedessen keine Rede davon sein, dass sie erstmals in der Beschwerde den Konsens zu einer Angebotskoordination im Sinne einer Wettbewerbsabrede bestritten habe. Es könne deshalb auch offenbleiben, ob ein Rückzug der Selbstanzeige nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens überhaupt noch möglich sei (vgl. Replik, 6 f., 21 ff., 31 ff.). Die Beschwerdeführerin führt schliesslich aus, sie habe die angezeigten Tatsachen des Informationsaustauschs nie in Abrede gestellt, sondern "immer nur eine andere rechtliche Beurteilung" vertreten (vgl. Replik, Rz. 35; in diesem Sinne auch Beschwerde, Rz. 7 f., 60, 63).

E. 16.2

Standpunkt der Vorinstanz Die Vorinstanz vertritt in der angefochtenen Verfügung und in ihren Stellungnahmen im Beschwerdeverfahren jeweils unterschiedliche Standpunkte zur Frage, in welchem Umfang und unter welchem Titel die Sanktion aufgrund der Kooperation der Beschwerdeführerin zu reduzieren ist.

E. 16.2.1

In der angefochtenen Verfügung wird die Herabsetzung der Sanktion um 85% nach der Bonusregelung – statt eines gänzlichen Erlasses – im Wesentlichen damit begründet, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag sowohl einen Konsens über die Koordinierung der Angebote als auch einen wettbewerbswidrigen Zweck bestritten habe. Mit Blick auf das Erfordernis der umfassenden Kooperation nach Art. 8 Abs. 2 Bst. c SVKG seien die Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion nach der Bonusregelung deshalb nicht erfüllt (vgl. Verfügung, Rz. 163 f.).

B-645/2018

Abgesehen davon stuft die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung die Beschwerdeführerin hinsichtlich des betreffenden Verstosses als Erstzeigerin ein. Die Beschwerdeführerin habe "zentrale" und "entscheidende" Beweismittel eingereicht, die den Nachweis des Verstosses massgebend erleichtert hätten. Die Vorinstanz verweist hierbei insbesondere auf die E-Mail von Martinelli an die Beschwerdeführerin vom (...) (vgl. E. 7.3.6). Zudem habe die Beschwerdeführerin "auch sonst mit der Wettbewerbsbehörde bis zum Abschluss der Ermittlungen durch das Sekretariat" kooperiert. Die Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion nach der Bonusregelung seien daher grundsätzlich erfüllt (vgl. Verfügung, Rz. 155 ff.).

E. 16.2.2

Im Beschwerdeverfahren macht die Vorinstanz demgegenüber geltend, durch ihr Verhalten im Beschwerdeverfahren habe die Beschwerdeführerin ihren Anspruch auf Sanktionsreduktion nach der Bonusregelung "verwirkt". Die angefochtene Verfügung sei insoweit nachträglich bundesrechtswidrig geworden und im Sinne einer reformatio in

peius zuungunsten der Beschwerdeführerin abzuändern. Entsprechend beantragt die Vorinstanz nunmehr den Verzicht auf eine Reduktion des nach Art. 3-7 SVKG bemessenen Sanktionsbetrags nach der Bonusregelung (vgl. Vernehmlassung, Rz. 5, 13 ff., 16 ff., 20, 39, 56 f.; Duplik, Rz. 11 ff., 14 f., 18, 26, 28). Die Vorinstanz führt im Einzelnen aus, eine Selbstanzeigerin müsse ihre Selbstanzeige im Beschwerdeverfahren aufrechterhalten, weshalb deren Vorbringen im Beschwerdeverfahren bei der Beurteilung der Bonusregelung zu berücksichtigen seien. Die Beschwerdeführerin bestreite in der Beschwerde – in Abweichung von ihrem im vorinstanzlichen Verfahren vertretenen Standpunkt – einen Konsens mit Martinelli über die Koordinierung der Angebote beim strittigen Bauprojekt. Sie stelle dadurch die zentrale Sachverhaltsfrage und das zentrale Beweisthema in Abrede und entziehe hierdurch ihrer Selbstanzeige das Fundament. Die Bestreitung des angezeigten Sachverhalts in einer Beschwerde sei einem Rückzug der Selbstanzeige gleichzustellen. Mit der Einreichung einer Selbstanzeige sei notwendigerweise die Anerkennung des angezeigten Sachverhalts im Sinne

B-645/2018

Seite 72

einer Selbstbelastung verbunden. Die Qualifikation als Selbstanzeige bedinge, dass ein kartellrechtlich relevanter Sachverhalt angezeigt werde, nämlich die eigene Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung. Das Verhalten der Beschwerdeführerin, so die Vorinstanz weiter, gehe nicht auf und stehe ihrer eigenen Selbstanzeige entgegen. Es sei unhaltbar, dass ein Selbstanzeiger sich zunächst im erstinstanzlichen Verfahren einen Sanktionserlass oder eine Sanktionsreduktion sichern und später im Beschwerdeverfahren ohne Folgen den von ihm selbst angezeigten Sachverhalt bestreiten könne. Eine solche "Fünfer und Weggli"-Konstellation sei mit dem Sinn und Zweck des Instituts der Selbstanzeige nicht vereinbar (vgl. Vernehmlassung, Rz. 24, 63; Duplik Rz. 18, 26).

E. 16.3

Würdigung des Gerichts Die beiden weit auseinander liegenden Parteistandpunkte zeigen die Notwendigkeit einer klärenden Auslegung und Analyse der massgeblichen Rechtsgrundlagen und Materialien. (1) Rechtsgrundlagen und Entstehungsgeschichte

E. 16.3.1

Nach Art. 49a Abs. 2 KG kann auf eine Belastung eines Unternehmens mit einer Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG ganz oder teilweise verzichtet werden, wenn dieses an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt. Die Voraussetzungen und Modalitäten des vollständigen Sanktionserlasses werden von der KG-Sanktionsverordnung (SVKG) in Art. 8 ff. und jene des teilweisen Sanktionserlasses in Art. 12 ff. SVKG näher ausgeführt.

E. 16.3.2

Der Gesetzgeber hat die Bonusregelung zusammen mit der direkten Sanktionierbarkeit von besonders schädlichen Kartellrechtsverstössen im Jahr 2003 in das Kartellrecht eingeführt. Denn die direkte Sanktionierbarkeit entsprechender Verhaltensweisen führte dazu, dass diese zusehends verdeckt erfolgten, weshalb den Wettbewerbsbehörden angesichts drohender Beweisschwierigkeiten ein zusätzliches Ermittlungsinstrument

B-645/2018

in die Hand gegeben werden sollte (vgl. Botschaft KG 2002, 2028, 2038; ROTH/BOVET, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. éd. 2013, Art. 49a N. 63).

E. 16.3.3

Die entsprechenden Bestimmungen von Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 8 ff. SVKG orientieren sich dabei weitgehend an der Kronzeugenregelung des EU-Wettbewerbsrechts (vgl. Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 4.4.4, Baubeschlüsse Siegenia-Aubi [aufgehoben], m.H. auf die Botschaft KG 2002, 2038 und die Erläuterungen KG-Sanktionsverordnung; MARBACH/DUCREY/WILD, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2017, Rz. 1948). Diese beruht auf der Mitteilung der EU-Kommission über den Erlass und die Ermässigung von Geldbussen in Kartellsachen (ABl. 2006, C 298, S. 17, im Folgenden: Mitteilung über die Zusammenarbeit) und der Praxis der EU-Gerichte. Welche Tragweite der vom Bundesgericht bei Fragen der Massgeblichkeit von EU-Recht in der Schweiz entwickelte Grundsatz der parallelen Rechtslage bei der Auslegung der Bonusregelung hat, ist an anderer Stelle zu erörtern (vgl. E. 16.3.18). (2) Zwecke

E. 16.3.4

Mit der Bonusregelung verfolgt der Gesetzgeber verschiedene Zwecke. Sie soll es den Wettbewerbsbehörden insbesondere ermöglichen oder wesentlich erleichtern, Sachverhalte, die mutmasslich Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG darstellen, zu untersuchen und aufzuklären (vgl. Botschaft KG 2002, 2038; SOMMER, a.a.O., Rz. 4 f.); es soll nicht zuletzt auch der Untersuchungsaufwand des Sekretariats vermindert werden (vgl. Erläuterungen KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 12 Abs. 2; DAMIAN GRAF, Der Verwaltungsrat und die kartellrechtliche Bonusregelung, SZW 2014, S. 497; TAGMANN/ZIRLICK, Schwächen und Risiken der Bonusregelung im schweizerischen Kartellrecht, Jusletter vom 10. August 2009, Rz. 39). Ein Unternehmen, das an einer entsprechenden Wettbewerbsabrede beteiligt war, soll für den von ihm bei deren Aufdeckung oder Nach-

B-645/2018

weis erbrachten Beitrag belohnt werden (vgl. die Erläuterungen KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 8 Abs. 1 Bst. b; DÄHLER/KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Stoffel/Zäch [Hrsg.], Kartellgesetzrevision 2003: Neuerungen und Folgen, 2004, S. 145; PETER PICT, in: OFK Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 8 SVKG N. 1; SOMMER, a.a.O., Rz. 7; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 121). (3) Vollständiger Sanktionserlass

E. 16.3.5

Gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG erlässt die Vorinstanz einem Unternehmen die Sanktion vollständig, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG anzeigt und als Erstes entweder Informationen liefert, die es den Wettbewerbsbehörden ermöglichen, eine Untersuchung nach Art. 27 KG zu eröffnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG, Eröffnungskooperation), oder Beweismittel vorlegt, welche es den Wettbewerbsbehörden ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, Feststellungskooperation).

E. 16.3.6

Die Eröffnungskooperation nach Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG soll einen Anreiz für die an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen setzen, diese anzuzeigen. Auf diese Weise soll die Bonusregelung Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG destabilisieren sowie die gegenseitige Loyalität und Solidarität der beteiligten Unternehmen schwächen. Dadurch sollen der Aufbau und die Aufrechterhaltung entsprechender Kartelle erschwert werden (vgl. Botschaft KG 2002, 2038; ULF BÖGE, Bonus- und Kronzeugenregelungen in Deutschland und in der EU, in: Carl Baudenbacher [Hrsg.], Neuste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht, 2002, S. 158, 162; ADRIAN RAAS, "Direkte" Sanktionen im Kartellgesetz: über Kosten und Nutzen, sic! 2009, 478). Kartellanten müssen im Sinne dieser präventiven Zielsetzung der Bonusregelung jederzeit damit rechnen, dass ein oder mehrere Kartellmitglieder aus dem Kartell aussteigen und dieses aufdecken, um von der Bonusregelung zu

B-645/2018

Seite 75

profitieren (vgl. Urteile des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.5.5.7, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht; B-8430/2010 und B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 5.4.24, Baubeschläge Koch bzw. E. 4.4.24, Baubeschläge Siegenia-Aubi; ROLF DÄHLER, Die wichtigsten Neuerungen im KG im Überblick, Jusletter vom 27. September 2004, Rz. 15; PATRICK KRAUSKOPF, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 49a Abs. 1-2 N. 68 ff.; MARBACH/DUCREY/WILD, a.a.O., Rz. 1949; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 121; DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der "Bonusregelung" im Kartellrecht, 2007, S. 241, 634).

E. 16.3.7

Demgegenüber bestehen Sinn und Zweck der Feststellungskooperation nach Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG darin, den Wettbewerbsbehörden die Ermittlung des Sachverhalts und damit den Nachweis eines Verstosses – namentlich durch die Erschliessung andernfalls schwer zugänglicher Informationen und Beweismittel – zu erleichtern (vgl. Botschaft KG 2002, 2038 f.; KRAUSKOPF/SENN, Die Teilrevision des Kartellrechts – Wettbewerbspolitische Quantensprünge, sic! 2003, S. 15 f.; MARBACH/DUCREY/WILD, a.a.O., Rz. 1949; ZIMMERLI, a.a.O., S. 648). Dies soll dem Risiko begegnen, dass ein Verfahren, das die Wettbewerbsbehörden aus eigenem Antrieb – d.h. ohne vorgängige Selbstanzeige – eröffnen, aufgrund mangelnder Beweise blockiert oder übermässig erschwert wird (vgl. Erläuterungen KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 8 Abs. 1 Bst. b).

E. 16.3.8

Diese unterschiedlichen Zwecke spiegeln sich in den unterschiedlichen Voraussetzungen für eine Eröffnungs- und Feststellungskooperation wider. Die im Rahmen der Eröffnungskooperation vorgelegten Informationen müssen den Wettbewerbsbehörden die Eröffnung einer Untersuchung nach Art. 27 KG ermöglichen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG). Sie müssen dementsprechend einen hinreichenden Anfangsverdacht begründen (vgl. Erläuterungen KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 8 Abs. 1 Bst. a; Merkblatt des Sekretariats zur Bonusregelung vom 8. September 2014, Rz. 9; GRAF, a.a.O., 494 ff.; IZUMI/BAUR, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 27 N. 7;

TAGMANN/ZIRLICK, Schwächen und Risiken der Bonusregelung im schweizerischen Kartellrecht, Jusletter vom 10. August 2009, Rz. 26 ff.) und deshalb von einer gewissen Qualität sein (vgl. SCHALLER/KRAUSKOPF, Programme de clémence et sanctions cartellaires, *sic!* 2010, 78; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 132). Ein wesentliches Kriterium ist dabei der Konkretisierungs- und Detaillierungsgrad der vorgelegten Informationen (vgl. IZUMI/BAUR, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 27 N. 11). Blosser Behauptungen genereller Art genügen nicht; vielmehr müssen die Hinweise genügend substantiiert sein (vgl. Erläuterungen KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 8 Abs. 1 Bst. a). Eine Eröffnungskooperation ist deshalb solange möglich, als die Wettbewerbsbehörden nicht bereits über hinreichende Informationen zum jeweiligen Verstoss verfügen, welche zumindest die Eröffnung einer Vorabklärung ermöglichen (Art. 8 Abs. 3 SVKG; vgl. PICHT, in: OFK Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 8 SVKG N. 5; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 132 f., 136).

E. 16.3.9

Ein vollständiger Erlass der Sanktion im Rahmen der Feststellungskooperation setzt demgegenüber voraus, dass das Unternehmen Beweismittel vorlegt, welche den Wettbewerbsbehörden "ermöglichen", einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG "festzustellen" (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG), die mit anderen Worten den Nachweis des Verstosses ermöglichen (vgl. Merkblatt des Sekretariats zur Bonusregelung vom 8. September 2014, Rz. 14; DÄHLER/KRAUSKOPF, a.a.O., S. 146 f.; SOMMER, a.a.O., Rz. 20, 23; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 136; ZIMMERLI, a.a.O., S. 648, 673). Die eingereichten Beweismittel müssen somit für die Aufklärung und den Nachweis des Verstosses entscheidend sein (vgl. Erläuterungen KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 8 Abs. 1 und Abs. 4 Bst. b; KRAUSKOPF, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 49 Abs. 1-2 N. 74; PICHT, in: OFK Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 8 SVKG N. 4; in diesem Sinne auch EuGH, C-511/06, EU:C:2009:433, Rz. 150, Archer Daniels Midland). Dies dürfte bei Einzelsubmissionsabreden regelmässig nur dann der Fall sein, wenn die Selbstanzeigerin hinreichend konkrete Angaben zum untersuchten Projekt vorlegt. Entspre-

chend wird der vollständige Sanktionserlass nur gewährt, wenn die Wettbewerbsbehörden nicht bereits über ausreichende Beweismittel verfügen, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen (Art. 8 Abs. 4 Bst. b SVKG).

E. 16.3.10

Die Bestimmung von Art. 8 Abs. 2 SVKG legt für den vollständigen Erlass der Sanktion durch die Wettbewerbskommission sowohl im Rahmen der Eröffnungskooperation als auch der Feststellungskooperation weitere Voraussetzungen fest. Diese lauten – soweit vorliegend relevant – wie folgt: "Sie [Die Wettbewerbskommission] erlässt die Sanktion nur, wenn das Unternehmen: (...) der Wettbewerbsbehörde unaufgefordert sämtliche in seinem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel betreffend den Wettbewerbsverstoss unaufgefordert vorlegt (Bst. b), während der gesamten Dauer des Verfahrens

ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug mit der Wettbewerbsbehörde zusammenarbeitet (Bst. c) (...)." Nach dem klaren Wortlaut der Einleitung zu Art. 8 Abs. 2 SVKG stellt die uneingeschränkte Zusammenarbeit (franz: coopération) nach Bst. c eine Voraussetzung für einen vollständigen Erlass der Sanktion dar (vgl. auch E. 16.4.3). Dies ist im vorliegenden Fall auch unter den Verfahrensbeteiligten unbestritten (vgl. Beschwerde, Rz. 73 ff.) und entspricht herrschender Lehre (vgl. statt vieler KRAUSKOPF/SENN, a.a.O., S. 18 f.; PICHT, in: OFK Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 8 SVKG N. 13 ff. ["Erlasshinderungsgründe"]). Die gemäss Bst. b erforderliche unaufgeforderte Vorlage sämtlicher verfügbarer Informationen und Beweismittel ist zweifellos Teil der Kooperationsobliegenheit (vgl. BANGERTER/TAGMANN, Ausgewählte Themen zum Verfahrensrecht, in: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, 2006, S. 184; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 139h; vgl. zur Rechtsnatur als Obliegenheit E. 16.3.28).

E. 16.3.11

Weitere – vorliegend nicht strittige und aufgrund der Akten nicht in Frage zu stellende – Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der

B-645/2018

Seite 78

Sanktion sind nach Art. 8 Abs. 2 SVKG, dass die Selbstanzeigerin weder eine anstiftende oder führende Rolle im Wettbewerbsverstoss gespielt noch andere Unternehmen zur Teilnahme an diesem gezwungen hat (Bst. a) und es seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige oder auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörden hin einstellt (Bst. d).

E. 16.3.12

Der vollständige Erlass der Sanktion ist nach Art. 8 Abs. 1 SVKG einzig für den Erstanzeiger vorgesehen, sofern dieser auch die weiteren Voraussetzungen erfüllt. Dies soll unter denjenigen Unternehmen, die an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligt sind, einen Wettbewerb um den Erlass der Sanktion bewirken (vgl. Botschaft KG 2002, 2038; BANGERTER/TAGMANN, Ausgewählte Themen zum Verfahrensrecht, in: Roger Zäch [Hrsg.], Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, 2006, S. 182). Dieser Wettstreit – und damit auch die präventive Wirkung der Bonusregelung – würde nach der Überlegung des Gesetzgebers erlahmen, wenn mehreren Unternehmen ein vollständiger Erlass gewährt werden könnte. In einem solchen Fall hätten Unternehmen, die sich an einer wettbewerbswidrigen Abrede beteiligt haben, den Anreiz, vorerst abzuwarten, ob die Abrede überhaupt aufgedeckt wird, zumal sie allenfalls auch dann noch von einem vollständigen Erlass der Sanktion profitieren könnten, wenn ein anderes Unternehmen zuerst Selbstanzeige einreicht (vgl. Erläuterungen KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 8 Abs. 4 Bst. a; BANGERTER/TAGMANN, a.a.O., S. 182; ZIMMERLI, a.a.O., S. 674 f.). Dadurch, dass einzig der Erstanzeiger einen vollständigen Erlass erhalten kann, soll vielmehr ein Anreiz bestehen, eine mutmassliche Wettbewerbsbeschränkung so früh als möglich zu melden (vgl. KRAUSKOPF, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 49 Abs. 1-2 N. 79).

E. 16.3.13

Für die weiteren Selbstanzeiger sehen Art. 12 Abs. 1 und 2 SVKG eine Sanktionsreduktion von bis zu 50 Prozent des nach den Bestimmungen der Art. 3-7 SVKG berechneten

Sanktionsbetrags vor, sofern das Unternehmen "an einem Verfahren unaufgefordert mitgewirkt" (franz.: "a participé spontanément à une procédure") und im Zeitpunkt der Vorlage der

B-645/2018

Seite 79

Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat.

E. 16.3.14

Das Instrument der Sanktionsreduktion nach Art. 12 ff. SVKG ist auf Selbstanzeiger anwendbar, welche eine oder mehrere Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion nicht erfüllen. Es erfasst insbesondere Selbstanzeiger, die mangels zeitlicher Priorität für einen vollständigen Erlass der Sanktion nicht in Frage kommen (vgl. Erläuterungen KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 8 Abs. 4 Bst. a; DAVID/JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, N. 791; DÄHLER/KRAUSKOPF, a.a.O., S. 147; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 144; ZIMMERLI, a.a.O., S. 675). Inwieweit eine Reduktion der Sanktion nach Art. 12 ff. SVKG auch gegenüber Erstanzeigern in Betracht kommt, welche nicht umfassend mitgewirkt haben, ist nachfolgend zu beurteilen. (4) Auswirkungen von Einwänden des Selbstanzeigers

E. 16.3.15

Es stellt sich die Rechtsfrage, wie es sich unter dem Gesichtspunkt eines vollständigen Erlasses (Art. 8 SVKG) oder einer Reduktion der Sanktion (Art. 12 SVKG) nach der Bonusregelung verhält, wenn ein Selbstanzeiger im Verlauf des Verfahrens die in Frage stehende Wettbewerbsabrede bestreitet und dieser Einwand sich in der Folge als unbegründet erweist. Die Beurteilung eines solchen Einwands begegnet beim Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG zunächst der Schwierigkeit, dass eine trennscharfe Unterscheidung zwischen Einwänden zum Sachverhalt, d.h. insbesondere zum Vorliegen einer Abstimmung (tatsächliche Einwände) und zur rechtlichen Bewertung (rechtliche Einwände) kaum möglich erscheint. Hinzu kommt, dass Fehler in der Sachverhaltsfeststellung regelmässig auf Rechtsverletzungen zurückzuführen sind (vgl. ZIBUNG/HOFSTETTER, Praxis-kommentar VwVG, 3. Aufl. 2023, Art. 49 N. 36 ff.; Art. 105 Abs. 2 in fine des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Unter Einwänden des Selbstanzeigers werden deshalb nachfolgend sowohl tatsächliche als auch rechtliche Einwände verstanden.

B-645/2018

Seite 80

E. 16.3.16

Zur Beantwortung der vorliegenden Frage ist zunächst die formell-gesetzliche Grundnorm von Art. 49a Abs. 2 KG auszulegen. Denn die Regelungen der SVKG über den vollständigen Erlass und die Reduktion der Sanktion nach der Bonusregelung (Art. 8 ff. SVKG) beruhen nicht auf einer Delegationsnorm, sondern sind – wie erwähnt – blosse Ausführungs- bzw. Vollzugsbestimmungen zu Art. 49a Abs. 2 KG (Art. 60 KG; E. 15.1.8). Auf sie ist deshalb erst im Anschluss an die Auslegung der gesetzlichen Grundnorm einzugehen (vgl. E. 16.4).

E. 16.3.17

Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut einer Bestimmung (vgl. BGE 131 II 697 E. 4.1). Die Bestimmung von Art. 49a Abs. 2 KG (vgl. zu deren Wortlaut E. 16.3.1) setzt für einen vollständigen Erlass oder eine Reduktion der Sanktion voraus, dass das betreffende Unternehmen "mitwirkt". Die Mitwirkung muss sich gemäss Wortlaut der Bestimmung auf die Aufdeckung und die Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung beziehen. Im allgemeinen Sprachgebrauch wird unter dem Begriff der Aufdeckung die Aufklärung eines Sachverhalts verstanden (vgl. PHILIPPE SPITZ, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, sic! 2004, 553 ff., 557). Dies deutet darauf hin, dass "Mitwirkung" im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG primär die Unterstützung der Wettbewerbsbehörden bei der Ermittlung des Sachverhalts bedeutet (vgl. KRAUSKOPF/SENN, a.a.O., 16).

E. 16.3.18

In gleicher Weise hat auch die Kronzeugenregelung im EU-Kartellrecht zum Zweck, es den EU-Wettbewerbsbehörden zu ermöglichen oder zu erleichtern, wettbewerbswidriges Verhalten aufzudecken und nachzuweisen (vgl. Mitteilung der EU-Kommission über die Zusammenarbeit, Rz. 1 ff.). Gemäss Praxis der EU-Gerichte ist die Herabsetzung der Sanktion aufgrund einer Kooperation des Unternehmens im Verwaltungsverfahren deshalb nur gerechtfertigt, wenn eine solche Zusammenarbeit die Aufgabe der Kommission erleichtert, eine Zuwiderhandlung festzustellen (vgl. EuGH, C-297/98, EU:C:2000:633, Rz. 36, SCA Holding; C-325/05, EU:C:2007:277, Rz. 83, SGL Carbon; C-189/02, EU:C:2005:408, Rz. 399,

B-645/2018

Seite 81

Dansk Rørindustri; in diesem Sinne auch EuGH, C-181/11, EU:C:2013:404, Rz. 48, Schenker). Angesichts dieser in Bezug auf die zu beurteilenden Rechtsfragen vergleichbaren Regelungen in der Schweiz und der EU können – entsprechend dem vom Bundesgericht entwickelten Grundsatz der parallelen Rechtslage – die Rechtsgrundlagen und die Rechtsprechung der EU unter rechtsvergleichenden Gesichtspunkten auch in der Schweiz als Informationsquellen und rechtsvergleichende Prämissen im Rahmen eines freiwilligen Nachvollzugs angesehen und nutzbar gemacht werden (vgl. BGE 147 II 72 E. 3, Hors-Liste Medikamente Pfizer; BGE 143 II 297 E. 6.2.3, Gaba; Urteil des BVGer B-7834/2015 vom 16. August 2022 E. 9.3.6).

E. 16.3.19

Da die Mitwirkung nach Art. 49a Abs. 2 KG – wie erwähnt (vgl. E. 16.3.17) – vorab die Aufklärung des Sachverhalts betrifft, umfasst sie in erster Linie die Vorlage und damit die tatsächliche Übergabe von Beweismitteln und hierfür geeigneten Informationen (vgl. DÄHLER, a.a.O., Rz. 14 ["Informationen und Unterlagen"]; KRAUSKOPF/SENN, a.a.O., S. 18 f. ["Informationen und Unterlagen"]; SOMMER, a.a.O., Rz. 26 ["Informationen und Beweise"]; RICHARD STÄUBER, Kartellrechtliche Konzernhaftung und ihre Bedeutung für Unternehmenstransaktionen, GesKR 2020, 97; TAG-MANN/ZIRLICK, Schwächen und Risiken der Bonusregelung im schweizerischen Kartellrecht, Jusletter vom 10. August 2009, Rz. 32 ff.). Dies steht im Einklang mit dem Grundsatz, dass die Wettbewerbsbehörden das Recht von Amtes wegen anzuwenden haben (*iura novit curia*) und nicht an die rechtlichen Bewertungen der Parteien des Untersuchungsverfahrens

gebunden sind (Art. 62 Abs. 4 VwVG; vgl. HÄBERLI, Praxiskommentar VwVG, 3. Aufl. 2023, Art. 62 N. 43 ff.). Es ist dementsprechend Sache der Wettbewerbsbehörden zu beurteilen, ob ein bestimmtes Verhalten eines Unternehmens als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist.

B-645/2018

Seite 82

E. 16.3.20

Die Mitwirkung an der Aufdeckung eines Sachverhalts kann we- sensgemäss unterschiedliche Grade aufweisen (vgl. in diesem Sinne AN- DREAS WEITBRECHT, Die Kronzeugenmitteilung in EG-Kartellsachen, EuZW 1997, 557). Selbst bei Einwänden gegen die in Frage stehende Wettbewerbsabrede kann je nach Beitrag zur Aufdeckung der Wettbe- werbsbeschränkung von einer – wenn auch beschränkten – Mitwirkung ausgegangen werden. Demgegenüber beinhaltet eine umfassende Mitwir- kung in der Regel auch ein "Eingeständnis" des Selbstanzeigers in Form einer Selbstbezeichnung, sich an der in Frage stehenden Wettbewerbsab- rede beteiligt zu haben. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Anwendbarkeit der Bonusregelung eine in jeder Hinsicht umfassende Mitwirkung des Selbstanzeigers im Sinne auch eines Verzichts auf Einwände und insoweit auf Rechtsschutz voraussetzt. Eine solche Auslegung von Art. 49a Abs. 2 KG hätte zur Folge, dass Einwände in der Regel zum Verlust des Selbstanzeigerstatus führten. Der Wortlaut der gesetzlichen Grundbestimmung präzisiert das Merkmal der Mitwirkung insoweit nicht. Er gibt keine Aufschlüsse darüber, ob die Mitwirkung ein "Eingeständnis" des Selbstanzeigers in Form einer Selbst- bezeichnung voraussetzt, sich an der in Frage stehenden Wettbewerbsab- rede beteiligt zu haben.

E. 16.3.21

In beweisrechtlicher Hinsicht ist festzuhalten, dass eine Selbstbe- zeichnung als Parteiauskunft den Wettbewerbsinstanzen zwar als Beweis- mittel dienen kann (Art. 12 Bst. b VwVG). Sie stellt jedoch lediglich eines von mehreren möglichen Beweismitteln für eine Wettbewerbsabrede dar, kommen doch als weitere mögliche Beweismittel etwa auch Urkunden und Auskünfte oder Zeugniaussagen Dritter in Betracht (Art. 12 Bst. a und c VwVG, Art. 14 Abs. 1 Bst. d VwVG). Hinzu kommt, dass die Einreichung von Selbstanzeigen grundsätzlich nichts an der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes (Art. 12 VwVG) so-

B-645/2018

Seite 83

wie des Beweismasses (vgl. E. 7.3.2.1 f.) ändert und Aussagen von Selbst- anzeigern der freien Beweiswürdigung unterliegen (Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 BZP; vgl. Urteil des BGer 2C_845/2018 vom 3. August 2020 E. 4.1.1, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht und Urteile des BVGer B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 4.4, 4.4.5 ff., Baube- schläge Siegenia [aufgehoben]; B-771/2012 vom 25. Juni 2018 E. 6.5.5.4, Cellere; B-10/2014 vom 16. November 2022 E. 9.2.5, Luftfracht). Zudem können vorbestehende schriftliche Unterlagen einen grösseren Beweis- wert haben als Parteiauskünfte (rechtsvergleichend siehe Mitteilung der EU-Kommission über die Zusammenarbeit, Rz. 25). Dies legt den Schluss nahe, dass eine Selbstbezeichnung nicht in jedem Fall notwendiger Inhalt einer Mitwirkung sein muss.

E. 16.3.22

Insgesamt resultiert aus dem Wortlaut der Bestimmung von Art. 49a Abs. 2 KG keine eindeutige Antwort auf die Frage, ob die Anwendbarkeit der Bonusregelung voraussetzt, dass die darin vorgesehene Mitwirkung des Selbstanzeigers in jeder Hinsicht umfassend sein muss. Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung erschliesst sich demzufolge nicht klar, ob der Umstand, dass ein Selbstanzeiger nachträglich, d.h. nach Einreichung seiner Selbstanzeige und der Übergabe der entsprechenden Unterlagen und Beweismittel, Einwände gegen die untersuchte Wettbewerbsabrede erhebt, der Anwendung der Bonusregelung entgegensteht. Vielmehr enthält der Wortlaut keine Antwort auf die Frage, ob ein Selbstanzeiger auf die Erhebung von Einwänden und insoweit auf Rechtsschutz verzichten muss.

E. 16.3.23

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich bislang lediglich mit einzelnen Teilaspekten der Bonusregelung, nicht jedoch mit dieser sich hier erstmals stellenden Frage befasst. Es hat in seinen Urteilen in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau und Musik Hug festgehalten, dass ein Selbstanzeiger überzeugend und auf die vorgeschriebene Weise mit der Wettbewerbsbehörde kooperieren müsse, um einen vollständigen Erlass oder eine Reduktion der Sanktion zu erhalten. Dabei verwies das Bundesverwaltungsgericht auf die Bestimmungen von Art. 8 Abs. 2 Bst. c und Art. 12 Abs. 1 SVKG (vgl. zu deren Wortlaut E. 16.3.10 bzw. 16.3.13). Zu

B-645/2018

Seite 84

einer ausreichenden Kooperation eines Selbstanzeigers gehöre auch, dass dieser den Wettbewerbsbehörden nach bestem Wissen zutreffende Informationen und Beweismittel zur angezeigten Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung liefert (vgl. Urteile des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.5.5.5, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht; B-807/2012 E. 8.5.5.5, Erne; B-829/2012 E. 7.5.5.5 Granella; B-771/2012 Cellere; B-823/2016 vom 2. April 2020 E. 4.1.1, Musik Hug; B-710/2014 vom 16. November 2022 E. 9.2.3, Luftfracht). Für die vorliegende Fragestellung ergeben sich aus diesen allgemeinen Erwägungen jedoch keine klaren Rückschlüsse. Soweit der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) in Rede steht, ist an anderer Stelle darauf einzugehen (vgl. E. 17.4.21 ff.).

E. 16.3.24

Ist der Wortlaut der relevanten Bestimmung nicht klar und sind – wie vorliegend – verschiedene Interpretationen möglich, so ist auf die übrigen Auslegungselemente zurückzugreifen. Abzustellen ist namentlich auf den Zweck der Regelung (vgl. E. 16.3.26) und auf die systematische Stellung der Norm (vgl. E. 16.3.27). Die Gesetzesmaterialien dienen dabei als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen (vgl. BGE 125 II 192 E. 3a m.w.H.; BVGE 2015/45 E. 3.3 m.H.; vgl. E. 16.3.25).

E. 16.3.25

Aus der Entstehungsgeschichte zur Bestimmung von Art. 49a Abs. 2 KG, die im Verlauf der parlamentarischen Beratung unverändert geblieben ist, ergeben sich zu den Absichten des Gesetzgebers in Bezug auf die vorliegend zu behandelnden Fragen ebenfalls keine eindeutigen Hinweise. Weder in der Botschaft des Bundesrats noch in der parlamentari-

schen Beratung wurde die Frage der Sanktionsreduktion auch bei nachträglichen Einwänden ausdrücklich erörtert (vgl. AB 2002 N 1290 ff.; AB 2003 S 317 ff.; M. REINERT, Das Flickwerk Kartellverfahrensrecht, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz [Hrsg.], Kartellrechtspraxis: Missbrauch von Marktmacht, Verfahren, Revision, 2013, S. 113). In der Botschaft findet sich lediglich die Aussage, dass die schweizerische Bonusregelung im Gegensatz zu gewissen ausländischen Normen "flexibel ausgestaltet sein" soll. Es soll, so die Botschaft in diesem Zusammenhang, von den pflichtgemäss

B-645/2018

Seite 85

gewürdigten Umständen des Einzelfalls abhängen, "ob und in welchem Umfang" ein kooperierendes Unternehmen von einem Bonus profitiere (vgl. Botschaft KG 2002, 2038 f.). Diese Ausführungen in der Botschaft deuten sowohl für den Tatbestand als auch für die Rechtsfolge von Art. 49a Abs. 2 KG darauf hin, dass der Gesetzgeber anstelle eines Alles-oder-nichts-Ansatzes einen abgestuften Ansatz vor Augen hatte, wonach die Wettbewerbsbehörden bei der Frage, ob und in welchem Umfang die Sanktion nach der Bonusregelung zu reduzieren ist, ein pflichtgemäss und unter Würdigung aller relevanten Umstände auszuübendes Ermessen haben sollen (vgl. KRAUSKOPF, DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 49a N. 70; PICHT, in: OFK Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 8 SVKG N. 2, Art. 12 SVKG N. 11). In diesem Sinne kann die Bonusregelung auch in Fällen anwendbar sein, in denen die Mitwirkung eines Selbstanzeigers nicht umfassend war. Es ergeben sich aus den Materialien jedenfalls keine Hinweise darauf, dass die Bonusregelung einzig dann anwendbar sein soll, wenn der Selbstanzeiger uneingeschränkt mitgewirkt hat.

E. 16.3.26

Im Rahmen der teleologischen Auslegung von Art. 49a Abs. 2 KG ist denn auch der Zweck des Instruments der Bonusgewährung zu berücksichtigen, die Aufdeckung und den Nachweis von Kartellrechtsverstössen zu erleichtern (Aufdeckungs- und Verfahrenshilfe; vgl. E. 16.3.4). Die Rechtfertigung für den vollständigen Erlass oder die Reduktion der Sanktion liegt in diesem Lichte nicht (oder nicht in erster Linie) im Umstand, dass ein an einer Wettbewerbsabrede beteiligtes Unternehmen sich selbst anzeigt, sondern dass es die Aufklärung und den Nachweis des in Frage stehenden Verstosses wesentlich fördert (vgl. DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der "Bonusregelung" im Kartellrecht, 2007, S. 648). Erhebt ein Selbstanzeiger Einwände gegen eine Wettbewerbsabrede, deren Prüfung zu einem zusätzlichen Aufwand der Wettbewerbsinstanzen führt, kann ein solches Verhalten grundsätzlich als im Widerspruch zur

B-645/2018

Seite 86

Zwecksetzung der Verfahrensvereinfachung stehend beurteilt werden. Ein vollständiger Erlass der Sanktion kommt dann grundsätzlich nicht in Betracht (vgl. E.16.3.33). Es ist jedoch durchaus denkbar, dass der Selbstanzeiger trotz entsprechender Einwände durch unaufgeforderte Vorlage von Beweismitteln einen objektiven und erheblichen Beitrag zur Aufdeckung und zum Nachweis des in Rede stehenden Sachverhalts erbracht hat. In einem solchen Fall kann es im Lichte der aufgezeigten Ziele der Bonusregelung geboten oder

zumindest sachgerecht erscheinen, diese Mitwirkung durch eine Reduktion der Sanktion zu honorieren.

E. 16.3.27

Mit Blick auf die systematische Stellung von Art. 49a Abs. 2 KG ist festzuhalten, dass der dritte Absatz von Art. 49a weitere Konstellationen vorsieht, bei denen die Belastung mit einer Verwaltungsanktion entfällt. Hervorzuheben ist der Tatbestand, dass das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet (Art. 49a Abs. 3 Bst. a Satz 1 KG; sog. Meldeverfahren). Diese Rechtsfolge tritt nicht ein, wenn dem Unternehmen innert fünf Monaten nach der Meldung die Eröffnung eines Verfahrens nach den Bestimmungen der Art. 26-30 KG mitgeteilt wird und das Unternehmen danach an der Wettbewerbsbeschränkung festhält (Satz 2). Damit regelt Satz 2 den Fall, dass das betreffende Unternehmen ungeachtet der – durch die Eröffnung einer Vorabklärung oder einer Untersuchung zum Ausdruck gebrachten – kartellrechtlichen Bedenken der Wettbewerbsbehörde an dem gemeldeten Verhalten festhält. Es kann jedoch offengelassen werden, welche Schlussfolgerungen hieraus für die vorliegende Fragestellung zu ziehen sind, zumal – wie an anderer Stelle darzulegen sein wird (vgl. E. 17.4.21 ff.) – der Beschwerdeführerin kein offenkundig treuwidriges Verhalten vorgeworfen werden kann.

E. 16.3.28

Die Mitwirkung im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG ist abzugrenzen von den allgemeinen gesetzlichen Mitwirkungspflichten der Parteien eines Verwaltungsverfahrens nach Art. 13 VwVG. Diese werden in Kartellverwaltungsverfahren durch die Auskunftspflicht nach Art. 40 KG konkretisiert und erweitert (vgl. Erläuterungen KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 8 Abs. 2

B-645/2018

Seite 87

Bst. c; BANGERTER/TAGMANN, a.a.O., S. 185; SCHALLER/BANGERTER, Gedanken zum Ablauf kartellrechtlicher Hausdurchsuchungen, AJP 2005, 1237), die gemäss Art. 52 KG strafbewehrt und insoweit – soweit mit dem nemo tenetur-Grundsatz vereinbar (vgl. E. 18.3) – mittelbar durchsetzbar ist. Danach haben sowohl Beteiligte an Abreden und an Zusammenschlüssen als auch marktmächtige Unternehmen und betroffene Dritte den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Unterlagen vorzulegen (vgl. Urteile des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 E. 81, Swisscom ADSL; B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 5, Gaba; B-3882/2021 vom 16. Februar 2023 E. 4). Demgegenüber stellt die Mitwirkung des Selbstanzeigers im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG keine durchsetzbare Rechtspflicht dar. Sie erfolgt denn auch nicht aufgrund eines auf gesetzliche Mitwirkungs- und Auskunftspflichten (vgl. E. 6) gestützten Auskunftsbegehrens. Vielmehr hat die Mitwirkung unaufgefordert, d.h. freiwillig und aus eigenem Antrieb, zu erfolgen. Der Verordnungsgeber hat dies in Art. 8 Abs. 2 Bst. b und Art. 12 Abs. 1 SVKG ausdrücklich festgehalten (vgl. zu deren Wortlaut E. 16.3.10; 16.3.13). Die Mitwirkung ist deshalb rechtlich eine Obliegenheit (vgl. Vernehmlassung, Rz. 14).

E. 16.3.29

Führen die anerkannten Auslegungsmethoden – wie vorliegend – zu unterschiedlichen Deutungen der relevanten Normen, ist jenes Ergebnis zu wählen, das der Verfassung am

ehesten entspricht (sog. verfassungs- konforme Auslegung; vgl. BGE 105 Ib 49 E. 3; 146 V 271 E. 5.1; HÄFE- LIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, N. 194).

E. 16.3.30

Legt man die Bestimmung von Art. 49a Abs. 2 KG zudem im Lichte des Verfassungsgrundsatzes der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) aus, erscheint es als problematisch, einem Selbstanzeiger einzig in Fällen eine Sanktionsreduktion zu gewähren, in denen er uneingeschränkt und

B-645/2018

Seite 88

umfassend mitgewirkt hat. Anstelle eines solchen restriktiven Ansatzes entspricht es in Fällen, in denen der Selbstanzeiger unaufgefordert einen erheblichen Beitrag bei der Aufdeckung des in Rede stehenden Sachverhalts erbracht hat, dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit eher, unterschiedliche Grade der Mitwirkung bei der Festlegung der Höhe der Sanktionsreduktion zu berücksichtigen (vgl. zur Bemessung der Reduktion E. 16.4.11 ff.). Ein solcher Ansatz steht nicht zuletzt auch im Einklang mit dem öffentlichen Interesse an einer attraktiven Bonusregelung. 16.3.31 Für einen solchen Ansatz spricht auch, dass staatliches Handeln gemäss dem Verfassungsgrundsatz der Gesetzmässigkeit (Art. 5 Abs. 1 BV) rechtssatzmässig hinreichend bestimmt normiert und insoweit vorhersehbar sein muss (vgl. BGE 147 I 450 E. 3.2.1). Es erscheint deshalb zweifelhaft, ob die mit der diesbezüglich wenig bestimmten Regelung in Art. 49a Abs. 2 KG verbundene Offenheit und fehlende Vorhersehbarkeit zulasten eines Selbstanzeigers gehen dürfen. Vielmehr drängt sich die Frage auf, weshalb der Gesetzgeber, wenn er denn eine umfassende Mitwirkung unter Einschluss einer vorbehaltlosen Selbstbezeichnung zur Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Bonusregelung im allgemeinen und für die Reduktion der Sanktion im Besonderen hätte machen wollen, dies nicht – wie der Verordnungsgeber das in Bezug auf einen vollständigen Erlass der Sanktion in Art. 8 SVKG getan hat (vgl. E. 16.4.3) – ausdrücklich normiert hat (vgl. M. REINERT, Das Flickwerk Kartellverfahrensrecht, in: Hochreuter/Stoffel/Amstutz [Hrsg.], Kartellrechtspraxis: Missbrauch von Marktmacht, Verfahren, Revision, 2013, S. 113). 16.3.32 Bei einer verfassungskonformen Auslegung von Art. 49a Abs. 2 KG ist sodann zu berücksichtigen, dass auch Selbstanzeiger Träger der verfassungs- und völkerrechtlich verankerten Verteidigungsrechte sind (Art. 29 ff. BV, Art. 6 EMRK; vgl. GÜNTHER HEINE, Zuckerbrot und Peitsche: Zur Kronzeugenregelung nach Kartellgesetz, in: Festschrift für Franz Riklin, 2007, 425; KRAUSKOPF, DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 49a N. 78; WEITBRECHT, a.a.O., 557 f.; zur strafrechtsähnlichen Rechtsnatur von Kartellrechtssanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG vgl. E. 18.3). Es wäre deshalb

B-645/2018

Seite 89

mit den Verteidigungsrechten kaum vereinbar, wenn Einwände eines Selbstanzeigers von vornherein und unbesehen der spezifischen Umstände des Einzelfalls zu dessen Ausschluss aus der Bonusregelung führen. Entsprechend umfasst die Einreichung einer Selbstanzeige keinen Verzicht auf die Erhebung von Einwänden im Untersuchungs- oder im nachfolgenden Sanktionsverfahren. In diesem Sinne hat das Bundesverwaltungsgericht

in seinem im Jahr 2014 ergangenen Urteil in Sachen Baubeschläge SFS unimarket festgehalten, dass die Einreichung einer Selbstanzeige auf die Verteidigungsrechte grundsätzlich keinen Einfluss habe. "Mitwirken" im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG dürfe nicht ausschliessen, dass zu einem späteren Zeitpunkt des Verfahrens eine divergierende Rechtsauffassung vertreten werde (vgl. Urteil des BVGer B-8404/2010 vom 23. September 2014 E. 4.6, 4.9, Bau- beschläge SFS unimarket; Urteil des BVGer B-823/2016 vom 2. April 2020 E. 4.1.1, 4.1.2, Musik Hug; in diesem Sinne auch KRAUSKOPF, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 49 Abs. 1-2 N. 92; PICHT, in: OFK Wettbewerbs- recht II, 2. Aufl. 2021, Art. 8 SVKG N. 16; DANIEL ZIMMERLI, Urteile des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen "Fensterbeschläge" – Urteilsbe- sprechung, dRSK 2015, Rz. 10 ff.). 16.3.33 Im Lichte dieser differenzierenden Erwägungen setzt Art. 49a Abs. 2 KG lediglich für einen vollständigen Erlass der Sanktion eine um- fassende Mitwirkung des Selbstanzeigers voraus; vorbehalten bleibt die Wahrnehmung elementarer Verteidigungsrechte. Die Rechtswohltat des vollen Erlasses erscheint einzig in einem solchen Fall sachgerecht. Dieses Auslegungsergebnis wird durch die Regelung in der SVKG bestätigt (vgl. E. 16.4). Aus diesen Gründen fällt ein vollständiger Erlass der Sanktion re- gelmässig ausser Betracht, wenn ein Selbstanzeiger rechtliche oder tat- sächliche Einwände gegen eine unzulässige Wettbewerbsabrede erhebt. Es braucht im vorliegenden Fall nicht beurteilt zu werden, wie es sich bei rechtlichen Einwänden eines Selbstanzeigers verhält, die nicht gegen die

B-645/2018

Seite 90

Kartellrechtswidrigkeit des eigenen Verhaltens gerichtet sind, sondern an- dere Rechtsfragen, wie etwa die Qualifikation des eigenen Verhaltens als sanktionierbare Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG zum In- halt haben. Demgegenüber schliessen Einwände eines Selbstanzeigers eine Reduk- tion der Sanktion nach der Bonusregelung nicht von vornherein aus. Viel- mehr kann eine Reduktion der Sanktion unter dem Aspekt der Bonusrege- lung auch dann angezeigt sein, wenn der Selbstanzeiger trotz Einwänden unaufgefordert einen erheblichen Beitrag zur Aufdeckung der Wettbe- werbsbeschränkung erbracht hat. 16.3.34 Das Tatbestandsmerkmal der Mitwirkung im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG ist deshalb in einem weiten, d.h. unterschiedliche Grade umfas- senden Sinne zu verstehen. Hierfür sprechen die teleologische, die histo- rische sowie die verfassungs- und völkerrechtskonforme Auslegung unter Einbezug der Verteidigungsrechte des Selbstanzeigers (vgl. E. 16.3.29). Dementsprechend kann ein Selbstanzeiger auch in Fällen an der Aufde- ckung und am Nachweis eines Wettbewerbsverstosses im Sinne der er- wähten Bestimmung mitwirken, in denen seine Mitwirkung – etwa infolge von rechtlichen oder tatsächlichen Einwänden – nicht in jeder Hinsicht un- eingeschränkt und umfassend war. Die Auslegung von Art. 49a Abs. 2 KG spricht somit dafür, einem Selbstan- zeiger, der insgesamt einen erheblichen und objektiv messbaren Beitrag zur Aufdeckung der Wettbewerbsbeschränkung erbracht hat, selbst in Fäl- len eine Sanktionsreduktion zu gewähren, in denen er Einwände gegen die in Frage stehende Wettbewerbsabrede erhoben und damit nur einge- schränkt mitgewirkt hat. Eine nicht in allen Teilen des Verfahrens und mit Bezug auf sämtliche Verhaltensweisen umfassende Mitwirkung eines Selbstanzeigers schliesst demnach eine Sanktionsreduktion unter dem As- pekt der Bonusregelung nicht von vornherein und gänzlich aus.

B-645/2018

E. 16.4

Ausgehend von diesem Auslegungsergebnis sind die Voraussetzungen des vollständigen Erlasses gemäss Art. 8 ff. SVKG einerseits und der Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 ff. SVKG andererseits zu betrachten. Verordnungsrecht ist gesetzeskonform auszulegen (vgl. BGE 131 V 263 E. 5).

E. 16.4.1

Zu berücksichtigen sind zunächst der Wortlaut und der systematische Aufbau der Bestimmungen der SVKG über die Bonusregelung: Während der 3. Abschnitt der SVKG gemäss seiner Überschrift ("Vollständiger Erlass der Sanktion"; Art. 8-11 SVKG) den vollständigen Erlass der Sanktion regelt, normiert der 4. Abschnitt die "Reduktion der Sanktion" (Art. 12-14 SVKG).

E. 16.4.2

Die Regelung in Art. 8 SVKG im 3. Abschnitt: "Vollständiger Erlass der Sanktion" trägt die Marginalie "Voraussetzungen" und erfasst nach ihrem Wortlaut – im Einklang mit ihrer systematischen Einordnung – den vollständigen Erlass der Sanktion. Die Bestimmung lautet im Wortlaut wie folgt: "1 Die Wettbewerbskommission erlässt einem Unternehmen die Sanktion vollständig, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 5 Absätze 3 und 4 KG anzeigt und als Erstes: a. Informationen liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, ein kartellrechtliches Verfahren gemäss Artikel 27 KG zu eröffnen; oder b. Beweismittel vorlegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Artikel 5 Absätze 3 oder 4 KG festzustellen. 2 Sie erlässt die Sanktion nur, wenn das Unternehmen: a. kein anderes Unternehmen zur Teilnahme an dem Wettbewerbsverstoss gezwungen hat und nicht die anstiftende oder führende Rolle im betreffenden Wettbewerbsverstoss eingenommen hat; b. der Wettbewerbsbehörde unaufgefordert sämtliche in seinem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel betreffend den Wettbewerbsverstoss vorlegt;

B-645/2018

Seite 92

c. während der gesamten Dauer des Verfahrens ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug mit der Wettbewerbsbehörde zusammenarbeitet; d. seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige oder auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörde einstellt."

E. 16.4.3

Die Einleitung zu Art. 8 Abs. 2 SVKG ("Sie erlässt die Sanktion nur, wenn das Unternehmen [...]") macht deutlich, dass die Vorinstanz die Sanktion nur unter bestimmten Voraussetzungen "erlässt", wozu unter anderem die "ununterbrochene", "uneingeschränkte" und "ohne Verzug" getätigte Zusammenarbeit (Bst. c) gehört (vgl. E. 16.3.10). Eine solche umfassende Zusammenarbeit stellt demzufolge nach dem klaren Wortlaut der Bestimmung eine Voraussetzung für einen vollständigen Erlass der Sanktion dar (vgl. E. 16.3.10 ff.). Demzufolge stimmt der Wortlaut der Bestimmung von Art. 8 SVKG mit dem Ergebnis der Auslegung von Art. 49a Abs. 2 KG überein, dass ein vollständiger Erlass der Sanktion nach der Bonusregelung eine umfassende Mitwirkung

voraussetzt (vgl. E. 16.3.33).

E. 16.4.4

Die Bestimmungen von Art. 12 Abs. 1 und 2 SVKG im 4. Abschnitt der SVKG über die "Reduktion der Sanktion" (unter der Marginalie "Voraussetzungen") lauten im Wortlaut demgegenüber wie folgt [Hervorhebungen hinzugefügt]: "Die Wettbewerbskommission reduziert die Sanktion, wenn ein Unternehmen an einem Verfahren unaufgefordert mitgewirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat" (Abs. 1). "Die Reduktion beträgt bis zu 50 Prozent des nach den Artikeln 3–7 berechneten Sanktionsbetrags. Massgebend ist die Wichtigkeit des Beitrags des Unternehmens zum Verfahrenserfolg" (Abs. 2).

B-645/2018

Seite 93

E. 16.4.5

Art. 12 SVKG setzt demnach für eine Sanktionsreduktion die "unaufgeforderte Mitwirkung am Verfahren" voraus; eine umfassende Mitwirkung ist nach dem Wortlaut der Verordnungsbestimmung nicht erforderlich. Es fehlt zudem im 4. Abschnitt der SVKG über die "Reduktion der Sanktion" eine mit Art. 8 Abs. 1 und 2 SVKG vergleichbare Bestimmung, die vorsieht, dass das Unternehmen "seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 5 Absätze 3 und 4 KG anzeigt" und uneingeschränkt zusammenarbeitet. Die SVKG enthält sodann keine Norm, welche die Geltung der Bestimmungen des 3. Abschnitts der SVKG über den vollständigen Erlass der Sanktion auf deren 4. Abschnitt über die Reduktion der Sanktion erstreckt.

E. 16.4.6

Es stellt sich damit die Frage, ob die Bestimmung von Art. 8 SVKG sinngemäss auch für die bonusrechtliche Sanktionsreduktion gilt. Die systematische Einordnung von Art. 12 SVKG in einem eigenständigen Abschnitt über die "Reduktion der Sanktion" und ihre Marginalie ("Voraussetzungen") legen jedoch den Schluss nahe, dass diese Bestimmung keine blosse Ergänzung zu Art. 8 SVKG über den vollständigen Sanktionserlass darstellt, sondern Anforderungen an eine Sanktionsreduktion festlegt, die von letzterer Bestimmung unabhängig sind (vgl. auch PICH, in: OFK Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 8 N. 19 und Art. 12 SVKG N. 1).

E. 16.4.7

Die Systematik der Verordnung spricht somit gegen eine direkte oder sinngemässe Anwendbarkeit der Bestimmung von Art. 8 SVKG über den vollständigen Erlass und der darin festgelegten Voraussetzung der umfassenden Zusammenarbeit auf die Sanktionsreduktion nach Art. 12 ff. SVKG. Vielmehr ist das Tatbestandsmerkmal der Mitwirkung nach Art. 12 Abs. 1 SVKG in diesem Lichte weit zu verstehen, weshalb auch unterschiedliche Grade der Mitwirkung vom Tatbestand erfasst sein können. Dies steht im Einklang mit der Auslegung von Art. 49a Abs. 2 KG (vgl. E. 16.3.34).

B-645/2018

Seite 94

E. 16.4.8

Es bleibt zu prüfen, ob die weiteren bonusrechtlichen Bestimmungen in der SVKG zum selben Ergebnis einer abschliessenden Regelung führen. Die Bestimmung von Art. 13 Abs. 1 SVKG, welche die Marginalie "Form und Inhalt der Kooperation" trägt und im 4. Abschnitt über die "Reduktion der Sanktion" normiert ist, konkretisiert die Obliegenheit zur Mitwirkung (vgl. E. 16.3.28). Sie lautet wie folgt: "Das Unternehmen legt der Wettbewerbsbehörde die nötigen Informationen zum anzeigenden Unternehmen, zur Art des angezeigten Wettbewerbsverstosses, zu den an diesem Verstoß beteiligten Unternehmen und zu den betroffenen bzw. relevanten Märkten vor."

E. 16.4.9

Es fällt auf, dass der Wortlaut von Art. 13 Abs. 1 SVKG mit demjenigen von Art. 9 Abs. 1 Satz 1 SVKG, der im 3. Abschnitt über den "Vollständige[n] Erlass der Sanktion" steht, nahezu identisch ist. Dies könnte zunächst als Hinweis darauf gewertet werden, dass der Verordnungsgeber dieselben Anforderungen an "Form und Inhalt der Kooperation" festlegen wollte. So halten auch die Erläuterungen der Vorinstanz zur SVKG in Bezug auf Art. 13 SVKG fest, das Unternehmen müsse "im Sinne von Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe b" während des Verfahrens mit der Wettbewerbsbehörde zusammenarbeiten (Erläuterungen KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 13 Abs. 1 Satz 2). Die Erläuterungen halten jedoch nicht ausdrücklich fest, dass eine umfassende Mitwirkung unabdingbare Voraussetzung für eine blosser Sanktionsreduktion nach der Bonusregelung sei; vielmehr enthalten sie keine weiteren Begründungen oder Ausführungen über die Rechtsfolgen einer nicht umfassenden Mitwirkung. In ähnlicher Weise wird im Schrifttum mitunter die Ansicht vertreten, die Mitwirkung eines Selbstanzeigers zur Erlangung einer Sanktionsreduktion habe betreffend Form und Inhalt "über weite Strecken" den Erfordernissen an einen vollständigen Erlass zu genügen (vgl. KRAUSKOPF/CARRON, Die Schweizer Kartellrechtsnovelle, WuW 2004, S. 505), ohne jedoch die Auswirkungen einer nicht

B-645/2018

Seite 95

umfassenden Mitwirkung näher zu erörtern (vgl. BABEY/CANAPA, Die Bonusregelung im Schweizer Kartellrecht, SJZ 2016, S. 515; DAVID/JACOBS, a.a.O., N. 794; SCHALLER/KRAUSKOPF, a.a.O., S. 80).

E. 16.4.10

Dem Wortlaut von Art. 13 Abs. 1 SVKG lässt sich jedoch keine Aussage dazu entnehmen, welche Auswirkungen im Verlauf des Verfahrens erhobene Einwände eines Selbstanzeigers gegen die untersuchte Wettbewerbsabrede auf eine allfällige Sanktionsreduktion haben. Aus der Bestimmung ergibt sich jedenfalls nicht, dass ein Selbstanzeiger einzig in denjenigen Fällen eine Reduktion der Sanktion erhalten kann, in denen er bei der Aufdeckung der Wettbewerbsbeschränkung uneingeschränkt mitgewirkt hat. Aus der Rechtsnatur der Mitwirkung als Obliegenheit (vgl. E. 16.3.28) ergibt sich zudem nicht ohne Weiteres, welche Rechtsnachteile ein Selbstanzeiger im Fall einer nicht uneingeschränkten Mitwirkung zu gewärtigen hat. Eine verfassungskonforme Auslegung weist vielmehr darauf hin, dass die Rechtsnachteile der Missachtung einer Obliegenheit für deren Träger verhältnismässig sein müssen. Mit der Verhältnismässigkeit nicht vereinbar wäre es jedenfalls, Selbstanzeiger, die zunächst zwar uneingeschränkt mitwirken, in der Folge aber präzisierende und relativierende rechtliche Einwände erheben, generell jede Sanktionsreduktion unter dem Aspekt der Bonusregelung zu verwehren (E. 16.3.29 ff.).

E. 16.4.11

Es fragt sich bei dieser Ausgangslage, nach welchen Kriterien über die Höhe der Reduktion zu befinden ist. Mit Blick auf den Wortlaut von Art. 49a Abs. 2 KG ist es naheliegend, auf den Beitrag des Selbstanzeigers bei der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung abzustellen. In diesem Sinne legt der Verordnungsgeber fest, dass für die Höhe der Reduktion die "Wichtigkeit des Beitrags des Unternehmens zum Verfahrenserfolg" massgebend sei (Art. 12 Abs. 2 SVKG). Das vom Verordnungsgeber vorgegebene Kriterium für die Festlegung der Höhe der Sanktionsreduktion ist demzufolge – im Einklang mit dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 2 KG und den Zwecken der Aufklärungs- und Ermittlungshilfe

B-645/2018

Seite 96

(vgl. E. 16.3.6 f.) – der objektiv feststellbare Wert des Beitrags zur Erleichterung der Aufklärung und des Nachweises des Verstosses (sog. Mehrwert; ZIMMERLI, a.a.O., S. 650 ["beweisrechtlicher Mehrwert"]; vgl. auch DAVID/JACOBS, a.a.O., S. 274; E. 16.3.4, UNCTAD, Competition Guidelines: Leniency Programmes, 2016, Ziff. 7.1 ["value added"] sowie rechtsvergleichend die Mitteilung der EU-Kommission über die Zusammenarbeit, Rz. 5, 24 ff.). Die Mitwirkung muss sich somit in objektiv nachvollziehbarer Weise auf die Aufdeckung des Verstosses oder auf die Beweisführung und damit auf den Verfahrensausgang auswirken (vgl. SOMMER, a.a.O., Rz. 26; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 146; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 4.434). Dabei kann qualitativen und quantitativen Aspekten sowie dem Zeitpunkt der Mitwirkung Rechnung getragen werden (vgl. Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.10.1, 11.4.10.3, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht; KRAUSKOPF, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 49 Abs. 1-2 N. 96; KRAUSKOPF/SENN, a.a.O., S. 18; PICHT, in: OFK Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 12 SVKG N. 11; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 139g, 156a; vgl. auch Mitteilung der EU-Kommission über die Zusammenarbeit, Rz. 5). Zu berücksichtigen sind in diesem Zusammenhang auch die der Wettbewerbsbehörde bereits vorliegenden Beweismittel (vgl. in Bezug auf das EU-Recht KAROLIEN PIETERS, The criteria for fixing the amount of fines for competition infringements, ELR 2003, 334).

E. 16.4.12

Erhebt ein Selbstanzeiger im Verlauf des Verfahrens Einwände gegen eine Wettbewerbsabrede, ist daher im Einzelfall auf der Grundlage einer Würdigung der relevanten Umstände zu beurteilen, welche Auswirkungen dies auf seinen "Beitrag zum Verfahrenserfolg", d.h. auf den von ihm insgesamt erbrachten Mehrwert bei der Aufklärung und dem Nachweis des Verstosses hat. Es ist dabei unter anderem zu berücksichtigen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Selbstanzeiger den Beweiswert von Beweismitteln, die er vorgelegt hat, gemindert und das Verfahren dadurch erschwert hat (vgl. auch DANIEL ZIMMERLI, Urteile des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen "Fensterbeschläge" – Urteilsbesprechung, dRSK 2015, Rz. 10 ff., zit. Urteilsbesprechung). Hat nämlich ein Selbstanzeiger trotz

B-645/2018

Seite 97

Einwänden einen erheblichen Mehrwert erbracht, ist dem (eingeschränkten) Grad der Mitwirkung bei der Festlegung einer Sanktionsreduktion Rechnung zu tragen (vgl. auch in diesem Sinne auch KOBEL, a.a.O., S. 1151 f.; SOMMER/RAEMY, Rechtliche Fragen bei Hausdurchsuchungen im Rahmen des Schweizer Kartellrechts, sic! 2004, S. 764).

E. 16.4.13

Dieses Auslegungsergebnis steht im Einklang mit dem Umstand, dass eine endgültige Bewertung des Beitrags zum Verfahrenserfolg erst anlässlich des Endentscheids im Rahmen einer beweisrechtlichen Gesamtwürdigung möglich ist (vgl. Erläuterungen KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 14 Abs. 1; ZIMMERLI, a.a.O., S. 650). Gemäss Art. 14 Abs. 1 SVKG i.V.m. Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die Wettbewerbskommission denn auch erst im Endentscheid, um wie viel die Sanktion gegen das kooperierende Unternehmen reduziert wird. Sie entscheidet damit erst nach Abschluss des Untersuchungsverfahrens über Gewährung und Höhe einer Sanktionsreduktion nach der Bonusregelung.

E. 16.4.14

Die Bestimmungen der SVKG bestätigen somit das Auslegungsergebnis zu Art. 49 Abs. 2 KG, dass ein vollständiger Erlass der Sanktion eine umfassende Mitwirkung voraussetzt, eine Sanktionsreduktion nach der Bonusregelung jedoch auch für einen Selbstanzeiger in Betracht kommt, der trotz Einwänden gegen die in Frage stehende Wettbewerbsabrede insgesamt einen erheblichen und objektiven Mehrwert erbracht hat (vgl. E. 16.3.33). Demzufolge erfassen sie auch Selbstanzeiger, deren Mitwirkung aus anderen als aus zeitlichen Gründen keinen vollständigen Erlass der Sanktion rechtfertigt (vgl. in diesem Sinne BANGERTER/TAGMANN, a.a.O., S. 183; KOBEL, a.a.O., S. 1152; PICHT, in: OFK Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 12 SVKG N. 1; SCHALLER/KRAUSKOPF, a.a.O., S. 79). Insbesondere kommt eine Reduktion auch für einen Selbstanzeiger in Betracht, der zwar als Erster Selbstanzeige eingereicht hat, jedoch eine der Voraussetzungen nach Art. 8 Abs. 2 SVKG für den vollständigen Erlass nicht erfüllt, etwa weil er den untersuchten Verstoss teilweise bestritten hat (vgl. TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 142 ff.). Diese

B-645/2018

Seite 98

Auslegung entspricht nicht zuletzt auch dem – im Interesse einer wirksamen Kartellrechtsdurchsetzung liegenden – Bedürfnis einer für Unternehmen attraktiven, d.h. mit einem genügend hohen Anreiz zur Mitwirkung verbundenen, Bonusregelung. (5) Abgrenzung zur Minderung nach Art. 6 SVKG

E. 16.4.15

Die Sanktionsreduktion unter dem Titel der Bonusregelung ist von der Minderung nach Art. 6 SVKG abzugrenzen. Die Praxis anerkennt die Möglichkeit, die Sanktion bei besonders guter Kooperation ausserhalb der Bonusregelung unter dem Titel der mildernden Umstände nach Art. 6 Abs. 1 SVKG zu mindern (vgl. Urteile des BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 8.3.6, Publigroupe; B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 778, Swisscom ADSL; B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E. 9.6.3, Autoleasing). Zwar sieht die Bestimmung von Art. 6 SVKG keine Obergrenze für eine Minderung vor. Die zu einer Minderung führende Kooperation ist jedoch typischerweise weniger weitreichend als die

Zusammenarbeit, welche die Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass oder eine Reduktion der Sanktion nach der Bonusregelung erfüllt (vgl. PICT, in: OFK Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 6 SVKG N. 14 f.; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 86 m.w.H.; TAGMANN, a.a.O., S. 278). Die Mitwirkung unter dem Titel der Bonusregelung sollte daher für ein Unternehmen grundsätzlich zu einer grösseren Belohnung führen als die Kooperation unter dem Aspekt der mildernden Umstände nach Art. 6 SVKG, ansonsten die Attraktivität und Wirksamkeit der Bonusregelung geschmälert werden könnten (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 8.3.6, Publigroupe, m.w.H.; ROTH/BOVET, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, Art. 49a KG N. 66; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 86). Demzufolge ist vorliegend ein allfälliger Anspruch der Beschwerdeführerin auf Sanktionsreduktion zunächst unter dem Titel der Bonusregelung zu B-645/2018

Seite 99

prüfen; erst wenn ein solcher verneint würde, stellte sich die Frage eines Anspruchs auf Minderung der Sanktion nach Art. 6 SVKG.

E. 17

Beurteilung im vorliegenden Fall

E. 17.1

Es ist vorliegend unbestritten und ergibt sich aus den Akten, dass die Beschwerdeführerin am 12. November 2012 – und somit kurze Zeit nach Eröffnung der Untersuchung am 30. Oktober 2012 – als erstes Unternehmen eine Selbstanzeige "für die Region Oberengadin" eingereicht und am selben Tag auf eine "Absprache" hinsichtlich der – Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildenden – Ausschreibung über das Projekt (...) hingewiesen hat (vgl. Sachverhalt, C). Ihre Eigenschaft als Erstanzeigerin im Sinne von Art. 8 Abs. 1 SVKG steht diesbezüglich fest. Martinelli als weitere, erst am 23. November 2015 in das Verfahren "Bauleistungen Graubünden" einbezogene Untersuchungsadressatin (vgl. Sachverhalt, H) hat keine Selbstanzeige eingereicht.

E. 17.2

Sodann hat die Beschwerdeführerin der Vorinstanz am 1. Februar 2013 und mithin bereits in einer frühen Phase des – bis zur Verfahrenstrennung am 23. November 2015 (vgl. Sachverhalt, H) einheitlich geführten – Untersuchungsverfahrens unaufgefordert eine E-Mail von Martinelli vom (...) vorgelegt (vgl. Sachverhalt, E), welche die Vorinstanz zutreffend (vgl. E. 7.2) als entscheidendes Beweismittel für den Nachweis einer Abstimmung zwischen der Beschwerdeführerin und Martinelli über die gegenseitige Koordination der Angebote einstuft (vgl. Verfügung, Rz. 156, 168). Damit steht fest, dass die Beschwerdeführerin der Vorinstanz ein Beweismittel vorgelegt hat, welches es dieser in entscheidendem Masse überhaupt erst ermöglicht hat, den untersuchten Verstoß aufzuklären und nachzuweisen.

E. 17.3

Mit Ausnahme der – von der Vorinstanz als verletzt eingestuften – Voraussetzung der uneingeschränkten Zusammenarbeit nach Art. 8 Abs. 2 Bst. c SVKG erachtet die Vorinstanz die weiteren Voraussetzungen für den vollständigen Erlass der Sanktion nach

Art. 8 ff. SVKG als erfüllt (vgl. Verfügung, Rz. 156, 159). Aus den Akten ergeben sich keine Hinweise, die

B-645/2018

Seite 100

diese Einschätzung in Frage stellen könnten, womit kein Anlass besteht, die vorinstanzliche Beurteilung insoweit näher zu prüfen (vgl. zur Frage einer anstiftenden Rolle der Beschwerdeführerin E. 15.4). Es kann vor diesem Hintergrund mangels Relevanz für den Ausgang des Verfahrens auch offengelassen werden, ob eine Eröffnungs- oder – wovon die Beschwerdeführerin (vgl. Beschwerde, Rz. 77) ausgeht – Feststellungskooperation vorliegt. (1) Kooperationsverhalten der Beschwerdeführerin

E. 17.4

Die Vorinstanz hält der Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, ihre Kooperationspflicht sowohl im Verfahren der Vorinstanz als auch im Beschwerdeverfahren verletzt zu haben, indem sie jeweils Einwände gegen die Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede mit Martinelli erhoben habe.

E. 17.4.1

Die Vorinstanz vertritt in der angefochtenen Verfügung, der Vernehmlassung sowie der Duplik jeweils unterschiedliche Auffassungen darüber, durch welche Aussagen und in welcher Hinsicht die Beschwerdeführerin ihre Kooperationspflicht verletzt habe.

E. 17.4.2

In der angefochtenen Verfügung begründet sie die Reduktion der Sanktion um 85% – statt eines vollständigen Erlasses – damit, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag sowohl eine Abstimmung über das Angebotsverhalten als auch einen wettbewerbswidrigen Zweck und damit wesentliche Elemente des Beweisergebnisses bestritten habe. Im Einzelnen führt die angefochtene Verfügung in Rz. 163 f. Folgendes aus: "Mit ihren Vorbringen im Rahmen der Stellungnahme zum Antrag [...] bestreitet [die Beschwerdeführerin] auch den erwiesenen rechtserheblichen Sachverhalt, der vorliegend im Beweisergebnis [...] abgebildet ist. Insbesondere stellt sie den erwiesenen Konsens zur Angebotskoordination in Abrede; die Parteien hätten ihre Eingabesummen nicht absprechen wollen. Ebenso bestreitet sie – was ebenfalls bewiesen ist –, dass die Parteien mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei der Ausschreibung des fraglichen Bauprojekts nicht zu kon-

B-645/2018

Seite 101

kurrenzieren. Damit distanziert sie sich auch von ihrer früheren Aussage, wonach es sich bei ihrem Verhalten im Zusammenhang mit dem Bauprojekt um eine 'Absprache' handle [...]" (Rz. 163) "[...] Indem die Foffa Conrad nun wesentliche Elemente des erwiesenen Sachverhalts bestreitet, insbesondere betreffend den Konsens und den verfolgten Zweck, sind die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass nicht gegeben." (Rz. 164)

E. 17.4.3

Demgegenüber vertritt die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung zur Beschwerde die Einschätzung, dass die Beschwerdeführerin erst im Beschwerdeverfahren einen Konsens

über die Angebotskoordination be- streite (vgl. E. 16.2.2). Sie hält diesbezüglich in Rz. 18 f. Folgendes fest [Hervorhebungen hinzugefügt]: "Dabei fällt auf, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde nun bestrei- tet, dass es beim strittigen Bauprojekt zu einer Angebotskoordination gekom- men ist. [...] Der Vergleich zwischen den ursprünglichen Vorbringen und den Ausführungen in der Beschwerde offenbart, dass die Beschwerdeführerin ih- ren Standpunkt zum Sachverhalt geändert hat. Sie verneint nunmehr, dass zwischen den Parteien des vorinstanzlichen Verfahrens ein Konsens zustande gekommen ist, ihre Angebote zu koordinieren [...]"

E. 17.4.4

In ihrer Duplik wiederum präzisiert die Vorinstanz diese Beurteilung dahingehend, dass die Beschwerdeführerin zwar bereits im vorinstanzli- chen Verfahren einen Konsens über die Angebotskoordination bestritten habe, diese Bestreitung jedoch im Beschwerdeverfahren "in erster Linie und expliziter als im vorinstanzlichen Verfahren" erfolge. Die Beschwerde- führerin habe im Verfahren vor der Vorinstanz "primär bezweifelt", dass sie mit ihrem Verhalten einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt habe. Im Einzelnen führt die Vorinstanz in ihrer Duplik Folgendes aus (Rz. 6 f., 15 [Hervorhebungen hinzugefügt]): "[...] Im Verfahren vor der Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin primär be- zweifelt, dass sie mit ihrem Verhalten einen wettbewerbswidrigen Zweck ver- folgt habe. Da sie damit die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz zum 'ver-

B-645/2018

Seite 102

folgten Zweck' in Frage gestellt hat, gewährte ihr die Vorinstanz keinen voll- ständigen Sanktionserlass, sondern setzte die Sanktionsreduktion auf 85% fest [...]" (Rz. 6) "Im Beschwerdeverfahren bestreitet die Beschwerdeführerin nun in erster Li- nie und expliziter als im vorinstanzlichen Verfahren, dass zwischen den betei- ligten Unternehmen beim strittigen Bauprojekt ein Konsens zur Angebotsko- ordinierung vorgelegen habe. Insofern gehen ihre Sachverhaltsbestreitungen im Beschwerdeverfahren weiter als im vorinstanzlichen Verfahren. Hätte die Beschwerdeführerin das Vorliegen eines natürlichen (tatsächlichen) Konsen- ses bereits im vorinstanzlichen Verfahren in dieser expliziten Form in Abrede gestellt, hätte ihr die Vorinstanz keine Sanktionsreduktion unter dem Titel der Selbstanzeige gewährt." (Rz. 7) Demnach begründet die Vorinstanz ihr Eventualbegehren im Beschwerde- verfahren, wonach die Reduktion der Sanktion um 85% nach der Bonusre- gelung zu bestätigen sei (vgl. Sachverhalt, Q), in der Duplik zur Hauptsa- che damit, dass die Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren ei- nen wettbewerbswidrigen Zweck bestritten habe. (2) Einwände der Beschwerdeführerin im Verfahren der Vorinstanz und im Beschwerdeverfahren

E. 17.4.5

Aufgrund dieser unterschiedlichen Standpunkte der Vorinstanz ist im Lichte des Untersuchungsgrundsatzes (Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG) zunächst zu klären, welche Einwände die Beschwerdeführerin erho- ben hat, die für die Beurteilung ihres Kooperationsverhaltens von Belang sein könnten.

E. 17.4.6

Die angefochtene Verfügung beanstandet die folgenden Aussagen in der Stellungnahme der Beschwerdeführerin zum Verfügungsantrag, die in Rz. 159 der Verfügung wörtlich

wiedergegeben werden: "(4) Anders als das Sekretariat im Rahmen des verfolgten Zwecks annimmt, ging es weder darum, den Wettbewerb unter den Beteiligten zu verhindern, noch darum, im Einvernehmen zu entscheiden, welches Unternehmen den Auftrag erhalten soll [...]" (Stellungnahme zum Verfügungsantrag, Rz. 4)

B-645/2018

Seite 103

" (5) [...] Wenn Foffa Conrad zum damaligen Zeitpunkt keine Kapazität für die Ausführung eines solchen Grossprojekts hatte, konnte durch ihre 'Pro-Forma- Offerte' (bei der ihr Martinelli aus Gefälligkeit geholfen hatte) der Wettbewerb nicht beschränkt werden. (6) Das Beweisergebnis (Rz. 52 des Antrags) ist in- folgedessen vom festgestellten Sachverhalt nicht gedeckt. Bei dessen unbe- fangener und lebensnaher Bewertung war die Konkurrenz zwischen Foffa Conrad und Martinelli nicht 'ausgeschaltet', sondern bestand von vornherein nicht [...]" (Stellungnahme zum Verfügungsantrag, Rz. 5 f.) Würdigt man die vorerwähnten Aussagen in der Stellungnahme zum Ver- fügungsantrag nach Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV; vgl. BGE 108 V 84 E. 3a), so spricht die Beschwerdeführerin die Frage eines potentiellen oder tatsächlichen Konkurrenzverhältnisses als Merkmal einer horizonta- len Abrede (vgl. E. 9.3.2) und das Tatbestandsmerkmal des Bezweckens einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG an (vgl. E. 9.3.10 ff.), nicht aber die Frage, ob sie sich an einer Abstimmung mit Martinelli über das Marktverhalten beteiligt habe. Darauf deutet insbeson- dere die im einleitenden Satz von Rz. 4 enthaltene Wendung "ging es we- der darum" hin. Die Frage, um was es einer Person bei ihrem Verhalten ging, betrifft nach dem allgemeinen Verständnis die Motive sowie die recht- liche Einschätzung und Qualifizierung ihres Verhaltens. Dies wird durch die ausdrückliche Bezugnahme der Beschwerdeführerin auf den "verfolgten Zweck" im selben Satz bestätigt. Es kann deshalb aus den vorerwähnten Aussagen in der Stellungnahme zum Verfügungsantrag nicht abgeleitet werden, dass die Beschwerdeführerin darin eine Abstimmung über das Eingabeverhalten bestreitet. Entsprechendes legt die Vorinstanz auch nicht nachvollziehbar dar. Vielmehr lässt sich dem Passus weder eine Be- streitung noch eine Anerkennung einer Abstimmung entnehmen.

E. 17.4.7

Es bleibt zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin an anderer Stelle ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag oder in anderen Eingaben die Beteiligung an einer Abstimmung über das Eingabeverhalten bestreitet.

B-645/2018

Seite 104

E. 17.4.8

Die Beschwerdeführerin hält in ihrer Stellungnahme zum Verfü- gungsantrag etwa fest, es sei "fraglich", ob überhaupt eine "relevante Wett- bewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG" vorgelegen habe (vgl. Rz. 9). Die Aussage, die unter der Überschrift "B. Erwägungen 1. Wettbewerbsab- rede fraglich" steht, ist mehrdeutig. Beim Begriff der Wettbewerbsabrede handelt es sich – wie die Vorinstanz selbst ausführt (vgl. Vernehmlassung, Rz. 38) – um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der in Art. 4 Abs. 1 KG im Sinne einer Legaldefinition umschrieben wird (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.3 f., Altimum; BGE 147 II 72 E. 3, Hors-Liste Medikamente Pfizer). Aus der be- treffenden Aussage der

Beschwerdeführerin, wonach eine "relevante Wettbewerbsabrede [...] fraglich" sei, ergibt sich nicht, ob sie sich einzig gegen die rechtliche Würdigung oder (auch) gegen eine Abstimmung richtet, die einer Wettbewerbsabrede in tatsächlicher Hinsicht zugrunde liegt. Hinzu kommt, dass diese Aussage eine Wettbewerbsabrede nicht ausdrücklich in Abrede stellt, sondern lediglich als "fraglich" und damit als zweifelhaft bezeichnet.

E. 17.4.9

Zu berücksichtigen ist darum auch hier der textliche Kontext, in dem die Aussage steht. Die ihr unmittelbar vorausgehenden Ausführungen lauten wie folgt [Hervorhebung hinzugefügt]: "(9) [...] Dazu ist zu bemerken, dass Foffa Conrad für dieses konkrete Projekt mangels Kapazität nicht in der Lage war, die in sie als 'ortsfremde' Anbieterin gesetzte Hoffnung zu erfüllen. Das änderte aber nichts am Wettbewerbsdruck aller übrigen fünf Anbieter." (Rz. 9) Diese Ausführungen betreffen nach objektivem Verständnis die Fähigkeit und die Kapazität der Beschwerdeführerin, das Projekt im Fall eines Zuschlags auszuführen. Eine angeblich fehlende Kapazität zur Ausführung des Projekts sagt jedoch für sich allein nichts darüber aus, ob die Beschwerdeführerin mit anderen Unternehmen eine Abstimmung über das Eingabeverhalten getroffen hat. Auch der textliche Kontext der Aussage, wonach eine "Wettbewerbsabrede fraglich" sei, erlaubt demnach nicht den

B-645/2018

Seite 105

Schluss, dass die Beschwerdeführerin ein Einvernehmen über das Eingabeverhalten bestreitet. Dasselbe gilt auch für die Ausführungen der Beschwerdeführerin an der Anhörung durch die Vorinstanz am 4. September 2017. Das Plädoyer der Beschwerdeführerin enthielt gemäss den Foliennotizen ebenfalls die Aussage, es sei "[f]raglich, ob überhaupt eine relevante Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG" vorgelegen habe. Die betreffende Folie trägt die Überschrift "3. Rechtliche Würdigung [...] Wettbewerbsabrede fraglich" (vgl. act. 59 [22-0461, S. 7]). Direkt anschliessend an die zitierte Aussage wird auf der nachfolgenden Folie (S. 8) ausgeführt, das "Bezweifeln einer Wettbewerbsabrede" dürfe nicht dazu führen, dass die Selbstanzeige in Zweifel gezogen werde. Ob ein mitgeteilter Sachverhalt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darstelle, sei eine Frage der rechtlichen Würdigung. Weder aus diesen noch aus den weiteren Foliennotizen ist ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin an der Anhörung durch die Vorinstanz eine Abstimmung in Abrede gestellt hat. Der aufgezeigte systematische und textliche Rahmen des betreffenden Einwands, wonach eine "relevante Wettbewerbsabrede [...] fraglich" sei, deutet vielmehr darauf hin, dass die Beschwerdeführerin ihr Vorbringen als rechtlichen Einwand verstanden haben wollte.

E. 17.4.10

Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag weiter vor, ihr Verhalten an der Ausschreibung sei auf ihren "einseitig getroffenen Entschluss" zurückzuführen (vgl. Rz. 8). Die Passage lautet wie folgt [Hervorhebungen hinzugefügt]: "(8) [...] Dem liegt die irrige Annahme zugrunde, dass erst die Verhaltensabstimmung dazu geführt habe, dass die beiden Unternehmen bei diesem Projekt nicht konkurrierten. Doch ging das Verhalten auf den einseitig getroffenen Entschluss Foffa Conrads zurück, sich mangels Kapazität aus geschäftspolitischen Überlegungen nur formell an dem Einladungsverfahren zu beteiligen und eine reine 'Pro-Forma-Offerte' einzureichen." (Rz. 8)

Mit dem Vorbringen, an der in Frage stehenden Ausschreibung gestützt auf einen "einseitig getroffenen Entschluss" ein Angebot eingereicht zu haben, bringt die Beschwerdeführerin klar zum Ausdruck, dass sie ihr Angebot autonom, d.h. unabhängig von den anderen Anbietern ausgearbeitet habe. Dies deutet darauf hin, dass die Beschwerdeführerin eine Beteiligung an einer Abstimmung mit Martinelli bestreitet. Es verbleiben jedoch unter Berücksichtigung der anderen Aussagen gewisse, nicht unerhebliche Zweifel, ob die Beschwerdeführerin sich damit hinreichend klar gegen das Vorliegen einer Abstimmung wendet. So distanziert sich die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag nicht klar von ihren früheren Aussagen, in denen sie eine Abstimmung eingeräumt hatte (vgl. E. 7.3.16). Auch die Vorinstanz geht im Beschwerdeverfahren – wie aufgezeigt (vgl. E. 17.4.1) – davon aus, dass die Beschwerdeführerin eine Abstimmung im Untersuchungsverfahren nicht klar bestritten hat.

E. 17.4.11

Ob die Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren eine Abstimmung mit Martinelli über die Angebotskoordination bestritten hat, kann letztlich offengelassen werden, zumal die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde einen Konsens über das Eingabeverhalten klar in Abrede stellt. Dieser Einwand hat sich im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht jedoch als unbegründet erwiesen (vgl. E. 8.17.1 ff.).

E. 17.4.12

Bei der Beurteilung des von der Selbstanzeigerin erbrachten Mehrwerts ist auch deren Kooperationsverhalten in einem allfälligen Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht miteinzubeziehen, zumal dieses volle Kognition hat und seiner Entscheidung den Sachverhalt zugrunde legt, wie er sich im Zeitpunkt des Urteils verwirklicht hat (Art. 49 Bst. b und Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG; vgl. BVGE 2012/21 E. 5; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, Rz. 1021; PAUL RICHLI, *Verfahren und Rechtsschutz*, in: Roger Zäch [Hrsg.], *Das Kartellgesetz in der Praxis*, 2000, S. 130 ff., 163 f.; ZIBUNG/HOFSTETTER, *Praxiskommentar VwVG*, 3. Aufl. 2023, Art. 49 N. 36-38). Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich,

weshalb die mit der Bonusregelung verbundene Zwecksetzung der Verfahrensvereinfachung (vgl. E. 16.3.4) auf das Verfahren der Wettbewerbsbehörden beschränkt sein soll. Dies gilt umso mehr, als das Bundesverwaltungsgericht neben der Wahrung der Verfahrensrechte der Verfahrensteiligen auch die wirksame Durchsetzung des materiellen Rechts sicherzustellen hat (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2003-4 vom 9. Juni 2005 E. 6.2.3, *Telekurs Multipay*, veröffentlicht in: RPW 2005/3, S. 554 ff.).

E. 17.4.13

Wie erwähnt (vgl. E. 16.3.10 ff.), setzt der vollständige Erlass der Sanktion nach der Bonusregelung die uneingeschränkte Kooperation des Selbstanzeigers (Art. 8 Abs. 2 Bst. c

SVKG) voraus. Die Beschwerdeführerin hat jedenfalls im Beschwerdeverfahren eine Abstimmung mit Martinelli klar bestritten und damit das zentrale Merkmal des Beweisergebnisses in Abrede gestellt. Sie hat dadurch eine Voraussetzung für den vollständigen Erlass der Sanktion, nämlich die uneingeschränkte Kooperation bei der Aufklärung des in Frage stehenden Kartellrechtsverstosses (vgl. E. 16.3.10), nicht erfüllt. Ihr Einwand hat überdies den Wert der im vorinstanzlichen Verfahren erbrachten Ermittlungshilfe geschmälert, indem er zu einem zusätzlichen Prüf- und Begründungsaufwand des Bundesverwaltungsgerichts geführt hat. Die Beschwerdeführerin bringt keine stichhaltigen Gründe vor, die es nachvollziehbar erscheinen liessen, weshalb sie die Beteiligung am selbst angezeigten Verstoss nachträglich bestreitet (vgl. E. 7.3.18); solche Gründe sind auch nicht ersichtlich. Sie hat deshalb keinen Anspruch auf einen vollständigen Erlass der Sanktion nach Art. 8 SVKG.

E. 17.4.14

Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine Reduktion der Sanktion hat. Die Frage einer Reduktion der Sanktion unter dem Aspekt der Bonusregelung richtet sich nach Art. 12 ff. SVKG i.V.m. Art. 49a Abs. 2 KG. Diese Bestimmungen sind – wie aufgezeigt – dahingehend auszulegen, dass eine Sanktionsreduktion selbst dann in Betracht kommt, wenn die Mitwirkung des Selbstanzeigers nicht in jeder Hinsicht uneingeschränkt war, sofern dieser aber insgesamt einen erheblichen Mehrwert erbracht hat. Es ist daher zu prüfen, ob die Sanktion

B-645/2018

Seite 108

mit Blick auf das Kooperationsverhalten der Beschwerdeführerin und den damit verbundenen Mehrwert zu reduzieren ist.

E. 17.4.15

Vorliegend hat die Beschwerdeführerin die Wettbewerbsbehörden in einem frühen Zeitpunkt des Verfahrens als erstes – und einziges – Unternehmen auf den in Frage stehenden Verstoss aufmerksam gemacht (vgl. E. 17.1). Sodann stützt sich die vorinstanzliche Beweiswürdigung für den Nachweis einer Abstimmung nicht auf ein "Geständnis" der Beschwerdeführerin im Sinne einer Selbstbezeichnung (vgl. Verfügung, Rz. 45 ff.; E. 7.3.6). Vielmehr erachtet sie die von der Beschwerdeführerin im Rahmen der Selbstanzeige unaufgefordert vorgelegte E-Mail von Martinelli vom (...) als entscheidendes Beweismittel für eine Abstimmung; und dies zu Recht, wie die gerichtliche Überprüfung der Beweiswürdigung ergeben hat (vgl. E. 7.3.6 ff.). Für die vorliegende Beurteilung von Bedeutung ist des Weiteren, dass die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren – wie bereits in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag – keine spezifischen Einwände gegen den Beweiswert der von ihr vorgelegten E-Mail von Martinelli (...) erhebt. Vielmehr räumt die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren einen – in Form der Zusendung einer vorkalkulierten Offerte durch Martinelli erfolgten – "Informationsaustausch" im Vorfeld des Projekts (...) ausdrücklich ein (vgl. Beschwerde, Rz. 8; Replik, Rz. 19, 47). Sie führt im Einzelnen Folgendes aus (Hervorhebung hinzugefügt): "Es ist bei dem relevanten Ausschreibungsprojekt unbestritten zu einem Informationsaustausch gekommen, bei dem Martinelli der Beschwerdeführerin eine vorkalkulierte Offerte übersandt hat. Die Beschwerdeführerin hatte das Projekt im Rahmen ihrer Selbstanzeige als mutmasslichen Verstoss angezeigt." (Beschwerde, Rz. 8)

E. 17.4.16

Die Beschwerdeführerin bestreitet demzufolge die äusseren Tatsachen, aus denen die Vorinstanz wie auch das Bundesverwaltungsgericht eine Abstimmung herleiten (vgl. Verfügung, Rz. 45 ff.; vgl. E. 7.3.2), nämlich den Erhalt der fraglichen E-Mail von Martinelli und die Einreichung der dieser angefügten vorkalkulierten Offerte als eigenes Angebot an der Aus-

B-645/2018

Seite 109

schreibung, ausdrücklich nicht. Vielmehr bestreitet sie im Beschwerdeverfahren lediglich den daraus gezogenen Schluss der Vorinstanz, dass ein Konsens im Sinne einer übereinstimmenden Willensäusserung über das Eingabeverhalten vorgelegen habe. Sie bestreitet damit eine innere Tatsache, die sich nur aufgrund von äusseren Tatsachen bzw. Indizien erstellen lässt (vgl. auch BGE 142 III 239 E. 5.2.1; Urteil des BGer 5A_336/2019 vom 9. Juni 2020 E. 5.2). Sie bringt diesbezüglich vor, sie habe sich "aus einseitige[m] und freie[m] Entschluss" an der Ausschreibung beteiligt (vgl. Beschwerde, Rz. 26, 29; Replik, Rz. 19; Stellungnahme zum Verfügungsantrag, Rz. 8). Die Beschwerdeführerin vertritt demnach im Beschwerdeverfahren eine andere Sachverhaltsdarstellung, was die inneren Tatsachen anbelangt, mithin eine andere Deutung der äusseren Tatsachen.

E. 17.4.17

Dies ergibt sich auch aus weiteren Vorbringen in der Beschwerde. Zu erwähnen sind die folgenden Ausführungen der Beschwerdeführerin [Hervorhebungen hinzugefügt]: "Der Sachverhalt, wie er von der Weko im Projekt (...) aufgrund der Auskünfte und Aussagen der Parteien erstellt wurde (Verfügung, Rz. 32–44), ist unbestritten. Die von der Weko vorgenommene Beweiswürdigung (Verfügung, Rz. 45 ff.) ist jedoch falsch und verstösst gegen die geschilderten Grundsätze der Beweisführungspflicht [...]. Aus den getroffenen Feststellungen der Weko ergibt sich vielmehr, dass eine unzulässige Wettbewerbsabrede nicht erwiesen ist." (Beschwerde, Rz. 21) "Das Beweisergebnis (Verfügung, Rz. 66) ist infolgedessen vom festgestellten Sachverhalt nicht gedeckt [...]." (Beschwerde, Rz. 36)

E. 17.4.18

Aus dem Gesagten folgt, dass die Beschwerdeführerin den Wert der Ermittlungshilfe, die sie im vorinstanzlichen Verfahren als Selbstanzeigerin erbracht hat, zwar geschmälert hat, indem sie im Beschwerdeverfahren eine Abstimmung in Abrede stellt, was – wie erwähnt (vgl. E. 17.4.11 ff.) – zu einem zusätzlichen Prüfungs- und Begründungsaufwand des Bundesverwaltungsgerichts geführt hat. Dieser erwies sich indes als eher gering, zumal der Einwand der Beschwerdeführerin aufgrund der Akten leicht ent-

B-645/2018

Seite 110

kräftet werden kann. So stellt sich das in diesem Zusammenhang angeführte Vorbringen der Beschwerdeführerin, sie habe ihr Angebot aus freiem Entschluss eingereicht, als unbehelflich heraus (vgl. E. 7.3.15).

E. 17.4.19

Dementsprechend erscheint der (Mehr-)Wert der Ermittlungshilfe auch im jetzigen Zeitpunkt weiterhin erheblich, zumal der Einwand sich auf die Bewertung der äusseren

Tatsachen beschränkt und sich nicht speziell gegen den Beweiswert der betreffenden E-Mail von Martinelli richtet. Vielmehr führt die Beschwerdeführerin für den Fall, dass von einer Wettbewerbsabrede ausgegangen werde, an, die übergebenen Beweismittel und getätigten Aussagen hätten ausgereicht, um es der Vorinstanz zu ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss festzustellen (vgl. Beschwerde, Rz. 77). Damit räumt sie ein, dass der betreffenden E-Mail ein erheblicher Wert als Beweismittel zukommt. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz im Beschwerdeverfahren kann daher nicht die Rede davon sein, dass das Verhalten der Beschwerdeführerin in der Sache einem Rückzug der Selbstanzeige gleichkomme.

E. 17.4.20

Inwieweit die Einwände der Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag den zuvor im Verfahren der Wettbewerbsbehörden erbrachten Mehrwert geschmälert haben, braucht deshalb nicht abschliessend beurteilt zu werden. Denn die Vorinstanz zeigt weder schlüssig auf noch ist ersichtlich, dass die Einwände der Beschwerdeführerin zu einem wesentlichen zusätzlichen Prüf- und Begründungsaufwand der Vorinstanz geführt haben. So stimmen die Erwägungen des Sekretariats im Verfügungsantrag über das Vorliegen eines Konsenses mit denjenigen in der angefochtenen Verfügung der Vorinstanz – von hier nicht relevanten Unterschieden abgesehen – nahezu wörtlich überein (jeweils "B.4 Beweiswürdigung – B 4.1 Konsens", Rz. 31 ff. [Verfügungsantrag] und Rz. 45 ff. [Verfügung]). Die angefochtene Verfügung geht mithin in ihrer Beweiswürdigung zur Frage eines Konsenses nicht auf die betreffenden Einwände in der Stellungnahme der Beschwerdeführerin zum Verfügungsantrag ein, obschon sie diese Einwände in ihren Erwägungen über einen Er-

B-645/2018

Seite 111

lass der Sanktion nach der Bonusregelung (Rz. 155 ff.) dahingehend wertet, dass die Beschwerdeführerin eine Abstimmung bestreite (vgl. E. 17.4.1 ff.). Nicht näher zu prüfen ist die Bedeutung des Einwands der Beschwerdeführerin für die Anwendung der Bonusregelung, sie habe keine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt. Dieser Einwand betrifft die Motive der Beschwerdeführerin, die – wie aufgezeigt (vgl. E. 9.3.10 ff.) – bei der Beurteilung, ob das Tatbestandsmerkmal des Bezweckens einer Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt, grundsätzlich unerheblich sind. Der Einwand hatte für die gerichtliche Beurteilung im vorliegenden Beschwerdeverfahren denn auch keinen relevanten Mehraufwand zur Folge. Es ist zudem nicht ersichtlich, dass seine Behandlung im vorinstanzlichen Verfahren einen erheblichen Aufwand bewirkt hat. So hält die angefochtene Verfügung bei der Beurteilung des Tatbestandsmerkmals des Bezweckens oder Bewirkens einer Wettbewerbsbeschränkung unter anderem fest, es sei insoweit nicht von Belang, dass die Beschwerdeführerin und Martinelli nach eigenen Angaben nicht primär den Wettbewerb hätten beeinflussen wollen (vgl. Verfügung, Rz. 85). Wenn der entsprechende Einwand für die Beurteilung, ob eine Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt, unerheblich ist, vermag er den erbrachten Mehrwert nicht in erheblicher Weise zu beeinträchtigen. Umso weniger kann er – auch im Lichte der Verteidigungsrechte (vgl. E. 16.3.32) – einen Verzicht auf jede Reduktion der Sanktion rechtfertigen. (3) Treu und Glauben

E. 17.4.21

Zu prüfen bleibt demgegenüber, ob das prozessuale Verhalten der Beschwerdeführerin, wie von der Vorinstanz im Beschwerdeverfahren sinngemäss vorgebracht wird, Treu und Glauben verletzt hat.

E. 17.4.22

Der allgemeine Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben stellt unter anderem auch eine Schranke für die Ausübung von Verteidigungsrechten dar, an die Private im Verkehr mit staatlichen Behörden gebunden sind

B-645/2018

Seite 112

(Art. 5 Abs. 3 BV). Dieser bildet damit einen Massstab für die Beurteilung, ob das Verteidigungsverhalten eines Selbstanzeigers einer Sanktionsreduktion nach der Bonusregelung entgegensteht. Eine Verletzung von Treu und Glauben im Beschwerdeverfahren kann etwa dann vorliegen, wenn sich eine Beschwerdeführerin widersprüchlich oder rechtsmissbräuchlich verhält (vgl. BGE 137 V 394 E. 7 [Staatshaftungsanspruch]; BGE 101 Ia 39 E. 4 [Gerichtsstand]; Urteil des BVGer B-5474/2013 vom 27. Mai 2014 E. 3.3 [Prüfung als Chiropraktikerin]; vgl. auch KRAUSKOPF, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 49a Abs. 1-2 N. 78 ff.). Treuwidrigkeit kann auch dadurch begründet werden, dass eine Person im Rahmen von Mitwirkungs- und Auskunftspflichten gegenüber der Behörde bewusst unrichtige Angaben macht oder diese über erhebliche Tatsachen nicht informiert, wobei es sich um eine qualifizierte Verletzung der Mitwirkungspflicht handeln muss (vgl. SCHINDLER/TSCHUMI, in: St. Galler Kommentar BV, 4. Aufl. 2023, Art. 5 N. 67, m.H. auf BGE 140 II 65 E. 2.2 [Einbürgerung]). Ein treuwidriges Verhalten eines Privaten kann demzufolge nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur mit Zurückhaltung bejaht werden (vgl. BGE 137 V 394 E. 7; BGE 121 II 97 E. 4a; BGE 108 V 84 E. 3a). Dies auch deshalb, weil die Berufung auf dieses Verbot gegenüber Privaten auf eine Verkürzung von deren verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Rechtspositionen hinausläuft (vgl. BGE 143 V 66 E. 4.3). Bei der Beurteilung, ob ein prozessuales Verhalten Treu und Glauben verletzt, ist mithin den völker- und verfassungsmässigen Garantien eines wirksamen Rechtsschutzes von Art. 29a BV und Art. 6 und 13 EMRK Rechnung zu tragen (vgl. auch E. 16.3.32).

E. 17.4.23

Einzugehen ist in diesem Zusammenhang zunächst auf den Einwand der Vorinstanz, es komme einer "Fünfer und Weggli"-Konstellation gleich, die mit dem Sinn und Zweck der Bonusregelung nicht vereinbar sei, wenn eine Selbstanzeigerin sich zunächst im erstinstanzlichen Verfahren einen Sanktionserlass oder eine Sanktionsreduktion sichere und später im Beschwerdeverfahren ohne Folgen den von ihr selbst angezeigten Sachverhalt bestreite.

B-645/2018

Seite 113

Die Vorinstanz gibt den Sachverhalt jedoch verkürzt wieder: Die Beschwerdeführerin macht – was die Vorinstanz in ihrer Duplik auch festhält (Rz. 26) – im Beschwerdeverfahren einen Anspruch auf vollständigen Erlass der Sanktion nach der Bonusregelung lediglich eventualiter geltend. Sie begründet ihren Hauptantrag auf

Aufhebung der ihr auferlegten Sanktion (vgl. Sachverhalt, P; E. 4) in erster Linie damit, dass eine "Wettbewerbsabrede nicht bewiesen" sei (vgl. Beschwerde, Rz. 10, 21 ff.) und erhebt zur Hauptsache Einwände gegen die tatsächliche und rechtliche Würdigung ihres Verhaltens als Wettbewerbsabrede. Nur im Sinne einer Eventualargumentation macht sie geltend, selbst wenn hypothetisch angenommen werde, dass die rechtliche Beurteilung der Vorinstanz zutreffe und eine unzulässige Wettbewerbsabrede vorliege, hätte ihr die Sanktion gestützt auf die Bonusregelung erlassen werden müssen, weil sie alle Voraussetzungen für einen Sanktionserlass nach der Bonusregelung erfüllt habe (vgl. Beschwerde, Rz. 69; Replik, 53 f.; vgl. E. 9, 12.1.1).

E. 17.4.24

Im Einzelnen führt die Beschwerdeführerin in ihrer Replik Folgendes aus [Hervorhebungen hinzugefügt]: "(53) Die Vorinstanz verkennt, dass der Anspruch der Beschwerdeführerin auf einen vollständigen Sanktionserlass nach der Bonusregelung vor allem dann begründet ist, wenn der Informationsaustausch für die Abgabe der 'Alibi-Offerte' beim Projekt (...) als unzulässige Wettbewerbsabrede zu qualifizieren ist. Die Beschwerdeführerin hat das in der Beschwerde hypothetisch angenommen (Rz. 69-79). (54) Zu dieser alternativen Begründung des Antrags Nr. 1 (Antrag Nr. 2 wäre hingegen bei dieser Annahme unbegründet) nimmt die Vorinstanz überhaupt keine Stellung (vgl. Vernehmlassung, Rz. 56-58). Sie wiederholt lediglich ihre Behauptung, die Beschwerdeführerin hätte ihre Selbstanzeige im Beschwerdeverfahren zurückgezogen und verweist dazu nochmals auf bestimmte Aussagen in der Beschwerdeschrift. Diese betreffen jedoch die Qualifikation des Informationsaustauschs als Wettbewerbsabrede und sind für die alternative Begründung bedeutungslos, für die gerade von einer unzulässigen Wettbewerbsabrede ausgegangen wird." (Replik, Rz. 53 f.)

B-645/2018

Seite 114

Daraus ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin – wie erwähnt – im Beschwerdeverfahren einen Anspruch auf vollständigen Erlass der Sanktion nach der Bonusregelung lediglich für den Fall geltend macht, dass von einer unzulässigen Wettbewerbsabrede auszugehen sei.

E. 17.4.25

Schliesslich wird von der Vorinstanz weder stichhaltig dargelegt noch ist ersichtlich, dass das Verhalten der Beschwerdeführerin sonstwie gegen Treu und Glauben verstossen hat. Dass die Beschwerdeführerin eine andere Bewertung der – nicht bestrittenen – äusseren Tatsachen (Informationsaustausch in Form des Erhalts einer vorkalkulierten Offerte durch Martinelli und deren Einreichung als eigene Offerte) als die Vorinstanz geltend macht, begründet noch kein offenkundig treuwidriges Prozessverhalten, zumal die Einwände der Beschwerdeführerin sich – wie erwähnt (vgl. E. 17.4.15) – nicht spezifisch gegen den Beweiswert der von ihr vorgelegten E-Mail von Martinelli als zentrales Beweismittel für eine Abstimmung über das Eingabeverhalten richten. (4) Bemessung der Sanktionsreduktion

E. 17.4.26

Ausgehend davon, dass die Beschwerdeführerin einen Anspruch auf Sanktionsreduktion unter dem Aspekt der Bonusregelung hat, stellt sich die Frage nach deren Bemessung.

E. 17.4.27

Während die Regelung in der SVKG – wie aufgezeigt – neben der Kategorie des vollständigen Erlasses nach Art. 8 ff. SVKG einzig die Möglichkeit der Reduktion bis 50% nach Art. 12 ff. SVKG vorsieht, ermächtigt die formell-gesetzliche Grundnorm von Art. 49a Abs. 2 KG die Wettbewerbskommission in allgemeiner Weise, auf die Sanktion "ganz oder teilweise" zu verzichten. Eine Obergrenze der Sanktionsreduktion in Höhe von 50% ist demnach gesetzlich nicht vorgegeben. Sie findet auch keine Stütze in der Botschaft, die sich vielmehr für eine flexible Ausgestaltung und Handhabung der Bonusregelung ausspricht (vgl. E. 16.3.25). Eine entsprechende Obergrenze erscheint auch mit Blick auf den – sowohl mit der Verwaltungsanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG als auch mit der Bonusregelung

B-645/2018

Seite 115

verbundenen – Zweck der Prävention und den angestrebten Wettbewerb um den Kooperationsbonus (vgl. E. 16.3.4 ff.; 16.3.12) nicht in allen Fällen erforderlich. Man kann sich in der Tat fragen, ob eine flexiblere Regelung in der Sanktionsverordnung, die auch eine Sanktionsreduktion über 50% erlaubt, der möglichen Vielfalt an (Mitwirkungs-)Sachverhalten nicht besser gerecht würde (in diesem Sinne auch HOFFET/NEFF, a.a.O., S. 132).

E. 17.4.28

Bei dieser Ausgangslage muss es den Wettbewerbsinstanzen in Ausnahmefällen möglich sein, in Abweichung von den Kategorien in der SVKG, die wie erwähnt (Art. 60 KG; E. 15.1.8) eine Ausführungsverordnung darstellt, eine bonusrechtliche Sanktionsreduktion direkt gestützt auf die gesetzliche Grundnorm von Art. 49a Abs. 2 KG zu bemessen. Ein solches Vorgehen kann insbesondere in Fällen gerechtfertigt sein, in denen – wie vorliegend – die wortgetreue Anwendung der SVKG zu einem Ergebnis führt, das mit übergeordnetem Recht, insbesondere mit Wortlaut sowie Sinn und Zweck von Art. 49a Abs. 2 KG (vgl. E. 16.3.26) sowie dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (vgl. E. 16.3.30), nicht zu vereinbaren ist (in diesem Sinne auch PICH, in: OFK Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 12 N. 9 und Art. 8 N. 2). (5) Reformatio in peius

E. 17.4.29

Indem die Vorinstanz im vorliegenden Beschwerdeverfahren beantragt, es sei der Sanktionsbetrag um lediglich 20% zu reduzieren, regt sie eine reformatio in peius an (vgl. zur Rechtsnatur des vorinstanzlichen Antrags BGE 107 Ib 167 E. 1). Nach Art. 62 Abs. 2 VwVG kann die Beschwerdeinstanz die angefochtene Verfügung zuungunsten einer Partei ändern, soweit diese Bundesrecht verletzt oder auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts beruht; wegen Unangemessenheit darf die angefochtene Verfügung nicht zuungunsten einer Partei geändert werden, ausser im Falle der Änderung zugunsten einer Gegenpartei.

B-645/2018

Seite 116

Eine reformatio in peius setzt demnach zunächst eine Rechtsverletzung voraus. Zu dieser gehören auch die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts sowie die

rechtsfehlerhafte Ermessensausübung, zu der unter anderem Ermessensmissbrauch und Ermessensüberschreitung, nicht jedoch bloss Unangemessenheit zählen (vgl. Urteil des BVerfG B-6888/2018 vom 18. Februar 2019 E. 11; HÄBERLI, Praxiskommentar VwVG, 3. Aufl. 2023, Art. 62 N. 23 f.).

E. 17.4.30

Der Wert der von der Beschwerdeführerin erbrachten Aufklärungs- und Ermittlungshilfe als "Beitrag zum Verfahrenserfolg" (Art. 12 Abs. 2 SVKG) ist aufgrund des Gesagten nach wie vor, d.h. auch unter Berücksichtigung ihres Verhaltens im Beschwerdeverfahren, erheblich. Insgesamt hat die Beschwerdeführerin – wie aufgezeigt (vgl. E. 17.4.15) – den erbrachten objektiven Mehrwert, den sie im vorinstanzlichen Verfahren zur Aufklärung des vorliegenden Verstosses geleistet hat, durch ihren fraglichen Einwand im Beschwerdeverfahren nur geringfügig geschmälert. Nach dem Gesagten erweist sich die Gewährung einer Sanktionsreduktion im Umfang von 85% mit Blick auf das Ermessen der Wettbewerbsinstanzen (vgl. E. 16.4.5, 16.3.25) im Ergebnis nicht als bundesrechtswidrig. Damit fehlt es an der ersten Voraussetzung für eine Verschlechterung der Rechtslage der Beschwerdeführerin. 17.4.31 Selbst wenn man die Voraussetzungen der Bemessung der Sanktionsreduktion anders beurteilen würde, wären die weiteren Voraussetzungen einer reformatio in peius nicht erfüllt. Von einer solchen ist – insbesondere in Fällen, in denen die Vorinstanz ein Ermessen hat – zurückhaltend Gebrauch zu machen. Diese ist auf Fälle zu beschränken, in denen der angefochtene Entscheid offensichtlich unrichtig und die Korrektur von erheblicher Bedeutung ist (vgl. BGE 105 Ib 348 E. 18; Urteile des BVerfG 8C_592/2012 vom 23. November 2012 E. 3.5; 2A.363/2002 vom 26. Mai 2003 E. 1.2; Urteile des BVerfG B-3328/2015 vom 18. Oktober 2017 E. 3.1; B-6888/2018 vom 18. Februar 2019 E. 11; B-4596/2019 vom 5. Juni 2023

B-645/2018

Seite 117

E. 9.2.17 f., Autoleasing; kritisch HÄBERLI, Praxiskommentar VwVG, 3. Aufl. 2023, Art. 62 N. 31). 17.4.32 Die in der angefochtenen Verfügung unter dem Gesichtspunkt der Bonusregelung vorgenommene Herabsetzung der Sanktion um 85% steht nicht in einem offenkundigen Missverhältnis zum Umfang des erbrachten Mehrwerts. Es ist vielmehr zu berücksichtigen, dass die Wettbewerbsinstanzen – wie erwähnt – bei der Bemessung der Sanktionsreduktion nach der Bonusregelung ein weites Ermessen haben. Eine in jeder Hinsicht exakte Beurteilung des Werts der Aufklärungs- und Ermittlungshilfe ist nicht möglich. Eine Sanktionsreduktion im oberen Drittel des Spektrums erscheint vor diesem Hintergrund angesichts des erbrachten erheblichen Mehrwerts nicht als offensichtlich fehlerhaft. 17.4.33 Die so bemessene Sanktionsreduktion liegt zudem hinreichend deutlich unter der Obergrenze von 100%, welche die Bonusregelung für Erstanzeiger vorsieht, die die weiteren Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass erfüllen. Sie birgt insgesamt und entgegen der von der Vorinstanz im Beschwerdeverfahren geäusserten Auffassung (vgl. Vernehmung, Rz. 24) keine Gefahr, dass die Wirksamkeit der Bonusregelung – insbesondere der angestrebte Wettbewerb um den vollständigen Erlass (vgl. E. 16.3.12) – geschmälert wird. 17.4.34 Die in der angefochtenen Verfügung unter dem Aspekt der Bonusregelung vorgesehene Reduktion der Sanktion um 85% erscheint aus diesen Gründen weder offensichtlich unrichtig noch besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse an einer Herabsetzung des Bonus bzw. einer Erhöhung der Sanktion. Vielmehr spricht das

öffentliche Interesse an einer attraktiven und damit wirksamen Bonusregelung gegen eine restriktive Handhabung derselben. Für eine reformatio in peius besteht demzufolge kein Anlass. Die in der angefochtenen Verfügung unter dem Gesichtspunkt der Bonusregelung vorgenommene Sanktionsreduktion um 85% ist deshalb nicht zu beanstanden.

B-645/2018

Seite 118

E. 18

Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung Zu prüfen bleibt die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung (Grundsatz von nemo tenetur) verletzt (vgl. E. 16.1).

E. 18.1

Die Beschwerdeführerin sieht im Schreiben des Sekretariats im Auftrag des Präsidenten der Vorinstanz vom 15. August 2017, mit dem diese die Beschwerdeführerin zur Stellungnahme dazu aufforderte, ob das Verhalten der Parteien im Zusammenhang mit dem in Frage stehenden Projekt zumindest potentielle Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse gehabt habe (vgl. Sachverhalt, L), und "vor allem" im teilweisen Entzug des Sanktionserlasses wegen angeblicher Distanzierung von der Selbstanzeige eine Ausübung missbräuchlichen Zwangs. Sie führt in Bezug auf das fragliche Schreiben aus, eine aus ihrer Sicht wahrheitswidrige Aussage, wonach sie mit dem Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt habe, habe die Vorinstanz auf keinen Fall erzwingen dürfen, zumal es sich hierbei um eine Aussage mit Geständnischarakter handle (vgl. Beschwerde, Rz. 61 ff., 66 ff.; Replik, Rz. 50 ff.).

E. 18.2

Die Vorinstanz entgegnet zusammengefasst, mit einer Selbstanzeige sei wesensgemäss eine Selbstbelastung verbunden. Diese erfolge bei einer Selbstanzeige jedoch freiwillig. Zudem könne der Hinweis auf gesetzlich vorgesehene Rechtsfolgen bei mangelhafter Selbstanzeige keine Rechtsverletzung darstellen. Es könne der Vorinstanz daher nicht vorgeworfen werden, dass sie die Beschwerdeführerin auf die Folgen ihrer mangelhaften Selbstanzeige hingewiesen habe (vgl. Vernehmlassung, Rz. 50 ff.; Duplik, Rz. 24).

E. 18.3

Verwaltungssanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG haben einen strafrechtsähnlichen Charakter im Sinne von Art. 6 EMRK (vgl. E. 15.1), weshalb die strafprozessualen Garantien dieser Bestimmung auf Kartellsanktionsverfahren grundsätzlich anwendbar sind. Dementsprechend ist auch

B-645/2018

Seite 119

der nemo tenetur-Grundsatz in entsprechenden Verfahren, die Verwaltungsverfahren sind (BGE 145 II 259 E. 2.6.2), grundsätzlich anwendbar (vgl. BGE 147 II 144 E. 5.2.1, Boykott Apple Pay; BGE 139 I 72 E. 2.2.2, Publigroupe; Urteil des BGer 2C_145/2018 vom 7. Oktober 2021 E. 8.2.2.2, Hors-Liste Medikamente Eli Lilly; BVGE 2011/32 E. 4.2, 5.7.2, Swisscom Terminierungsgebühren; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, Rz. 81 ff., 90 ff., Swisscom ADSL). Dieser Grundsatz umfasst das Recht einer

angeschuldigten Person, zu schweigen und sich nicht selbst belasten zu müssen (vgl. BGE 144 I 242 E. 1.2.1, Autohalter). Er dient der Zwecksetzung von Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK, ein faires Verfahren zu gewährleisten und steht in einem engen Zusammenhang zur Unschuldsvermutung nach Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 2 EMRK (zu Rechtscharakter und Rechtsgrundlage vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, Rz. 94 ff., Swisscom ADSL). Bei natürlichen Personen ist der Grundsatz Ausfluss der Menschenwürde. Bei juristischen Personen soll er demgegenüber vorab die Möglichkeit einer wirksamen Verteidigung sicherstellen (vgl. BGE 147 II 144 E. 5.2.2 f., Boykott Apple Pay; Urteil des BGer 2C_145/2018 vom 7. Oktober 2021 E. 8.2.2.2, Hors-Liste Medikamente Eli Lilly). Die strafprozessualen Garantien gelten jedoch nicht absolut und gelangen im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren auch nicht mit voller Strenge zur Anwendung (vgl. Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 2.1.1 E. 5.3.2, Nikon; in diesem Sinne EGMR, Jussila/Finnland, Urteil vom 23. November 2006, Nr. 73053/01, § 43). Denn das Verfahrensrecht dient dazu, auf eine faire Weise die Realisierung des materiellen Rechts zu ermöglichen. Es verstiesse gegen das Gebot der praktischen Konkordanz von Verfassungsinteressen, das Anliegen des Schutzes der Verfahrensparteien zu verabsolutieren und dafür das ebenfalls verfassungsrechtliche Anliegen der Wirksamkeit des materiellen Rechts zu vereiteln. Es ist vielmehr ein angemessener Ausgleich der verschiedenen Interessen anzustreben, um auf eine faire Weise die materielle Wahrheit zu

B-645/2018

Seite 120

erforschen, was sachgerechte Anpassungen des grundsätzlich anwendbaren nemo tenetur-Grundsatzes an die jeweilige konkrete Situation zulässt bzw. gebietet (juristische oder natürliche Person, Auskunftspflicht über Sachverhaltselemente oder implizite Schuldanererkennung, Qualität der Sanktion bei Vereitelung der Mitwirkungspflicht; BGE 140 II 384 E. 3.3.5). Entsprechend kann der nemo tenetur-Grundsatz unter Wahrung der Verhältnismässigkeit und seines Wesensgehalts eingeschränkt werden (vgl. BGE 144 I 242 E. 1.2.1 m.w.H.). Die Bundesgerichte orientieren sich dabei weitgehend an der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 EMRK, zumal sie den Garantien der Bundesverfassung insoweit keinen weitergehenden Gehalt beimessen (vgl. BGE 147 I 57 E. 4.3 [finanzmarktrechtliche Sanktionen]; Urteil des BGer 2C_145/2018 vom 7. Oktober 2021 E. 8.2.2.2, Hors-Liste Medikamente Eli Lilly; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, Rz. 94, Swisscom ADSL). Dieser stellt bei der Beurteilung, ob das Recht einer beschuldigten Person zu schweigen und sich nicht selbst belasten zu müssen, verletzt wurde, auf mehrere Kriterien ab. Es sind dies die Natur und der Grad des angewandten Zwangs, die verfahrensrechtlichen Sicherungen sowie die Verwendung der erlangten Beweise. Der EGMR erachtet es als Verletzung des nemo tenetur-Grundsatzes, eine beschuldigte Person mit unverhältnismässigem Zwang oder Druck (improper compulsion) zur Auskunft aufzufordern (vgl. BGE 140 II 384 E. 3.3.2, 3.3.5, Spielbank, m.H. u.a. auf EGMR, O'Halloran und Francis/UK, Urteil vom 29. Juni 2007, Nr. 15809/02 und Nr. 25624/02, § 55 ff.; Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 5.3.2, Nikon).

B-645/2018

Seite 121

E. 18.4.1

Die Beschwerdeführerin beanstandet unter dem Gesichtspunkt von nemo tenetur zunächst das Schreiben des Sekretariats im Auftrag des Präsidenten der Vorinstanz vom 15. August 2017. Dieses lautet wie folgt [Her- vorhebungen hinzugefügt]: "Wir beziehen uns auf die Stellungnahme der Foffa Conrad AG vom 14. Juni 2017 [...]. Darin bringt die Foffa Conrad AG unter anderem vor, dass das Ver- halten der Parteien [...] zu einer Beschränkung des tatsächlichen Wettbewerbs von vornherein nicht geeignet gewesen sei (Rz 3 der Stellungnahme). Diese Ausführungen stellen die Qualifikation der bisherigen Eingaben der Foffa Conrad AG als Selbstanzeige in Frage. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts i.S. Gaba genügt es, wenn Abreden den Wettbewerb potenti- ell beeinträchtigen können, um den Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG zu erfül- len [...]. Zwecks Klärung der Frage bezüglich Qualifikation der Selbstanzeige ersuchen wir die Foffa Conrad AG im Auftrag des Präsidenten der Wettbe- werbskommission, die folgende Sachverhaltsfrage zu beantworten: Hatte das Verhalten der Parteien im Zusammenhang mit dem Bauprojekt (...) zumindest potentielle Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse? [...]" Aus dem Schreiben der Wettbewerbsbehörden geht hervor, dass diese aufgrund der Stellungnahme der Beschwerdeführerin zum Verfügungsan- trag vom 14. Juni 2017 (vgl. Sachverhalt, K) einen Verzicht auf die Herab- setzung der Sanktion unter dem Titel der Bonusregelung in Erwägung ge- zogen haben.

E. 18.4.2

In ihrer Antwort vom 21. August 2017 (vgl. Sachverhalt, M) bejahte die Beschwerdeführerin die ihr gestellte Frage einerseits und wies ande- rerseits darauf hin, dass es fünf Aussenseiter gegeben habe, die ein wett- bewerbsfähiges Angebot eingereicht hätten. Sie führte im Einzelnen Fol- gendes aus: "Ja, das Verhalten der Parteien hatte zumindest potentielle Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse. Ohne die fünf weiteren unabhängigen Angebote

B-645/2018

Seite 122

für das Projekt (...) hätte das Verhalten dazu geführt, dass nur ein einziges wettbewerbsfähiges Angebot durch Martinelli eingereicht worden wäre. Ein Bauunternehmen, das für ein bestimmtes Projekt ein Angebot abgibt, weiss in aller Regel nicht, wie viele und welche anderen Bauunternehmen gleichfalls anbieten werden." Des Weiteren erklärte sich die Beschwerdeführerin in ihrem im Schreiben "überrascht", dass ihre Stellungnahme zum Verfügungsantrag vom 17. Juni 2017 die Qualifikation der bisherigen Eingaben als Selbstanzeige in Frage stellen soll. Sie führt im Einzelnen unter anderem aus: "Es darf aber auch einer Selbstanzeigerin nicht verwehrt sein, eine im Antrag des Sekretariats vorgenommene Beweiswürdigung ebenso wie die rechtliche Würdigung insofern in Frage zu stellen, als sie ihrer Ansicht nach durch den festgestellten Sachverhalt nicht gedeckt ist. [...] Doch gerade wenn eine Selbstanzeigerin wie die Foffa Conrad-Gruppe zahlreiche Projekte offenlegt, bei denen es nach erster, pauschaler Einschätzung voraussichtlich unzuläs- sige Wettbewerbsabreden gegeben hat, muss es im Interesse einer wahr- heitsgetreuen Beurteilung der angezeigten Sachverhalte erlaubt sein, bei ein- zeln Projekten auf Aspekte hinzuweisen, die eine Beurteilung als 'typische' verbotene Wettbewerbsabrede fraglich erscheinen lassen [...]." Aus dem Schreiben der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin vom

E. 18.4.3

Selbst wenn der Einwand im Beschwerdeverfahren zulässig wäre, erweise er sich als unbegründet. Reicht ein Unternehmen Selbstanzeige ein und wirkt es in deren Rahmen bei Aufklärung und Nachweis des in Frage stehenden Verstosses mit, tut es dies freiwillig und mit dem Ziel, einen Vorteil – den Erlass oder eine Reduktion der Sanktion – zu erhalten (vgl. E. 16.3.10 ff.). Der Umstand, dass die Selbstanzeigerin bei ungenügender Kooperation damit rechnen muss, den in Aussicht stehenden Vorteil ganz oder teilweise zu verlieren, stellt vor diesem Hintergrund keinen unverhältnismässigen Zwang zur Selbstbelastung dar (vgl. in diesem Sinne TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 139h; EuGH, C-411/15, EU:C:2017:11, Rz. 83 ff., Timab Industries; EuG, T-311/94, EU:T:1998:93, Rz. 322 ff., BPB Karton; zur Tragweite des nemo tenetur-Grundsatzes im Rahmen der Bonusregelung vgl. auch PICHT, in: OFK Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 8 SVKG N. 16). Eine Selbstanzeigerin wird dementsprechend auch nicht in unverhältnismässiger Weise unter Druck gesetzt, sich zu belasten, wenn die Wettbewerbsbehörden – wie vorliegend – sie zur Auskunft über einzelne Sachverhaltsaspekte auffordern und auf die Möglichkeit einer Reduktion oder eines Verlusts des in Aussicht stehenden Bonus bei ungenügender Kooperation hinweisen. Im Schreiben des Sekretariats vom 15. August 2017 kann deshalb kein Verstoß gegen den nemo tenetur-Grundsatz gesehen werden.

E. 18.4.4

Anzumerken ist im Lichte des vom Bundesgericht entwickelten Grundsatzes der Parallelität der Rechtsordnungen (vgl. E. 16.3.18), dass die EU-Gerichte in einer entsprechenden Konstellation bislang nicht von einer Anwendbarkeit des nemo tenetur-Grundsatzes ausgegangen sind. So hat der EuG in seinem Urteil in Sachen Mayr-Melnhof festgehalten, es könne "nicht schon als Ausübung von Druck" auf eine Untersuchungsadressatin angesehen werden, wenn diese während des Verwaltungsverfahrens darauf hingewiesen werde, dass im Fall der Anerkennung der wesentlichen oder aller Tatsachenbehauptungen die zu verhängende Sanktion herabgesetzt werden könnte (EuG, T-347/94, EU:T:1998:101, Mayr-Melnhof, Rz. 314 f.; vgl. EMMA SALEMME, Enforcing European Competition Law

B-645/2018

Seite 124

through Leniency Programmes in the Light of Fundamental Rights, 2019, S. 231 ff., m.w.H.). Im Fall Schindler wies das EuG sodann die Rüge, wonach die Mitteilung der EU-Kommission über die Zusammenarbeit von 2002 (a.a.O.) gegen den nemo tenetur-Grundsatz verstosse, mit der Begründung zurück, die Zusammenarbeit des betreffenden Unternehmens im Sinne der Mitteilung über Zusammenarbeit erfolge freiwillig, weil es in keiner Weise dazu gezwungen werde, zu dem vermuteten Kartell Beweismittel vorzulegen (EuG, T-138/07, EU:T:2011:362 Rz. 153, Schindler, m.w.H.). Es kann jedoch mangels Relevanz für den Ausgang des Verfahrens offen gelassen werden, inwieweit diese Rechtsprechung in Berücksichtigung des Grundsatzes der parallelen Rechtslage (vgl. E. 16.3.18) auf das Schweizer Kartellrecht übertragbar ist.

E. 18.4.5

Weitere Ausführungen hierzu – und damit auch zur Geeignetheit und Erforderlichkeit der im Schreiben der Vorinstanz gestellten Frage zur Aufklärung des relevanten Sachverhalts –

erübrigen sich, umso mehr als die Vorinstanz im Rahmen ihrer Beweiswürdigung (vgl. Verfügung, Rz. 45 ff.) nicht auf die Antwort der Beschwerdeführerin vom 21. August 2017 abgestellt hat. Bei dieser Ausgangslage braucht auch nicht näher auf die Rüge der Beschwerdeführerin eingegangen zu werden, der teilweise Entzug des Sanktionserlasses wegen angeblicher Distanzierung von der Selbstanzeige sei eine Ausübung missbräuchlichen Zwangs und verletze den nemo tenetur- Grundsatz (vgl. Beschwerde, Rz. 12, 51 ff.). Stichhaltige Gründe für diese Ansicht werden nicht vorgebracht und sind auch nicht ersichtlich. Es ist nicht einsichtig, inwieweit die Bemessung der Sanktionsreduktion in der angefochtenen Verfügung einen unverhältnismässigen Druck auf die Beschwerdeführerin im Untersuchungsverfahren ausgeübt haben soll. Aus diesen Gründen liegt keine Verletzung des nemo tenetur-Grundsatzes im vorinstanzlichen Verfahren vor.

B-645/2018

Seite 125

19. Zusammenfassung Die Herabsetzung der Sanktion im Umfang von 85% erweist sich – wenn auch aus anderen als von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung vertretenen Gründen (Art. 62 Abs. 4 VwVG; Motivsubstitution; vgl. BVEGE 2007/41 E. 2) – als rechtmässig. Die Beschwerdeführerin hat zwar keinen Anspruch auf einen vollständigen Erlass der Sanktion unter dem Aspekt der Bonusregelung, zumal sie im Beschwerdeverfahren eine Abstimmung mit Martinelli über das Eingabeverhalten an der in Frage stehenden Ausschreibung bestritten hat. Sie hat jedoch gleichwohl einen erheblichen Mehrwert bei der Aufklärung des Verstosses erbracht. Die in der angefochtenen Verfügung ausgesprochene Sanktion ist demzufolge im Ergebnis nicht zu beanstanden, weshalb die Beschwerde als unbegründet abzuweisen ist. 20. Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens Die Beschwerde richtet sich auch gegen die Auferlegung von Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens in der Höhe von Fr. 15'985.–. Die Vorinstanz auferlegt der Beschwerdeführerin und Martinelli Verfahrenskosten von Fr. 31'970.– zu gleichen Teilen. Dieser Betrag setzt sich aus einem Zeitaufwand von 66 Stunden zu einem Stundenansatz Fr. 200.– und von 13 Stunden zu einem Ansatz Fr. 290.– zusammen, was einen Betrag von Fr. 16'970.– ergibt. Die Vorinstanz rechnet des Weiteren vom ursprünglichen Verfahren Nr. 22-0433 (Bauleistungen Graubünden) Verfahrenskosten von Fr. 15'000.– hinzu, weil vor der Verfahrenstrennung am 23. November 2015 mehrere Ermittlungshandlungen, insbesondere Einvernahmen, über das vorliegende Bauprojekt durchgeführt worden seien (vgl. Verfügung, Rz. 178 ff.). Die Wettbewerbsbehörden erheben Gebühren für Verfügungen über die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen nach den Art. 26 ff. KG (Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG). Die Auferlegung von Kosten im vorinstanzlichen

B-645/2018

Seite 126

Verfahren richtet sich nach der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz vom 25. Februar 1998 (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2). Gebührenpflichtig ist gemäss Art. 2 Abs. 1 GebV-KG unter anderem, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Keine Gebührenpflicht besteht gemäss Art. 3 Abs. 2 GebV-KG für Beteiligte, die eine Vorabklärung oder eine Untersuchung verursacht haben, sofern sich keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergeben bzw. sich die vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grunde eingestellt wird. Die

Gebühr bemisst sich gemäss Art. 4 Abs. 1 GebV-KG nach dem Zeitaufwand. Wurde eine Verfügung durch mehrere (juristische) Personen gemeinsam veranlasst, haften sie für die Gebühr solidarisch (Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 Allgemeine Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV; SR 172.041.1]; vgl. Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.1.1, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Cellere). Die Beschwerdeführerin hat das der vorliegend angefochtenen Verfügung zugrunde liegende Untersuchungsverfahren mitverursacht, nach dessen Abschluss die Vorinstanz zu Recht auf eine Beteiligung der Beschwerdeführerin an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede geschlossen hat. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass die angefochtene Verfügung der Beschwerdeführerin die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens anteilmässig auferlegt. Die betreffende Abrede war des Weiteren bereits Gegenstand des ursprünglichen Verfahrens Nr. 22-0433 (Bauleistungen Graubünden). Da die vorinstanzlichen Verfahrenshandlungen zum grossen Teil vor der Verfahrenstrennung vom 23. November 2015 erfolgten, ist es ebenfalls nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz vom ursprünglichen Verfahren Nr. 22-0433 (Bauleistungen Graubünden) Verfahrenskosten von Fr. 15'000.- hinzurechnet. Die Beschwerde ist auch diesbezüglich abzuweisen.

B-645/2018

Seite 127

E. 19

Zusammenfassung Die Herabsetzung der Sanktion im Umfang von 85% erweist sich - wenn auch aus anderen als von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung vertretenen Gründen (Art. 62 Abs. 4 VwVG; Motivsubstitution; vgl. BVGE 2007/41 E. 2) - als rechtmässig. Die Beschwerdeführerin hat zwar keinen Anspruch auf einen vollständigen Erlass der Sanktion unter dem Aspekt der Bonusregelung, zumal sie im Beschwerdeverfahren eine Abstimmung mit Martinelli über das Eingabeverhalten an der in Frage stehenden Ausschreibung bestritten hat. Sie hat jedoch gleichwohl einen erheblichen Mehrwert bei der Aufklärung des Verstosses erbracht. Die in der angefochtenen Verfügung ausgesprochene Sanktion ist demzufolge im Ergebnis nicht zu beanstanden, weshalb die Beschwerde als unbegründet abzuweisen ist.

E. 20

Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens Die Beschwerde richtet sich auch gegen die Auferlegung von Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens in der Höhe von Fr. 15'985.-. Die Vorinstanz auferlegt der Beschwerdeführerin und Martinelli Verfahrenskosten von Fr. 31'970.- zu gleichen Teilen. Dieser Betrag setzt sich aus einem Zeitaufwand von 66 Stunden zu einem Stundenansatz Fr. 200.- und von 13 Stunden zu einem Ansatz Fr. 290.- zusammen, was einen Betrag von Fr. 16'970.- ergibt. Die Vorinstanz rechnet des Weiteren vom ursprünglichen Verfahren Nr. 22-0433 (Bauleistungen Graubünden) Verfahrenskosten von Fr. 15'000.- hinzu, weil vor der Verfahrenstrennung am 23. November 2015 mehrere Ermittlungshandlungen, insbesondere Einvernahmen, über das vorliegende Bauprojekt durchgeführt worden seien (vgl. Verfügung, Rz.178 ff.). Die Wettbewerbsbehörden erheben Gebühren für Verfügungen über die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen nach den Art. 26 ff. KG (Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG). Die Auferlegung von Kosten im vorinstanzlichen Verfahren richtet sich nach der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz vom 25. Februar 1998 (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

Gebührenpflichtig ist gemäss Art. 2 Abs. 1 GebV-KG unter anderem, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Keine Gebührenpflicht besteht gemäss Art. 3 Abs. 2 GebV-KG für Beteiligte, die eine Vorabklärung oder eine Untersuchung verursacht haben, sofern sich keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergeben bzw. sich die vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grunde eingestellt wird. Die Gebühr bemisst sich gemäss Art. 4 Abs. 1 GebV-KG nach dem Zeitaufwand. Wurde eine Verfügung durch mehrere (juristische) Personen gemeinsam veranlasst, haften sie für die Gebühr solidarisch (Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 Allgemeine Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV; SR 172.041.1]; vgl. Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.1.1, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Cellere). Die Beschwerdeführerin hat das der vorliegend angefochtenen Verfügung zugrunde liegende Untersuchungsverfahren mitverursacht, nach dessen Abschluss die Vorinstanz zu Recht auf eine Beteiligung der Beschwerdeführerin an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede geschlossen hat. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass die angefochtene Verfügung der Beschwerdeführerin die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens anteilmässig auferlegt. Die betreffende Abrede war des Weiteren bereits Gegenstand des ursprünglichen Verfahrens Nr. 22-0433 (Bauleistungen Graubünden). Da die vorinstanzlichen Verfahrenshandlungen zum grossen Teil vor der Verfahrenstrennung vom 23. November 2015 erfolgten, ist es ebenfalls nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz vom ursprünglichen Verfahren Nr. 22-0433 (Bauleistungen Graubünden) Verfahrenskosten von Fr. 15'000.- hinzurechnet. Die Beschwerde ist auch diesbezüglich abzuweisen.

E. 21

Kosten des Beschwerdeverfahrens und Parteientschädigung Die Beschwerdeführerin unterliegt mit ihren Begehren, weshalb ihr die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Die Bemessung richtet sich nach dem gestützt auf Art. 16 Abs. 1 Bst. a VGG erlassenen Reglement des Bundesverwaltungsgerichts über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 (VGKE). Danach bemisst sich die Gerichtsgebühr nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 1 Abs. 1 VGKE). Nach Art. 4 VGKE beträgt die Gerichtsgebühr in Streitigkeiten mit Vermögensinteresse bei einem Streitwert zwischen Fr. 10'000.- und Fr. 20'000.- maximal Fr. 5'000.-. Die vorliegend angefochtene Sanktion beläuft sich auf Fr. (...). Aufgrund der relativ hohen Komplexität der zu behandelnden – bislang ungeklärten – Rechtsfragen in Zusammenhang mit der Bonusregelung ist die Gerichtsgebühr entsprechend dem einverlangten Kostenvorschuss auf Fr. 5'000.- festzulegen. Angesichts des Ausgangs des Beschwerdeverfahrens ist der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

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