

BVGer B-648/2018 vom 2. Oktober 2017

Bundesverwaltungsgericht, 2017-10-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-648_2018_d20171002

FR: TAF B-648/2018 du 2 octobre 2017

IT: TAF B-648/2018 del 2 ottobre 2017

Regeste

Unzulässige Wettbewerbsabreden | Sanktionsverfügung vom 2. Oktober 2017

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) gewahrt (Art. 50 i.V.m. Art. 20 ff. VwVG). Da auch die anderen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 2

Verfahrensanträge

B-648/2018

Seite 13

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. Der weitere Verfahrensantrag, der im Ergebnis auf die Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdeführerin zielt, ist im Rahmen der Verfahrensführung zu berücksichtigen. 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 wird die für die Wettbewerbsbehörden nach Art. 25 Abs. 1 und 4 KG ex lege geltende Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sinngemäss ebenfalls zu befolgen haben (vgl. Urteile des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 11, Engadin II Rocca + Hotz; 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

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.

B-648/2018

Seite 14

Die Beschwerdeführerin ist ein Unternehmen im Sinne des KG, dem die Vorinstanz die Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG (vgl. zum Wortlaut der Bestimmungen E. 12) über die Ausschreibung von Bauleistungen in Zusammenhang mit (...) 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 gemäss Art. 3 KG 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 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, in: 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 das Projekt (...) (Dispositiv-Ziffer 2.1). Zudem auferlegte die Vorinstanz der Foffa Conrad – recte: der Beschwerdeführerin – Verhaltenspflichten (Dispositiv-Ziffer 1) und Verfahrenskosten im Umfang von Fr. (...) (Dispositiv-Ziffer 3.1).

B-648/2018

Seite 15

Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung der sie betreffenden Anordnungen der Vorinstanz in den Ziffern 2 und 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung. Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist somit die Rechtmässigkeit der Sanktion von Fr. (...) sowie die Auferlegung von anteilmässigen Verfahrenskosten der Vorinstanz im Betrag von Fr. (...). Nicht Streitgegenstand bildet die Auferlegung von Verhaltenspflichten 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 Schutzgeberin reicht die eigene Offerte damit nur zum Schein ein. Eine Schutznahme 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 abredeteiligen Unternehmen – insbesondere des stützenden Unternehmens – 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

B-648/2018

Seite 16

Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG vorliege, ihre Beweisführungspflicht verletzt (vgl. Beschwerde, Rz. 10, 21). Dieses Vorbringen betrifft die subjektive Beweislast im Sinne der Beweisführungslast. Wie in übrigen Verwaltungsverfahren gilt auch in Kartellverwaltungsverfahren 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 Untersuchungsgrundsatz erfährt jedoch eine Einschränkung durch die in Art. 13 VwVG statuierte Mitwirkungspflicht der Parteien (vgl. 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-Kommentar 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. 36 ff.). Da die Rüge der Verletzung der Beweisführungslast einen engen Zusammenhang mit der materiellrechtlichen Beurteilung aufweist, wird sie dort behandelt (vgl. E. 7; Urteile des BVGer B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 E. 1.1.2 [nicht publizierte Erwägung in BVGE 2011/32], Swisscom Terminierungsgebühren; B-771/2012 vom 25. Juni 2018 E. 5.3, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Cellere; B-2597/2017 vom 19. Januar 2022 E. 4.12 ff., Vifor Pharma).

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 bzw. Implenja keine Einigung über das Eingabeverhalten an der betreffenden Ausschreibung vorgelegen (vgl. E. 7.3.2), die als Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert werden könne (vgl. E. 8). 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, bei dem sie Martinelli und Implenja jeweils eine vorkalkulierte Offerte übersandt habe (vgl. Beschwerde, Rz. 8, 68; Replik, Rz. 19, 35). Sie wendet jedoch ein, im Einklang mit der Unschuldsvermutung und dem Grundsatz "in dubio pro reo" könnten ihr weder mit Martinelli noch mit Implenja "ein Konsens zur Angebotskoordination oder eine Verhaltensabstimmung in anderer Form" nachgewiesen werden. Es sei beweismässig nicht erstellt, dass sie und Martinelli bzw. Implenja durch ihr Verhalten den übereinstimmenden wirklichen Willen im Hinblick auf die (angebotliche) Angebotskoordinierung beim betreffenden Bauobjekt geäußert hätten. Vielmehr fehle eine "Einigung oder Abstimmung" mit Martinelli bzw. Implenja über die Koordinierung der Angebote. Das vorinstanzliche Beweisergebnis sei mit dem Grundsatz "in dubio pro reo" nicht vereinbar (vgl. Beschwerde, Rz. 31, 34, 42). Im Einzelnen führt sie unter Verweis auf die Unschuldsvermutung in der Beschwerde diesbezüglich aus [Hervorhebungen hinzugefügt]: "(31) Im Einklang mit diesem Grundsatz kann weder Martinelli und Bezzola Denoth noch Implenja und Bezzola Denoth beim Projekt (...) ein Konsens zur Angebotskoordination oder eine Verhaltensabstimmung in anderer Form nachgewiesen werden. [...]" (Rz. 31)

"(34) [...] es fehlt die unabdingbare zweiseitige Einigung oder Abstimmung, überhaupt eine Angebotskoordinierung vornehmen zu wollen, bzw. die gemeinsame Intention für eine abgestimmte Verhaltensweise. [...]" (Rz. 34) "(41) Es ist beweismässig nicht erstellt, dass 'Bezzola Denoth, Martinelli und Implenja durch ihr Verhalten den übereinstimmenden Willen geäußert' hätten, 'ihre Angebote beim Projekt (...) zu koordinieren' (Verfügung, Rz. 82). [...]" (Rz. 41) Die Beschwerdeführerin führt weiter an, ungeachtet des jeweiligen Informationsaustauschs mit Martinelli und Implenja, in deren Rahmen sie diesen Unternehmen jeweils eine vorkalkulierte Offerte zugesandt habe, sei deren Angebot jeweils auf einen "einseitigen und freien Entschluss" zurückgegangen, sich "mangels Fähigkeit zu einem wettbewerbsfähigen Angebot" nur formell an dem Einladungsverfahren zu beteiligen und eine reine "Pro-Forma-Offerte" einzureichen (vgl. Beschwerde, Rz. 28, 31, 38, 68; Replik, Rz. 19, 23).

E. 7.2.1

Die Vorinstanz erachtet es demgegenüber als bewiesen, dass die Beschwerdeführerin und Martinelli bzw. Implenla durch ihr Verhalten den übereinstimmenden Willen geäussert hätten, ihre Angebote beim Projekt (...) zu koordinieren. Konkret sollten Martinelli und Implenla eine höhere Offerte einreichen als die Beschwerdeführerin (vgl. Verfügung, Rz. 64).

E. 7.2.2

Die Vorinstanz stützt ihre Beurteilung zur Hauptsache auf das jeweilige E-Mail der Beschwerdeführerin an Martinelli vom (...) und an Implenla vom (...). Die Vorinstanz argumentiert zunächst, die in der E-Mail vom (...) von A._____ an M._____, Implenla, verwendete Formulierung „Unsere Eingabe beläuft sich auf netto inkl. MWSt. Fr. (...). Die gesendete SIA sollte eine Summe netto inkl. MWSt. von Fr. (...) aufweisen (2.33%)“ bedeute, dass die Eingabe von Implenla um 2,33 % höher sein sollte als diejenige von Bezzola Denoth. Dies lasse keinen anderen Schluss zu, als dass damit

B-648/2018

Seite 19

Implenla gebeten worden sei, eine höhere Offerte einzureichen. Gestützt werde dies durch die Aussage von M._____, wonach gewisse Normpositionen deutlich über dem Marktpreis angesetzt worden seien und dies durch eine mögliche Koordinierung des Eingabepreises zu erklären wäre (vgl. Verfügung, Rz. 60 ff.). Analoge Schlüsse seien aus der E-Mail von A._____ an I._____, Martinelli, vom (...) zu ziehen. Der darin enthaltene Satz "Du bist mit dieser Eingabe ca. 3.5% über unserem Preis" lasse keinen anderen Schluss zu, als dass damit Martinelli aufgefordert worden sei, eine höhere Offerte einzugeben und Martinelli die Beschwerdeführerin bei diesem Bauprojekt nicht konkurrenzieren solle (vgl. Verfügung, Rz. 62).

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 verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

E. 7.3.2

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

E. 7.3.2.1

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; Urteile des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018 E. 6.3, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Granelia; B-552/2015 vom 14.

B-648/2018

Seite 20

November 2017 E. 3.2, Türbeschläge). Während die objektive Beweislast regelt, welche Partei die Folgen der Beweislosigkeit einer rechtlich relevanten Tatsache zu tragen hat, bestimmt die subjektive Beweislast die Beweisführungslast (vgl. Urteile des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 6.4, Buchhändler Dargaud; B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 E. 4.5.4, Altimum). Dass die Vorinstanz hinsichtlich der objektiven Beweislast von unzutreffenden Annahmen ausgegangen ist, legt die Beschwerdeführerin zu Recht nicht dar (vgl. zur subjektiven Beweislast E. 6).

E. 7.3.2.2

Vorliegend ist mit der Vorinstanz vom Regelbeweismass des Überzeugungsbeweises auszugehen (vgl. Verfügung, Rz. 36, 64; Vernehmlassung, Rz. 42, 45). Hierfür sprechen die – auch in Kartellsanktionsverfahren grundsätzlich geltende – Unschuldsvermutung (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.4.3, Altimum; Urteil des BGer 2C_845/2018 vom 3. August 2020 E. 4.2, Strassen und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 6.3, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne) und die Tatsache, dass keine besonders komplexe Beweislage vorliegt. Demnach muss ein Gericht oder eine Behörde nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt 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-710/2014 vom 16. November 2022 E. 9.1.2, Luftfracht; B-7834/2015 vom 16. August 2022 E. 6.3.1 f., Autohändler; B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 6.4, Buchhändler 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 Beweislastregel – erst, wenn alle aus Sicht des urteilenden Gerichts notwendigen 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. Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017 E. 3.2, Türbeschläge, m.H. auf Urteil

B-648/2018

Seite 21

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-141/2012 vom

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 die Beschwerdeführerin eine Abstimmung mit Martinelli und Implenja über das Eingabeverhalten getroffen habe, hauptsächlich auf je eine E-Mail der Beschwerdeführerin an Implenja vom (...) und an Martinelli vom (...), welche die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 1. Februar 2013 (vgl. Sachverhalt, D) eingereicht hat (vgl. Verfügung, Rz. 60 ff., 179; E. 7.2). Die E-Mail an Implenja lautet wie folgt: "Sehr geehrter Herr M._____. In der Beilage erhalten sie die abgeänderte Offerte Baumeisterarbeiten. Unsere Eingabe beläuft sich auf netto inkl. MWSt Fr. (...). Die gesendete SIA sollte eine Summe netto inkl. MWSt. von Fr. (...) aufweisen (2.33%) Herzlichen Dank für Ihre Bemühungen. Mit freundlichen Grüßen A._____" Die E-Mail an Martinelli lautet wie folgt: "Hallo I._____. Im Anhang die entsprechenden SIA Dateien. (...) sollte falls alles i.o. ist eine Summe von Fr. (...) netto inkl. MWSt. ergeben. (...) Du bist mit dieser Eingabe ca. 3.5% über unserem Preis. Danke für deine Bemühungen. [...] A._____"

B-648/2018

Seite 23

E. 7.3.7

Zum Hintergrund der jeweiligen E-Mail führt die Beschwerdeführerin aus, sie sei von Martinelli und Implenja jeweils um eine vorkalkulierte Offerte gebeten worden. Sie habe Martinelli und Implenja mit der jeweiligen E-Mail "aus reinem Entgegenkommen" eine solche Offerte zugesandt, damit diese die von ihnen einseitig geplante "Pro-Forma-Offerte" so kostengünstig wie möglich hätten erstellen können (vgl. Beschwerde, Rz. 27 f., 34, 36).

E. 7.3.8

In ihrer Eingabe vom 1. Februar 2013 reichte die Beschwerdeführerin auch eine überarbeitete Liste ihrer Offerten zu Bauprojekten im Engadin in den Jahren 2006 bis und mit 2012 ein. Mit Bezug auf das darin aufgeführte Projekt (...) enthält die Liste den folgenden Vermerk: "Verstoss belegt durch Mail siehe Beilage" (Vorinstanz, act. IX.C.035, S. 35 f., 60 f. [25-0039]). Die Beschwerdeführerin hielt unter der Überschrift "Gekennzeichnete Projekte Engadin (Zernez) 2007-2012", unter der auch das betreffende Projekt aufgeführt ist, einleitend Folgendes fest: "[...] Bei den gekennzeichneten Projekten handelt es sich vornehmlich um bilaterale Absprachen zwischen Foffa Conrad AG und einer weiteren Unternehmung [...]" (vgl. Vorinstanz, act. IX.C.35 [25-0039]).

E. 7.3.9

An der Befragung durch das Sekretariat am 26. Oktober 2015 sagte A. _____ im Namen der Beschwerdeführerin diesbezüglich aus, er habe sowohl Implenia als auch Martinelli die Eingabesumme der Beschwerdeführerin bekanntgegeben. Er nehme an, dass Martinelli bzw. Implenia die Beschwerdeführerin um die Bekanntgabe einer Eingabesumme angefragt hätten, nachdem sie von der Bauherrin um eine Offerte gebeten worden seien (vgl. Protokoll der mündlichen Ergänzung zur Selbstanzeige vom 26. Oktober 2015, act. IX.C.60 [25-0039], Rz. 343 ff., 373 ff.; vgl. auch Protokoll der Anhörung der Beschwerdeführerin vom 4. September 2017, act. 59 [22-0463], Rz. 50 ff., 71 ff.).

B-648/2018

Seite 24

E. 7.3.10

Dass es sich um von der Beschwerdeführerin für Martinelli und Implenia vorkalkulierte Offerten handelt, bestätigt der Wortlaut der jeweiligen E-Mail. Darin ("Du bist mit dieser Eingabe ca. 3.5% über unserem Preis. Danke für deine Bemühungen [...] bzw. "Die gesendete SIA sollte eine Summe netto inkl. MWSt. von Fr. (...) aufweisen (2.33%) [...] Herzlichen Dank für Ihre Bemühungen.") kommt die Erwartung der Beschwerdeführerin zum Ausdruck, dass Martinelli und Implenia die jeweilige Offerte als ihr eigenes Angebot an der Ausschreibung einreichen (so auch die angefochtene Verfügung, Rz. 64).

E. 7.3.11

Es ist demnach erstellt, dass die Beschwerdeführerin Martinelli und Implenia mit E-Mail vom (...) bzw. (...) je eine vorkalkulierte Offerte für die Ausschreibung (...) zugesandt hat.

E. 7.3.12

Es ist dabei aufgrund der von den Beteiligten bekundeten Interessenlage – dem Interesse der Beschwerdeführerin am Erhalt des Zuschlags stand ein offenes Desinteresse von Martinelli und Implenia am Zuschlag gegenüber – davon auszugehen, dass der in den beiden Offerten aufgeführte Preis höher als der Preis war, zu dem die Beschwerdeführerin ihr Angebot einzureichen beabsichtigte. Die Zusendung einer Offerte zu einem tieferen Preis hätte aus der Sicht der Beschwerdeführerin ökonomisch keinen Sinn gehabt, zumal sie dadurch ihre Chancen auf den Zuschlag verringert hätte.

E. 7.3.13

Ein weiteres Indiz dafür, dass die Beschwerdeführerin sowie Martinelli und Implenia sich dahingehend abgestimmt haben, dass letztere Unternehmen zu einem höheren Preis offerieren sollen, stellt auch die folgende Aussage von A. _____ im vorinstanzlichen Verfahren dar: "Es ist klar, dass die vereinbarte Eingabesumme der Martinelli AG höher war als diejenige der Bezzola Denoth AG. Es steht in der E-Mail 3.5%" (vgl. Protokoll der mündlichen Ergänzung zur Selbstanzeige vom 26. Oktober 2015, act. IX.C.60 [25-0039], Rz. 343 ff., 354 ff.).

B-648/2018

Seite 25

E. 7.3.14

Die Zusendung der jeweiligen E-Mail an Martinelli und Implenla 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. 7.3.15

Ein weiteres Indiz für eine Abstimmung ist der Umstand, dass Martinelli und Implenla – was diese nicht bestreiten und aktenkundig ist – die ihnen jeweils zugesandte vorkalkulierte Offerte im Wesentlichen unverändert als ihr eigenes Angebot an der fraglichen Ausschreibung eingereicht haben; während die von der Beschwerdeführerin zugesandten Offerten einen Preis von Fr. (...) (Offerte für Martinelli) und Fr. (...) (Offerte für Implenla) vorsah, reichte Martinelli eine Offerte zu einem Preis von Fr. (...) und Implenla eine Offerte zu Fr. (...) ein (jeweils inkl. MwSt.; vgl. Verfügung, Rz. 80).

E. 7.3.16

Soweit sich der Einwand der Beschwerdeführerin, Martinelli und Implenla hätten ihr Angebot aus freiem Entschluss eingereicht, gegen das Bestehen einer Abstimmung richtet, ist er unbehelflich. Martinelli und Implenla kannten aufgrund der ihnen von der Beschwerdeführerin jeweils zugesandten vorkalkulierten Offerte den ungefähren Offertpreis, zu dem diese ihr Angebot einzureichen beabsichtigte. Sie haben die ihnen jeweils zugesandte vorkalkulierte Offerte – wie soeben aufgezeigt – im Wesentlichen unverändert als ihr eigenes Angebot eingegeben und damit bewusst eine preislich teurere Offerte eingereicht. Martinelli und Implenla haben den Offertpreis demnach gerade nicht im Sinne des zum Schutz eines unverfälschten Wettbewerbs massgeblichen Selbständigkeitspostulats (vgl. E. 9.3.10) unabhängig von der Beschwerdeführerin als 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; Urteil des BVGer B-141/2012 vom 12. Dezember 2012 E. 4.4.3.1.3, Estée Lauder).

B-648/2018

Seite 26

E. 7.3.17

Auf ein Einvernehmen zwischen der Beschwerdeführerin und Martinelli einerseits sowie Implenla andererseits über die Koordinierung der Angebote weist auch die Tatsache hin, dass die Beschwerdeführerin zu einem frühen Zeitpunkt des vorinstanzlichen Untersuchungsverfahrens ausdrücklich eingestanden hat, sich mit Martinelli und Implenla über das Eingabeverhalten an der betreffenden Ausschreibung abgestimmt zu haben: So stellte die Beschwerdeführerin dem Sekretariat im Rahmen ihrer Selbstanzeige mit Eingabe vom 4. Dezember 2012 eine Liste ihrer Offerten zu Bauprojekten im Engadin in den Jahren 2006 bis 2012 zu (vgl. Sachverhalt, C). Darauf ist unter anderem das Bauprojekt (...), aufgeführt, mit der Bemerkung: "Schutz erhalten von Martinelli St. Moritz und Implenla Davos. Hinweis in unserem Mailverkehr" (vgl. Vorinstanz, act. IX.C.027, Beilage 1 S. 18 [25-0039]).

E. 7.3.18

Die Beschwerdeführerin wendet ein, A._____ habe zwar in der am 4. Dezember 2012 eingereichten Liste das vorliegend infrage stehende Projekt mit der Bemerkung "Schutz erhalten von Martinelli St. Moritz und Implenla Davos [...]" versehen. Es habe sich jedoch 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 "Schutz" dürfe deshalb nicht einfach mit "Kartellrechtsverstoss" oder einem förmlichen Geständnis gleichgesetzt werden (vgl. Beschwerde, Rz. 57). Es sei zwar – so die Beschwerdeführerin weiter – unbestritten, dass die Beschwerdeführerin von Martinelli und Implenla "Schutz" in Bezug auf das Projekt (...) erhalten habe. Es sei jedoch unklar, was die Beteiligten darunter jeweils verstanden hätten. So habe A._____ gegenüber den Wettbewerbsbehörden zu Protokoll gegeben, dass er Martinelli und Implenla die Eingabesummen aus "reinem Entgegenkommen" bekanntgegeben habe. Martinelli und Implenla seien im Unterengadin nicht tätig gewesen. Die Be-

B-648/2018

Seite 27

zzola Denoth habe keinen Nutzen davon gehabt, dass "Nichtmarktteilnehmer" im Unterengadin eine Offerte eingeben würden. Die Verwendung des Ausdrucks "Schutz" dürfe deshalb nicht überbewertet werden, zumal er von einem juristischen Laien gekommen sei (Beschwerde, Rz. 36). Soweit sie – so die Beschwerdeführerin weiter – im Rahmen der Selbstanzeige eine Bewertung des Verhaltens vorgenommen habe "(wie z.B. durch die Aussagen 'Schutz erhalten von Martinelli, St. Moritz und Implenla Davos' oder 'Verstoss belegt durch Mail')", habe es sich um "Aussagen aus Laiensicht" gehandelt (vgl. Beschwerde, Rz. 36, 57; 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. 79).

E. 7.3.19

Die Beschwerdeführerin weist zutreffend darauf hin, dass einzig der Erstanzeiger einen vollständigen Sanktionserlass erhalten kann (vgl. E. 16 ff.), 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, E). Auch ergibt sich aus den Akten, dass die Beschwerdeführerin – wie diese selbst anführt (vgl. Replik,

B-648/2018

Rz. 61; Stellungnahme zum Verfügungsantrag, Rz. 21) – im Rahmen ihrer Selbstanzeige früh Hinweise zu zahlreichen möglichen Submissionsab- sprachen im Kanton Graubünden vorgelegt hat. Wie die Vorinstanz in ihrer (rechtskräftigen) Sanktionsverfügung in Sachen Hoch- und Tiefbauleistun- gen Münstertal (Engadin IX) festhält, haben es ihr die Hinweise der Be- schwerdeführerin 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). Die Beschwerdeführerin zeigt jedoch nicht schlüssig auf, welche Umstände sie bei der vorliegend relevanten Ausschreibung zur Änderung ihres Stand- punkts zum Vorliegen einer Abstimmung bewogen haben. Sie legt mit an- deren Worten keine nachvollziehbaren Gründe dar, weshalb sie – anders als im Verfahren vor der Vorinstanz – in ihrer Beschwerde eine Abstimmung mit Martinelli und Implenja über eine Koordinierung der Angebote mit Be- zug auf das Projekt (...) bestreitet. Unbehelflich ist auch der Einwand der Beschwerdeführerin, die von A. _____ im vorinstanzlichen Verfahren gemachte Aussage, wonach die Beschwerdeführerin hinsichtlich des vorliegend relevanten Projekts von Implenja und Martinelli "Schutz" erhalten habe (vgl. E. 7.3.17), sei bloss eine "Aussage aus Laiensicht" gewesen. Es kann kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass der wesentliche Gehalt des Begriffs "Schutz" – die Unterstützung durch andere Anbieter bei einer Ausschreibung durch die Abgabe von Stützofferten auf der Grundlage eines Einvernehmens über das Marktverhalten (vgl. zur Terminologie E. 5) – dem Geschäftsführer der Beschwerdeführerin bewusst war. Gegenteiliges macht die Beschwerde- führerin nicht stichhaltig geltend und ist auch nicht aus den Akten ersicht- lich.

E. 7.3.20

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

B-648/2018

Seite 29

E. 7.3.21

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 um eine "Pro-Forma-Offerte" gehandelt habe, die den Wettbewerb nicht habe be- schränken können, weil Martinelli ohne die Hilfe der Beschwerdeführerin 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 Abstim- mung über das Eingabeverhalten nicht zu entkräften. Vielmehr lassen diese keinen vernünftigen Zweifel daran bestehen, dass die Beschwerde- führerin sich mit Martinelli und Implenja über das Eingabeverhalten an der in Frage stehenden Ausschreibung abgestimmt hat.

E. 7.3.22

Somit hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin eine Abstimmung mit Martinelli und Implenia über das Eingabeverhalten an der Ausschreibung (...) rechtsgenügend nachgewiesen (vgl. zu deren Inhalt E. 11.2.1). 8. Vereinbarung Strittig 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 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; Beschwerde, Rz. 42).

B-648/2018

Seite 30

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- und 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 (Art. 1 Abs. 1 OR). Die Willenserklärung kann ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten erfolgen (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.

B-648/2018

Seite 31

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, Türbeschlüsse; 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 DANIEL 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 haben Martinelli und Implenia – was unbestritten und aufgrund der Akten erstellt ist – die ihnen von der Beschwerdeführerin jeweils zugesandte Offerte ohne wesentliche Änderungen als ihre Offerte eingereicht. Sie haben sich damit entsprechend der erzielten Abstimmung (vgl. E. 7.3.6 ff.) verhalten und diese umgesetzt. Wäre die Beschwerdeführerin als designierte Schutznehmerin davon ausgegangen, dass Martinelli und Implenia sich nicht an die Abstimmung halten, sondern ihr Eingabeverhalten autonom festlegen, hätte es für sie ökonomisch keinen Sinn gehabt, – zumindest potentiellen – Konkurrenzunternehmen (vgl. E. 9.3.2 ff.) eine vorkalkulierte Offerte zuzusenden und auf diese Weise über das beabsichtigte Marktverhalten zu informieren. Denn in einem solchen Fall hätte die Beschwerdeführerin damit rechnen müssen, dass Martinelli und Implenia – in Kenntnis des ungefähren Offertpreises der Beschwerdeführerin – zu einem günstigeren Preis offerieren würden, um den Zuschlag zu erhalten

B-648/2018

Seite 32

(vgl. Urteil des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 6.7.1.40, Engadin II Rocca + Hotz). Demnach muss die Beschwerdeführerin vernünftigerweise die Erwartung gehabt haben, dass Martinelli und Implenia sich an die getroffene Abstimmung halten. 8.3.5 In Anbetracht dessen kann kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass die drei abredebeteiligten Unternehmen sich als an die erzielte Abstimmung über das Eingabeverhalten gebunden erachteten. 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 einerseits sowie Martinelli und Implenia andererseits über das Eingabeverhalten an der Ausschreibung (...) vorlag (vgl. zum Inhalt der Abstimmung im Einzelnen nachfolgende E. 11.2.1). Diese ist mit der Vorinstanz (vgl. Verfügung, Rz. 96 f.) als Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG einzustufen (vgl. Urteil des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 6.7.1.41, 6.8.8 f., Engadin II Rocca + Hotz). 9. Wettbewerbsverhältnis und Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung Strittig ist des Weiteren, ob zwischen der Beschwerdeführerin einerseits und Martinelli sowie Implenia andererseits ein tatsächliches oder potentielles 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 bringt sie vor, Martinelli und Implenia seien "wegen der zu grossen Entfernung keine

B-648/2018

echten Konkurrentinnen für das Projekt (...)“ gewesen. Ein Anfahrtsweg von einer Stunde bedeute bei den knappen Margen im Baubereich, dass keine wettbewerbsfähigen Offerten abgegeben werden könnten. Nur theoretisch mag es zutreffen, dass Martinelli und Implemia bei Zuschlagserteilung grundsätzlich das fragliche Projekt hätten ausführen können. Das wäre aber nur unter Inkaufnahme eines Verlustes möglich gewesen. Die "vorliegenden bilateralen Abreden" seien daher objektiv nicht geeignet gewesen, den Wettbewerb zu beeinträchtigen. Es habe auch keine dahingehende Absicht bestanden (vgl. Beschwerde, Rz. 38 ff., 71).

9.2 Die Vorinstanz bringt vor, die drei Untersuchungsadressatinnen des vorliegend infrage stehenden Verfahrens seien auf derselben Marktstufe tätig und als solche Konkurrentinnen bei der Vergabe des zu beurteilenden Bauprojekts gewesen. Die Abrede sei somit horizontaler Natur (vgl. Verfügung, Rz. 103). 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. 101).

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 zu Martinelli und Implemia 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. 9.3.7 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

B-648/2018

stehen. Erforderlich ist mit anderen Worten ein aktuelles oder potentielles Konkurrenzverhältnis auf demselben sachlichen und räumlichen Markt (vgl. Urteile des BVGer B-5172 vom 26. Oktober 2023 E. 6.4.3.2, Engadin III Rocca + Hotz; 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, 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).

9.3.3 Die vorliegend in Frage stehende Ausschreibung hatte (...) und damit Hochbauleistungen zum Gegenstand (vgl. Verfügung, Rz. 1). Wie die Vorinstanz ausführt (vgl. Verfügung, Rz. 116), beschränkte sich der sachlich relevante Markt auf die ausgeschriebenen Arbeiten. Des Weiteren steht vorliegend aufgrund der Akten fest, dass die

Beschwerdeführerin, Martinelli und Implenja – neben fünf weiteren Bauunternehmungen – von der X. _____ AG als Bauherrin zur Offertstellung eingeladen wurden (vgl. Verfügung, Rz. 48, 122). Dies kann nur so verstanden werden, dass die Bauherrin sich mit der Einladung von insgesamt acht Unternehmen neben einer grösseren Auswahl an Anbietern einen erhöhten Wettbewerb erhoffte. Dass die Bauherrin eine Wettbewerbssituation schaffen wollte, ergibt sich auch aus ihrer schriftlichen Antwort vom (...) auf die im Auskunftsbegehren

B-648/2018

Seite 35

des Sekretariats gestellte Frage, wie sie die "Konkurrenzsituation unter den Baumfirmen im Rahmen der vorliegenden Ausschreibung" beurteile. Diese lautete wie folgt: "Gut, Angebote auch von ausserhalb des Unterengadins wurden eingeholt" (vgl. Vorinstanz, act. 4, 22-0463). In dieselbe Richtung weist auch die folgende Aussage von A. _____ an der Befragung der Beschwerdeführerin durch die Wettbewerbsbehörden vom 26. Oktober 2015: "Klar wird versucht, durch ausserregionale Anfragen um Offerteingaben den Druck auf die anderen offerierenden Unternehmen zu erhöhen." (vgl. Vorinstanz, act. IX.C.60, S. 10 [25-0039], Rz. 392 f.). 9.3.4 Es steht fest, dass Martinelli und Implenja sich durch Abgabe je einer nach Art. 5 OR verbindlichen Offerte an der Ausschreibung beteiligt haben. Durch die Einreichung eines Angebots haben Martinelli und Implenja sich demzufolge verpflichtet, im Fall einer Annahme ihres Angebots durch die Bauherrin den Auftrag zu den ausgeschriebenen Bedingungen zu übernehmen. Selbst wenn die Bauherrin die von Martinelli und Implenja 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). Hieran ebenfalls nichts zu ändern vermag der Umstand, dass die Fahrzeit zwischen dem Standort von Martinelli in St. Moritz und demjenigen von Implenja in Davos einerseits sowie dem Standort des Projekts in (...) andererseits rund eine Stunde beträgt. Dies gilt umso mehr, als weder dargetan wird noch ersichtlich ist, dass es diesen Unternehmen unmöglich gewesen wäre, für die Dauer der Projektausführung einen lokalen Standort zu errichten.

B-648/2018

Seite 36

9.3.5 Für das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses ergibt sich aus dem Gesagten Folgendes: Während Martinelli und Implenja aufgrund der Einladung der Bauherrin zur Offertstellung (vgl. Sachverhalt, A) zunächst potentielle Konkurrentinnen der – ebenfalls zur Teilnahme an der Ausschreibung eingeladenen – Beschwerdeführerin wurden, haben sie sich durch Abgabe einer Offerte um die Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten beworben und sich als tatsächliche Konkurrentinnen der Beschwerdeführerin manifestiert (vgl. Urteile des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 6.4.8.5, Engadin II Rocca + Hotz; 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). Ob Martinelli und Implenja ein Interesse an der Ausführung des Projekts hatten, ist für die Beurteilung, ob zur Beschwerdeführerin ein potentielles oder tatsächliches Wettbewerbsverhältnis vorlag, unerheblich. Dies gilt auch für den von der Beschwerdeführerin angeführten Umstand, dass die Ausführung des Projekts für Martinelli oder Implenja nur unter Inkaufnahme eines

Verlusts möglich gewesen wäre (vgl. Beschwerde, Rz. 40). 9.3.6 Demnach ist die Vorinstanz zu Recht von einem Wettbewerbsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin einerseits sowie Martinelli und Im- plenia andererseits hinsichtlich der Ausführung der in Frage stehenden Arbeiten ausgegangen. Die entsprechende Voraussetzung für eine horizontale Abrede liegt deshalb vor. 9.3.7 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. Urteile des BVGer B-7834/2015 vom 16. August 2022 E. 8.3.3, Autohändler AG; 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 In-

B-648/2018

Seite 37

nen- 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, Baubeschläge SFS unimarket; AM-STUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, 2. éd. 2013, Art. 4 N. 72). 9.3.8 Was das Tatbestandsmerkmal des Bezweckens anbelangt, ist – wie die Vorinstanz zutreffend ausführt (vgl. Verfügung, Rz. 100 ff.) – ein objektiver Zweckbegriff massgebend; entscheidend ist, ob eine Abstimmung ihrem Wesen nach, das heisst 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 Abredeteiligen 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. ist der wettbewerbsbeschränkende Zweck der Verhaltenskoordination inhärent. 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).

B-648/2018

Seite 38

9.3.9 Vorliegend ist unbestritten und ergibt sich aus den Akten, dass sich der Zuschlag primär nach dem Offertpreis richtete, der somit der wichtigste Wettbewerbsparameter war (vgl. Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 9.2.4.1, Strassenbeläge Tessin). Inhalt der jeweiligen Abstimmung zwischen der Beschwerdeführerin und Im- plenia sowie

Martinelli war nach dem Gesagten (vgl. E. 11.2.1), dass letztere Unternehmen als designierte Schutzgeberinnen zu einem höheren Preis offerieren sollen als die Beschwerdeführerin, so dass diese die besseren Chancen auf Erhalt des Zuschlags hat. 9.3.10 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, 2. éd. 2013, Art. 4 N. 80 f.). Die Beschwerdeführerin einerseits sowie Martinelli und Implenja andererseits 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. Selbstständigkeitspostulat; vgl. BGE 147 II 72 E. 3.2, Hors-Liste Medikamente Pfizer; Urteile des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 6.5.5.6 ff., 6.7.1.41, Engadin II Rocca + Hotz; B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 5.2, Buchhändler Dargaud). 9.3.11 Der Einwand der Beschwerdeführerin, es habe keine Absicht bestanden, den Wettbewerb zu beeinträchtigen (vgl. Beschwerde, Rz. 38), betrifft die Motive der abredeteiligen Unternehmen. Aus welchen Motiven diese sich über die Wettbewerbsparameter Preis und Geschäftspartner abgestimmt und die Abrede alsdann durch Einreichung einer Offerte umgesetzt haben, ist – wie erwähnt – mit Blick auf den objektivierten Zweckbegriff jedoch unerheblich (vgl. Urteil des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 6.5.5.10, Engadin II Rocca + Hotz). Die Abrede war B-648/2018

Seite 39

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. 9.3.12 Soweit die Beschwerdeführerin gegen das Merkmal des Bestehens einer Wettbewerbsbeschränkung einwendet, es habe zu Martinelli und Implenja von vornherein kein Wettbewerbsverhältnis bestanden, ist ihr Einwand – wie dargelegt (vgl. E. 9.3.1 ff.) – als unzutreffend zurückzuweisen. Demzufolge war die Abrede auch unter diesem Aspekt objektiv geeignet, den Wettbewerb zu beschränken. 9.3.13 Die angefochtene Verfügung schliesst zutreffend darauf, dass die jeweilige Abstimmung zwischen der Beschwerdeführerin sowie Martinelli und Implenja 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 je einer Wettbewerbsabrede in Form einer Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG einstuft. Dass die Untersuchung nicht vollständig geführt worden wäre bzw. nicht alle greifbaren Beweismittel erhoben worden wären, ist nicht ersichtlich. Die Rüge, die Vorinstanz habe ihre Beweisführungspflicht verletzt, erweist sich als unbegründet (vgl. E. 6). 11. Preis- und Geschäftspartnerabrede 11.1 Indem Martinelli und Implenja in Umsetzung der jeweiligen Abrede ein Angebot eingereicht haben, haben sie zugunsten der Beschwerdeführerin als designierter Schutznehmerin 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. Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 9.3.4.2, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne; B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 6.5, Engadin II Rocca + Hotz; E. 5). Die Aussage der Beschwerdeführerin, es habe sich bei den Angeboten von Martinelli und Im- plenia lediglich um "Pro-Forma-Offerten" und "Alibiofferten" gehandelt, ist in diesem Lichte unbehelflich. Dies gilt umso mehr, als die Offerten nach Art. 5 OR verbindlich waren (E. 9.3.4). Unerheblich für die Qualifikation der Beschwerdeführerin als Schutznehmerin ist auch der von dieser angeführte Umstand, dass die abredebeteiligten Unternehmen mit Konkurrenz durch Drittanbieter rechnen mussten (vgl. Replik, Rz. 40 ff.). Die Qualifikation der Beschwerdeführerin als Schutznehmerin sowie von Martinelli und Im- plenia als Schutzgeberinnen durch Abgabe einer Stützofferte kann entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. Beschwerde, Rz. 37; 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 einerseits und Im- plenia sowie Martinelli andererseits hatte nach dem Gesagten (vgl. E. 7.3.6 ff.) zum Gegenstand, dass die Beschwerdeführerin als designierte Schutznehmerin zu einem günstigeren Preis als Letztere offerieren und so die besseren Chancen haben soll, den Zuschlag zu erhalten.

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. Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.2.2, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne; B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 7.3., Engadin II Rocca + Hotz; zur rechtlichen Qualifikation als Preis- und Geschäftspartnerabrede vgl. E. 11.2.5). 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. 9.3.9; 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 habe angesichts von drei weiteren, unabhängigen Anbietern, die in die (behauptete) Abrede nicht involviert gewesen seien, "kein sinnvoller Zweck im Rahmen bilateraler Kontakte" sein können, den Zuschlag zu steuern (vgl. Beschwerde, Rz. 35; Replik, Rz. 42), 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. 9.3.9), hat die Abstimmung die Chancen der Beschwerdeführerin als designierter 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.

B-648/2018

Seite 42

11.2.5 Die vorinstanzliche Qualifikation des Verhaltens der Beschwerdeführerin als Beteiligung an je 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. 106; vgl. zum Wortlaut der erwähnten Bestimmungen E. 12) ist im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zutreffend (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 Strittig 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; Beschwerde, Rz. 42).

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- und 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 (Art. 1 Abs. 1 OR). Die Willenserklärung kann ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten erfolgen (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 Daniel 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 haben Martinelli und Implenla - was unbestritten und aufgrund der Akten erstellt ist - die ihnen von der Beschwerdeführerin jeweils zugesandte Offerte ohne wesentliche Änderungen als ihre Offerte eingereicht. Sie haben sich damit entsprechend der erzielten Abstimmung (vgl. E. 7.3.6 ff.) verhalten und diese umgesetzt. Wäre die Beschwerdeführerin als designierte Schutznehmerin davon ausgegangen, dass Martinelli und Implenla sich nicht an die Abstimmung halten, sondern ihr Eingabeverhalten autonom festlegen, hätte es für sie ökonomisch keinen Sinn gehabt, - zumindest potentiellen - Konkurrenzunternehmen (vgl. E. 9.3.2 ff.) eine vorkalkulierte Offerte zuzusenden und auf diese Weise über das beabsichtigte Marktverhalten zu informieren. Denn in einem solchen Fall hätte die Beschwerdeführerin damit rechnen müssen, dass Martinelli und Implenla - in Kenntnis des ungefähren Offertpreises der Beschwerdeführerin - zu einem günstigeren Preis offerieren würden, um den Zuschlag zu erhalten (vgl. Urteil des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 6.7.1.40, Engadin II Rocca + Hotz). Demnach muss die Beschwerdeführerin vernünftigerweise die Erwartung gehabt haben, dass Martinelli und Implenla sich an die getroffene Abstimmung halten.

E. 8.3.5

In Anbetracht dessen kann kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass die drei abredebeteiligten Unternehmen sich als an die erzielte Abstimmung über das Eingabeverhalten gebunden erachteten. 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 einerseits sowie Martinelli und Implenia andererseits über das Eingabeverhalten an der Ausschreibung (...) vorlag (vgl. zum Inhalt der Abstimmung im Einzelnen nachfolgende E. 11.2.1). Diese ist mit der Vorinstanz (vgl. Verfügung, Rz. 96 f.) als Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG einzustufen (vgl. Urteil des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 6.7.1.41, 6.8.8 f., Engadin II Rocca + Hotz).

E. 9

Wettbewerbsverhältnis und Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung Strittig ist des Weiteren, ob zwischen der Beschwerdeführerin einerseits und Martinelli sowie Implenia andererseits 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 bringt sie vor, Martinelli und Implenia seien "wegen der zu grossen Entfernung keine echten Konkurrentinnen für das Projekt (...)" gewesen. Ein Anfahrtsweg von einer Stunde bedeute bei den knappen Margen im Baubereich, dass keine wettbewerbsfähigen Offerten abgegeben werden könnten. Nur theoretisch mag es zutreffen, dass Martinelli und Implenia bei Zuschlagserteilung grundsätzlich das fragliche Projekt hätten ausführen können. Das wäre aber nur unter Inkaufnahme eines Verlustes möglich gewesen. Die "vorliegenden bilateralen Abreden" seien daher objektiv nicht geeignet gewesen, den Wettbewerb zu beeinträchtigen. Es habe auch keine dahingehende Absicht bestanden (vgl. Beschwerde, Rz. 38 ff., 71).

E. 9.2

Die Vorinstanz bringt vor, die drei Untersuchungsadressatinnen des vorliegend infrage stehenden Verfahrens seien auf derselben Marktstufe tätig und als solche Konkurrentinnen bei der Vergabe des zu beurteilenden Bauprojekts gewesen. Die Abrede sei somit horizontaler Natur (vgl. Verfügung, Rz. 103). 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. 101).

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 zu Martinelli und Implenia 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. 9.3.7 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-5172 vom 26. Oktober 2023 E. 6.4.3.2, Engadin III Rocca + Hotz; 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). Wie die Vorinstanz ausführt (vgl. Verfügung, Rz. 116), beschränkte sich der sachlich relevante Markt auf die ausgeschriebenen Arbeiten. Des Weiteren steht vorliegend aufgrund der Akten fest, dass die Beschwerdeführerin, Martinelli und Implenia - neben fünf weiteren Bauunternehmungen - von der X. _____ AG als Bauherrin zur Offertstellung eingeladen wurden (vgl. Verfügung, Rz. 48, 122). Dies kann nur so verstanden werden, dass die Bauherrin sich mit der Einladung von insgesamt acht Unternehmen neben einer grösseren Auswahl an Anbietern einen erhöhten Wettbewerb erhoffte. Dass die Bauherrin eine Wettbewerbssituation schaffen wollte, ergibt sich auch aus ihrer schriftlichen Antwort vom (...) auf die im Auskunftsbegehren des Sekretariats gestellte Frage, wie sie die "Konkurrenzsituation unter den Baumfirmen im Rahmen der vorliegenden Ausschreibung" beurteile. Diese lautete wie folgt: "Gut, Angebote auch von ausserhalb des Unterengadins wurden eingeholt" (vgl. Vorinstanz, act. 4, 22-0463). In dieselbe Richtung weist auch die folgende Aussage von A. _____ an der Befragung der Beschwerdeführerin durch die Wettbewerbsbehörden vom 26. Oktober 2015: "Klar wird versucht, durch ausserregionale Anfragen um Offerteingaben den Druck auf die anderen offerierenden Unternehmen zu erhöhen." (vgl. Vorinstanz, act. IX.C.60, S. 10 [25-0039], Rz. 392 f.).

E. 9.3.4

Es steht fest, dass Martinelli und Implenia sich durch Abgabe je einer nach Art. 5 OR verbindlichen Offerte an der Ausschreibung beteiligt haben. Durch die Einreichung eines Angebots haben Martinelli und Implenia sich demzufolge verpflichtet, im Fall einer Annahme ihres Angebots durch die Bauherrin den Auftrag zu den ausgeschriebenen Bedingungen zu übernehmen. Selbst wenn die Bauherrin die von Martinelli und Implenia 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). Hieran ebenfalls nichts zu ändern vermag der Umstand, dass die Fahrzeit zwischen dem Standort von Martinelli in St. Moritz und demjenigen von Implenla in Davos einerseits sowie dem Standort des Projekts in (...) andererseits rund eine Stunde beträgt. Dies gilt umso mehr, als weder dargetan wird noch ersichtlich ist, dass es diesen Unternehmen unmöglich gewesen wäre, für die Dauer der Projektausführung einen lokalen Standort zu errichten.

E. 9.3.5

Für das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses ergibt sich aus dem Gesagten Folgendes: Während Martinelli und Implenla aufgrund der Einladung der Bauherrin zur Offertstellung (vgl. Sachverhalt, A) zunächst potentielle Konkurrentinnen der - ebenfalls zur Teilnahme an der Ausschreibung eingeladenen - Beschwerdeführerin wurden, haben sie sich durch Abgabe einer Offerte um die Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten beworben und sich als tatsächliche Konkurrentinnen der Beschwerdeführerin manifestiert (vgl. Urteile des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 6.4.8.5, Engadin II Rocca + Hotz; 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). Ob Martinelli und Implenla ein Interesse an der Ausführung des Projekts hatten, ist für die Beurteilung, ob zur Beschwerdeführerin ein potentielles oder tatsächliches Wettbewerbsverhältnis vorlag, unerheblich. Dies gilt auch für den von der Beschwerdeführerin angeführten Umstand, dass die Ausführung des Projekts für Martinelli oder Implenla nur unter Inkaufnahme eines Verlusts möglich gewesen wäre (vgl. Beschwerde, Rz. 40).

E. 9.3.6

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

E. 9.3.7

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. Urteile des BVGer B-7834/2015 vom 16. August 2022 E. 8.3.3, Autohändler AG; 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, Baubeschläge SFS unimarket; Amstutz/Carron/Reinert, in: Commentaire romand, 2. éd. 2013, Art. 4 N. 72).

E. 9.3.8

Was das Tatbestandsmerkmal des Bezweckens anbelangt, ist - wie die Vorinstanz zutreffend ausführt (vgl. Verfügung, Rz. 100 ff.) - ein objektivierter Zweckbegriff massgebend; entscheidend ist, ob eine Abstimmung ihrem Wesen nach, das heisst 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 Abredeteiligen 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. ist der wettbewerbsbeschränkende Zweck der Verhaltenskoordination inhärent. 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. 9.3.9

Vorliegend ist unbestritten und ergibt sich aus den Akten, dass sich der Zuschlag primär nach dem Offertpreis richtete, der somit der wichtigste Wettbewerbsparameter war (vgl. Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 9.2.4.1, Strassenbeläge Tessin). Inhalt der jeweiligen Abstimmung zwischen der Beschwerdeführerin und Implenia sowie Martinelli war nach dem Gesagten (vgl. E. 11.2.1), dass letztere Unternehmen als designierte Schutzgeberinnen zu einem höheren Preis offerieren sollen als die Beschwerdeführerin, so dass diese die besseren Chancen auf Erhalt des Zuschlags hat.

E. 9.3.10

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, 2. éd. 2013, Art. 4 N. 80 f.). Die Beschwerdeführerin einerseits sowie Martinelli und Implenia andererseits haben dadurch ihre Handlungsfreiheit bei der Festlegung des Offertpreises (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.4.2, 6.8, Altimur; 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; Urteile des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 6.5.5.6 ff., 6.7.1.41, Engadin II Rocca + Hotz; B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 5.2, Buchhändler Dargaud).

E. 9.3.11

Der Einwand der Beschwerdeführerin, es habe keine Absicht bestanden, den Wettbewerb zu beeinträchtigen (vgl. Beschwerde, Rz. 38), betrifft die Motive der abredeteiligen Unternehmen. Aus welchen Motiven diese sich über die Wettbewerbsparameter Preis und Geschäftspartner abgestimmt und die Abrede alsdann durch Einreichung einer Offerte umgesetzt haben, ist - wie erwähnt - mit Blick auf den objektivierten Zweckbegriff jedoch unerheblich (vgl. Urteil des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 6.5.5.10, Engadin II Rocca + Hotz). 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. 9.3.12

Soweit die Beschwerdeführerin gegen das Merkmal des Bezweckens einer Wettbewerbsbeschränkung einwendet, es habe zu Martinelli und Implemia von vornherein kein Wettbewerbsverhältnis bestanden, ist ihr Einwand - wie dargelegt (vgl. E. 9.3.1 ff.) - als unzutreffend zurückzuweisen. Demzufolge war die Abrede auch unter diesem Aspekt objektiv geeignet, den Wettbewerb zu beschränken.

E. 9.3.13

Die angefochtene Verfügung schliesst zutreffend darauf, dass die jeweilige Abstimmung zwischen der Beschwerdeführerin sowie Martinelli und Implemia 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 je einer Wettbewerbsabrede in Form einer Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG einstuft. Dass die Untersuchung nicht vollständig geführt worden wäre bzw. nicht alle greifbaren Beweismittel erhoben worden wären, ist nicht ersichtlich. Die Rüge, die Vorinstanz habe ihre Beweisführungspflicht verletzt, erweist sich als unbegründet (vgl. E. 6).

E. 11

Preis- und Geschäftspartnerabrede

E. 11.1

Indem Martinelli und Implemia in Umsetzung der jeweiligen Abrede ein Angebot eingereicht haben, haben sie zugunsten der Beschwerdeführerin als designierter Schutznehmerin 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. Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 9.3.4.2, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne; B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 6.5, Engadin II Rocca + Hotz; E. 5). Die Aussage der Beschwerdeführerin, es habe sich bei den Angeboten von Martinelli und Implemia lediglich um "Pro-Forma-Offerten" und "Alibiofferten" gehandelt, ist in diesem Lichte unbehelflich. Dies gilt umso mehr, als die Offerten nach Art. 5 OR verbindlich waren (E. 9.3.4). Unerheblich für die Qualifikation der Beschwerdeführerin als Schutznehmerin ist auch der von dieser angeführte Umstand, dass die abredebeteiligten Unternehmen mit Konkurrenz durch Drittanbieter rechnen mussten (vgl. Replik, Rz. 40 ff.). Die Qualifikation der Beschwerdeführerin als Schutznehmerin sowie von Martinelli und Implemia als Schutzgeberinnen durch Abgabe einer Stützofferte kann entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. Beschwerde, Rz. 37; 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 einerseits und Implenja sowie Martinelli andererseits hatte nach dem Gesagten (vgl. E. 7.3.6 ff.) zum Gegenstand, dass die Beschwerdeführerin als designierte Schutznehmerin zu einem günstigeren Preis als Letztere 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. Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.2.2, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne; B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 7.3., Engadin II Rocca + Hotz; zur rechtlichen Qualifikation als Preis- und Geschäftspartnerabrede vgl. E. 11.2.5).

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. 9.3.9; 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 habe angesichts von drei weiteren, unabhängigen Anbietern, die in die (behauptete) Abrede nicht involviert gewesen seien, "kein sinnvoller Zweck im Rahmen bilateraler Kontakte" sein können, den Zuschlag zu steuern (vgl. Beschwerde, Rz. 35; Replik, Rz. 42), 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. 9.3.9), hat die Abstimmung die Chancen der Beschwerdeführerin als designierter 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 je 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. 106; vgl. zum Wortlaut der erwähnten Bestimmungen E. 12) ist im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zutreffend (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. 11.2.1 ff.), 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 drei nicht an der Abrede beteiligter Anbieter hinreichender Aussenwettbewerb bestanden habe und die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs deshalb widerlegt werden könne (vgl. Verfügung, Rz. 108 ff.), ist nicht zu beanstanden.

B-648/2018

Seite 43

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). Eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung wird von der Beschwerdeführerin sinngemäss bestritten.

E. 12.1.1

Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich geltend, sie und das andere jeweils an der Abstimmung beteiligte Unternehmen – Martinelli bzw. Implenia – hätten den Zuschlagsempfänger nicht bestimmen können, weil es noch drei weitere Anbieter gegeben habe, die "an der Verhaltensabstimmung [...] nicht beteiligt" gewesen seien. Wenn sie trotzdem den Zuschlag erhalten habe, beweise das nur, dass sie das beste Angebot abgegeben und sich gegen starke Konkurrenz durchgesetzt habe. Auf die 'Pro-Forma-Angebote' von Martinelli und Implenia sei es bei der Ausschreibung nicht angekommen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei deshalb zweifelhaft, ob die Bagatellschwelle überschritten und der Wettbewerb bei dem in Frage stehenden Projekt erheblich beeinträchtigt worden sei (vgl. Beschwerde, Rz. 87).

E. 12.1.2

Die Vorinstanz führt zugunsten einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung an, der vorliegenden Abrede sei ein nicht unbedeutendes Schädigungspotenzial immanent gewesen. Als horizontale Geschäftspartner- und Preisabrede habe sie zentrale Wettbewerbsparameter betroffen. Zudem sei sie umgesetzt worden. Damit sei zwischen den Abredeteilnehmern jeglicher Innenwettbewerb entfallen. Schliesslich habe mit der Beschwerdeführerin dasjenige Unternehmen den Zuschlag erhalten, das von den Abredeteilnehmern hierfür vorgesehen gewesen sei. Die Bagatellschwelle sei – bezogen auf den relevanten Markt – bei weitem überschritten (vgl. Verfügung, Rz. 125 f.).

E. 12.1.3

Das Merkmal der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung wird weder im Gesetz noch in der Botschaft näher umschrieben. Das Bundesgericht kam im Gaba-Urteil (BGE 143 II 297) zusammenfassend zum

B-648/2018

Seite 44

Ergebnis, dass es sich beim Kriterium der Erheblichkeit nach dem historischen, 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 Bundesgericht, dass solche – besonders schädliche – Abreden das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG grundsätzlich erfüllten. Sie stellten in der Regel bereits aufgrund ihres Gegenstands erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen 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 Erheblichkeit ohne Bezug auf einen Markt (BGE 143 II 297 E. 5.5). Auf Erwägungen zur Korrektheit der vorinstanzlichen Marktabgrenzung (vgl. Verfügung, Rz. 111 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 Annahme 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 habe. Obwohl Submissionsabsprachen die Abredeteiligen in dieser Konstellation nur teilweise vom Konkurrenzdruck durch unbeteiligte Konkurrenten entlasten könnten, beeinträchtigten auch solche Submissionsabsprachen den angestrebten Vergabewettbewerb derart, dass die Erheblichkeitsschwelle von Art. 5 Abs. 1 KG als überschritten erachtet werden müsse. Denn auch solche – nur gewisse Offerenten umfassenden – Submissionsabsprachen verkleinerten unabhängig von der Anzahl der Abredeteiligen 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

B-648/2018

Seite 45

Stützofferten die Erheblichkeitsschwelle von Art. 5 Abs. 1 KG sowohl unabhängig von der konkreten Anzahl der Abredeteiligen und unabhängig davon überschreiten, ob die angestrebte Manipulation des Zuschlags letztlich geglückt oder misslungen sei (vgl. 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 Celere, 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 Implenia und Martinelli nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG. Eine solche Abrede ist entsprechend der dargelegten Rechtsprechung grundsätzlich bereits 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 sie 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; Urteil des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 7.4.2.6 ff., Engadin II Rocca + Hotz). Das KG soll nicht ein bestimmtes Wettbewerbsergebnis sicherstellen, sondern das Funktionieren des Wettbewerbs als solches.

E. 12.1.6

Vorliegend hat die Abstimmung den Wettbewerb nicht nur potentiell, sondern auch tatsächlich beeinträchtigt. Denn Martinelli und Implenia als an der jeweiligen Abrede beteiligte Unternehmen haben sich an diese gehalten und eine Stützofferte (vgl. zur Terminologie E. 5) eingereicht, womit der Innenwettbewerb zwischen ihnen und der Beschwerdeführerin in Bezug auf die erwähnten Wettbewerbsparameter beseitigt wurde (vgl. auch

B-648/2018

Seite 46

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 nicht mehr geringe Projektvolumen (vgl. E. 7.3.6) – kein Grund, unter Annahme eines Bagatellfalles die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung ausnahmsweise zu verneinen. Dies gilt umso mehr, als die Beschwerdeführerin als designierte Schutznehmerin aufgrund ihres Wissens, dass sie von zwei Anbietern nicht unterboten wird, und des damit verbundenen geringeren Wettbewerbsdrucks zu einem tendenziell höheren Preis offeriert haben dürfte (vgl. Urteil des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 6.5.5.8, Engadin II Rocca + Hotz). Demzufolge ist mit der Vorinstanz darauf zu schliessen, dass die Abrede zwischen der Beschwerdeführerin sowie Implenia 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 Produktionsverfahren 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 N 273; STÜSSI/LÜTHI, Zulässige ARGE im Kartellrecht, BR 4/2015, S. 205 f., in Bezug auf Ausschreibungen).

B-648/2018

Seite 47

Die Beschwerdeführerin macht keine effizienzfördernden und prokompetitiven Effekte ihrer Abredebeteiligung stichhaltig geltend; solche sind auch nicht ersichtlich.

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 bzw. Im- plenia ausgeht, welche die Abgabe je einer – preislich höheren – Stützof- ferte durch Martinelli und Im- plenia zum Gegenstand hatte und den Wett- bewerb 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 We- sentlichen vor, dass die Sanktionsbemessung fehlerhaft erfolgt sei (vgl. Be- schwerde, Rz. 84 ff.). Es ist daher zu beurteilen, ob die Vorinstanz die Beschwerdeführerin recht- mässig mit einer Verwaltungssanktion von Fr. (...) belastet hat. Dabei ist zunächst auf die Sanktionierbarkeit des in Frage stehenden Verhaltens der Beschwerdeführerin einzugehen, bevor die konkrete Sanktionsbemessung beurteilt wird.

E. 15.1

Sanktionierbarkeit

E. 15.1.1

Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzu- lässigen 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% des in den letz- ten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen

B-648/2018

Seite 48

Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch er- zielt 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 Be- schwerdeführerin die Beteiligung an je 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.

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-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 9.1.3, Engadin II Rocca + Hotz; B-2798/2018 vom

E. 15.1.4

Verfügungsadressat kann im Geltungsbereich des schweizerischen Kartellrechts (vgl. hierzu E. 3.2) nur sein, wer selbst Subjekt mit Rechtspersönlichkeit und somit Träger von Rechten und Pflichten ist (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 3.6, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne, m.w.H.). Im vorliegenden Fall wurde die Beschwerdeführerin für ihre 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

Bei dieser Ausgangslage ist es – vorbehaltlich einer allfälligen Reduktion der Sanktion – nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz der Beschwerdeführerin für die Beteiligung an einer Preis- und Marktaufteilungsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG gestützt auf Art. 49a

B-648/2018

Seite 50

Abs. 1 KG eine Verwaltungssanktion auferlegt (vgl. zum Wortlaut der Bestimmung E. 15.1.1; BGE 143 II 297 E. 9.4.6 m.H., Gaba). Die Beschwerdeführerin erhebt hiergegen zu Recht keine Einwände.

E. 15.1.6

Die Beschwerdeführerin erhebt demgegenüber mehrere Einwände gegen die Sanktionsbemessung. Es ist deshalb 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 Basisbetrags beurteilt wird (vgl. E. 15.3). Soweit sich die Einwände jedoch gegen die Erheblichkeit der Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 1 KG richten, ist auf die dazu ergangenen Erwägungen zu verweisen (vgl. E. 12.1.3).

E. 15.2

Methode der Bemessung

E. 15.2.1

Die Vorinstanz zieht zur Bemessungsgrundlage für den Basisbetrag die Offertsumme der Beschwerdeführerin exklusive Mehrwertsteuer in der Höhe von Fr. (...) heran. Es handle sich hierbei um den Umsatz, den die geschützte Gesellschaft beim Bauprojekt erzielt habe. Denn dieser Betrag reflektiere die wirtschaftliche Bedeutung der fraglichen Submission und damit des entsprechenden Marktes und gebe dadurch Aufschluss über die Tragweite und das Schädigungspotenzial des Kartellrechtsverstosses. Konkret ergebe sich daraus für den Basisbetrag eine Obergrenze von Fr. (...) (vgl. Verfügung, Rz. 144 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."

B-648/2018

Seite 51

E. 15.2.3

Bei der gerichtlichen Beurteilung der Rechtmässigkeit der Bemessungsmethode sind neben allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen wie dem Willkürverbot (Art. 9 BV), dem Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 BV) und dem Prinzip der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) auch die vom Kartellgesetz selber aufgestellten Anforderungen an die Sanktionsbemessung zu beachten (vgl. Urteil des BVer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.8.7, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht).

E. 15.2.4

Art. 49a Abs. 1 KG schreibt 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% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet werden kann. Schliesslich ist anerkannt, dass Kartellsanktionen schmerzen, aber ein Unternehmen dabei 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 BVer 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. 15.2.5

Das Bundesverwaltungsgericht hat es in mehreren Urteilen als mit Art. 3 SVKG vereinbar erachtet, dass die Vorinstanz bei der Sanktionierung einer erfolgreichen Schutznehmerin auf deren Offertsumme und damit auf den Umsatz abgestellt hat, den diese mit dem betreffenden Einzelprojekt erzielt hat (vgl. Urteile des BVer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.5.1 f., Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht; B-8386/2015 vom 24. Juni 2021 E. 10.4.1, Swisscom WAN). Indem die Vorinstanz auf die Offertsumme der Beschwerdeführerin als erfolgreicher 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 Be-

B-648/2018

Seite 52

trag an, der mit dem Verstoß eng zusammenhängt sowie dessen wirtschaftliche Bedeutung und potentielle Schädlichkeit widerspiegelt (vgl. auch BGE 146 II 217 E. 9.2.2.4, Swisscom ADSL, zur volkswirtschaftlichen Schädlichkeit vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.8.9, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne).

E. 15.2.6

Indem die Vorinstanz auf die Offertsumme der Beschwerdeführerin als erfolgreicher Schutznehmerin (vgl. E. 5) und damit auf den Umsatz abstellt, den diese auf dem betroffenen – vorliegend von der Vorinstanz auf die einzelne Ausschreibung beschränkten (vgl. E. 9.3.2 f.) – Submissionsmarkt erzielt hat, wendet sie – auch im Lichte der erwähnten rechtsstaatlichen Grundsätze (vgl. E. 15.3.2) – Art. 3 SVKG korrekt an. Das vorinstanzliche Vorgehen, die Bemessungsgrundlage für den Basisbetrag anhand der Offertsumme der Beschwerdeführerin 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 der Beschwerdeführerin als erfolgreicher Schutznehmerin auf 8% des erzielten Umsatzes fest, woraus ein Basisbetrag von Fr. (...) resultiert. Gegenüber Martinelli und Implenja als schützenden Unternehmen erachtet die Vorinstanz einen Basisbetrag von Fr. (...) als angemessen (vgl. Verfügung, Rz. 146 ff.). Hieraus ergibt sich für Martinelli und Implenja ein Basisbetragssatz von knapp 4%.

E. 15.3.1

Die Beschwerdeführerin rügt den Basisbetragssatz von 8% als unverhältnismässig. Es gehe um reine Gefälligkeiten der Beschwerdeführerin, nämlich die Weitergabe einer Offerte an zwei nicht interessierte Unternehmen, die keine echten Konkurrenten gewesen seien. Auf die "Pro-Forma-Angebote" von Martinelli und Implenja sei es bei der Ausschreibung nicht angekommen. Es habe drei weitere Anbieter gegeben, die an der Ver-

B-648/2018

Seite 53

haltensabstimmung nicht beteiligt gewesen seien. Wenn die Beschwerdeführerin trotzdem den Zuschlag erhalten habe, beweise das nur, dass sie das beste Angebot abgegeben und sich gegen starke Konkurrenz durchgesetzt habe (vgl. Beschwerde, Rz. 87 f.).

E. 15.3.2

Die Vorinstanz führt zur Begründung des Basisbetragssatzes an, beim begangenen Verstoß handle es sich um eine Preis- und Geschäftspartnerabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG, also um ein hartes horizontales Kartell. Einer solchen Abrede sei ein grosses Gefährdungspotenzial immanent. Die abredebeteiligten Unternehmen hätten zudem vorsätzlich gehandelt. Vorliegend seien zudem mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich einzustufenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen. Die Abrede sei

sodann umgesetzt worden und habe zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung geführt. Insgesamt sei der vorliegende Kartellrechtsverstoss als schwerwiegend zu werten (vgl. Verfügung, Rz. 146 ff.; Vernehmlassung, Rz. 60 f.).

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 Gefährdungspotential. 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. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.6.1, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne, m.H. auf 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).

B-648/2018

Seite 54

E. 15.3.5

Den Wettbewerbsbehörden kommt bei der Festlegung des Basisbetragsatzes 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; Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 9.1, 9.2.6, Nikon; WEBER/VOLZ, a.a.O., N. 3.231; vgl. auch E. 15.2).

E. 15.3.6

Die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten harten Kartellabreden gelten gemeinhin als Wettbewerbsverstösse mit hohem Schädigungspotential für Konsumenten, Unternehmen und die Gesamtwirtschaft (vgl. Botschaft KG 1995, 468 ff., 491, 517, 635; Botschaft des Bundesrats 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; ANDREAS HEINEMANN, Kriminalrechtliche Individualsanktionen im Kartellrecht?, in: Festschrift für Roland von Büren, 2009, S. 613; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 25, 50; Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 8, Strassenbeläge Tessin, m.w.H.).

E. 15.3.7

Mit einer (öffentlichen wie privaten) Ausschreibung schaffen Ausschreiber eine Wettbewerbssituation unter den vom konkreten Vergabeverfahren angesprochenen Marktteilnehmern. Diese sollen in einen Wirtschaftlichkeits-Wettbewerb treten, wobei sie sich anstrengen sollen, Mitwerber 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 das wirtschaftlich günstigste 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 mit

B-648/2018

Seite 55

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 private wie öffentliche Ausschreiber berechtigerweise ein hohes Vertrauen darin, dass Anbieter tatsächlich je selbständig und unabhängig voneinander um den Vertragsabschluss wetteifern. Anbieter unterlaufen 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 Cellere, 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 günstigste Angebot und namentlich den unverfälschten Marktpreis zu eruieren. Aufgrund marktfremder Preissteigerungen auf Kosten der Allgemeinheit, eines geringeren Effizienz- und Innovationswettbewerbs sowie verzögerter oder ausbleibender Strukturanpassungen verursachen Submissionsabsprachen vielmehr auch mittel- und langfristig hohe volkswirtschaftliche Schäden (vgl. Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.6.4, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht, m.w.H.). Die besondere Schädlichkeit der vorliegenden – unter Art. 5

B-648/2018

Seite 56

Abs. 3 KG fallenden – Submissionsabsprache bleibt im Übrigen 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

Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Schädlichkeit der vorliegenden Submissionsabsprache anders zu beurteilen wäre. Dies umso mehr, als Martinelli und Implenla als designierte Schutzgeber die Abrede durch die jeweilige Abgabe einer Stützofferte umgesetzt haben und die Beschwerdeführerin als designierte Schutznehmerin den Zuschlag auch tatsächlich erhalten 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 deshalb kein ernsthafter Zweifel daran, dass die Beschwerdeführerin im Wissen um die Stützofferte anderer Anbieter zu einem höheren Preis als unter Wettbewerbsbedingungen offeriert haben dürfte. Das Kartellrecht will nicht bestimmte Ergebnisse sicherstellen, sondern einen funktionierenden Wettbewerb als dynamischen Prozess fördern (Botschaft KG 1995, 512 f.).

E. 15.3.10

Dass es neben den drei abredebeteiligten Unternehmen drei sog. Aussenseiter gab, die an der Ausschreibung in Sachen (...) ebenfalls eine Offerte eingereicht haben und dabei zu einem höheren Preis offerierten als die Beschwerdeführerin als designierte Schutznehmerin (vgl. Verfügung, Rz. 122 f.), ändert – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – nichts an 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 umfassende – 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

B-648/2018

Seite 57

vom 25. Juni 2018 E. 10.3.3, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne).

E. 15.3.11

Es ist jedoch auch der Grad der Wettbewerbsbeeinträchtigung bei der Beurteilung der Schwere eines Verstosses 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 Basisbeitragsatzes dem Umstand Rechnung getragen, dass die Abrede den Wettbewerb "lediglich" im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt, jedoch nicht beseitigt hat (vgl. Verfügung, Rz. 146 f.; Vernehmlassung, Rz. 60; vgl. E. 12.1.3 ff.).

E. 15.3.12

Insgesamt erscheint der von der Vorinstanz festgelegte Basisbeitragsatz von rund 8% mit Blick auf die Schwere der vorliegend nachgewiesenen abredebeteiligung der Beschwerdeführerin weder als unangemessen noch als bundesrechtswidrig.

E. 15.4

Erschwerungs- und Milderungsgründe

E. 15.4.1

Die angefochtene Verfügung nimmt weder Erschwerungs- noch Milderungsgründe an.

E. 15.4.2

Nach Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG wird der Basisbetrag bei Wettbewerbsbeschränkungen 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. Danach 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 führende Rolle im betreffenden Wettbewerbsverstoss eingenommen hat. Das Bundesverwaltungsgericht hat das Merkmal der anstiftenden Rolle im Kontext des Kartellrechts dahingehend präzisiert, dass ein Unternehmen – im

B-648/2018

Seite 58

Bewusstsein der Kartellrechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens – den Entschluss eines anderen Unternehmens weckt, eine Wettbewerbsbeschränkung zu begehen oder sich daran zu beteiligen (vgl. Urteil des BVGer B-7834/2015 vom 16. August 2022 E. 8.4.3.1, Autohändler).

E. 15.4.3

Die angefochtene Verfügung führt aus, es sei nicht erstellt, welche Verfahrenspartei beim Bauprojekt (...) die Initiative zur Angebotskoordination ergriffen habe (vgl. Verfügung, Rz. 74, 152 f.).

E. 15.4.4

Es besteht aufgrund der Akten kein Anlass, diese 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).

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

B-648/2018

Seite 59

und Art. 8 ff. SVKG rechtswidrig angewendet, indem sie den Sanktionsbetrag um lediglich 85% reduziert habe, statt ihn vollständig zu erlassen (vgl. Beschwerde, Rz. 12, 74 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, 56 ff., 66, 76; 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. 78, 81 ff.; Replik, 61).

B-648/2018

Seite 60

Die Beschwerdeführerin bestreitet des Weiteren die Auffassung der Vorinstanz im Beschwerdeverfahren, dass sie ihre Selbstanzeige zurückgezogen 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 bei den Offerten von Martinelli und Implemia jeweils um "Pro-Forma-Offerten [...] aus eigener und freier Entscheidung" gehandelt habe und eine Wettbewerbsabrede daher fraglich sei. Es könne infolgedessen keine Rede davon sein, dass sie erstmals in der Beschwerde den Konsens zu einer Angebotskoordination im Sinne einer Wettbewerbsabrede bestritten habe. Vielmehr könne

offen- bleiben, ob ein Rückzug der Selbstanzeige nach Abschluss des erstin- stanzlichen Verfahrens überhaupt noch möglich sei (vgl. Replik, 6 f., 21 ff., 31 ff.). Die Beschwerdeführerin führt schliesslich an, sie habe die ange- zeigten Tatsachen des "Informationsaustauschs für die 'Pro-Forma-Of- ferten' von Martinelli und Implenia" nie in Abrede gestellt, sondern "immer nur eine andere rechtliche Beurteilung" vertreten (vgl. Replik, Rz. 19, 35; vgl. in diesem Sinne auch Beschwerde, Rz. 7 ff.).

E. 16.2

Standpunkt der Vorinstanz Die Vorinstanz vertritt in der angefochtenen Verfügung und in ihren Stel- lungnahmen im Beschwerdeverfahren jeweils unterschiedliche Stand- punkte zur Frage, in welchem Umfang und unter welchem Titel die Sank- tion aufgrund der Kooperation der Beschwerdeführerin zu reduzieren ist.

E. 16.2.1

In der angefochtenen Verfügung wird die Herabsetzung der Sank- tion 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 Ko- ordinierung der Angebote als auch einen wettbewerbswidrigen Zweck be- stritten habe. Mit Blick auf das Erfordernis einer umfassenden Kooperation

B-648/2018

Seite 61

nach Art. 8 Abs. 2 Bst. c SVKG seien die Voraussetzungen für einen voll- ständigen Erlass der Sanktion nach der Bonusregelung deshalb nicht er- füllt (vgl. Verfügung, Rz. 184 f.). Abgesehen davon stuft die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung die Beschwerdeführerin hinsichtlich des betreffenden Verstosses als Erstan- zeigerin ein. Die Beschwerdeführerin habe "zentrale" und "entscheidende" Beweismittel eingereicht, die den Nachweis des Verstosses massgebend erleichtert hätten. Die Vorinstanz verweist hierbei insbesondere auf die je- weilige E-Mail der Beschwerdeführerin an Martinelli vom (...) und an Imple- nia vom (...) (vgl. E. 7.3.6). Zudem habe die Beschwerdeführerin "auch sonst mit der Wettbewerbsbehörde" kooperiert. Die Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion nach der Bonusregelung "wären" daher grundsätzlich erfüllt (vgl. Verfügung, Rz. 178 ff.).

E. 16.2.2

Demgegenüber macht die Vorinstanz im Beschwerdeverfahren gel- tend, die Beschwerdeführerin habe durch ihr Verhalten im Beschwerdever- fahren ihren Anspruch auf Sanktionsreduktion nach der Bonusregelung "verwirkt". Die angefochtene Verfügung sei insoweit nachträglich bundes- rechtswidrig geworden und im Sinne einer reformatio in peius zuungunsten der Beschwerdeführerin abzuändern. Entsprechend beantragt die Vor- instanz nunmehr den Verzicht auf eine Reduktion des nach Art. 3-7 SVKG bemessenen Sanktionsbetrags nach der Bonusregelung (vgl. Vernehmlas- sung, 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 Bonusrege- lung zu berücksichtigen seien. Die Beschwerdeführerin bestreite in der Be- schwerde – in Abweichung von ihrem im vorinstanzlichen Verfahren vertre- tenen Standpunkt – jeweils einen Konsens mit Martinelli und Implenia 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

B-648/2018

Seite 62

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 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"-Kontellation sei mit dem Sinn und Zweck des Instituts der Selbstanzeige nicht vereinbar (vgl. Vernehmlassung, Rz. 14 ff., 17 ff., 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

B-648/2018

Seite 63

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 in die Hand gegeben wurde (vgl. Botschaft KG 2002, 2028, 2038; ROTH/BOVET, in: Commentaire romand, 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; PATRICK SOMMER, Praktische Verfahrensfragen bei Inanspruchnahme der Bonusregelung, Jusletter vom

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 inter-

B-648/2018

Seite 65

nationalen 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 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; TAG-MANN/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; MARBACH/DU-CREY/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

B-648/2018

Seite 66

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. PICT, 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,

B-648/2018

Seite 67

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 Einzelsubmissionsab-sprachen regelmässig nur dann der Fall sein, wenn die Selbstanzeigerin hinreichend konkrete Angaben zum untersuchten Projekt vorlegt. Entsprechend 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 Eröffnungs- 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. 77 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

B-648/2018

Seite 68

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 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. PATRICK KRAUSKOPF, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 49 Abs. 1-2 N. 79).

B-648/2018

Seite 69

E. 16.3.13

Für die weiteren Selbstanzeiger sehen Art. 12 Abs. 1 und 2 SVKG eine Sanktionsreduktion von bis zu 50% 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 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 zur 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

B-648/2018

Seite 70

Rechtsverletzungen zurückzuführen sind (vgl. ZIBUNG/HOFSTETTER, in: Praxiskommentar 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.

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 bloss Ausführungs- bzw. Vollzugsbestimmungen zu Art. 49a Abs. 2 KG (Art. 60 KG). 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. in diesem Sinne 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. in diesem Sinne KRAUS-KOPF/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,

B-648/2018

Seite 71

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, 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. in diesem Sinne auch 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; vgl. auch TAGMANN/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 Wettbewerbsbehörde das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat (*iura novit curia*) und nicht

B-648/2018

Seite 72

an die rechtlichen Bewertungen der Parteien des Untersuchungsverfahrens gebunden ist (Art. 62 Abs. 4 VwVG; vgl. HÄBERLI, in: VwVG-Praxiskommentar VwVG, 3. Aufl. 2023, Art. 62 N. 43 ff.). Es ist dementsprechend Sache der Wettbewerbsbehörde zu beurteilen, ob ein bestimmtes Verhalten eines Unternehmens als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist.

E. 16.3.20

Die Mitwirkung an der Aufdeckung eines Sachverhalts kann weisungsgemäss unterschiedliche Grade aufweisen (vgl. in diesem Sinne ANDREAS WEITBRECHT, Die Kronzeugenmitteilung in EG-Kartellsachen, EuZW 1997, S. 557). Selbst bei Einwänden gegen die in Frage stehende Wettbewerbsabrede kann je nach Beitrag zur Aufdeckung der Wettbewerbsbeschränkung von einer – wenn auch beschränkten – Mitwirkung ausgegangen werden. Demgegenüber beinhaltet eine umfassende Mitwirkung in der Regel auch ein "Eingeständnis" des Selbstanzeigers in Form einer Selbstbezeichnung, sich an der in Frage stehenden Wettbewerbsabrede 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 Selbstbeziehung voraussetzt, sich an der in Frage stehenden Wettbewerbsabrede beteiligt zu haben.

E. 16.3.21

In beweisrechtlicher Hinsicht ist festzuhalten, dass eine Selbstbeziehung als Parteiauskunft den Wettbewerbsinstanzen zwar als Beweismittel dienen kann (Art. 12 Bst. b VwVG). Sie stellt jedoch lediglich eines von mehreren möglichen Beweismitteln für eine Wettbewerbsabrede dar,

B-648/2018

Seite 73

kommen doch als weitere mögliche Beweismittel etwa auch Urkunden und Auskünfte oder Zeugnisaussagen 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) sowie des Beweismasses (vgl. E. 7.3.2.1 f.) ändert und Aussagen von Selbstanzeigern 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 BVer B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 4.4, 4.4.5 ff., Baubeschlüsse Siegenia [aufgehoben]; B-771/2012 vom 25. Juni 2018 E. 6.5.5.4, Cellere; B-710/2014 vom 16. November 2022 E. 9.2.5, Luftfracht). Zudem können vorbestehende schriftliche Unterlagen einen grösseren Beweiswert haben als Parteiauskünfte (rechtsvergleichend siehe Mitteilung der EU-Kommission über die Zusammenarbeit, Rz. 25). Dies legt den Schluss nahe, dass eine Selbstbeziehung 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

B-648/2018

Seite 74

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 einer ausreichenden Kooperation eines Selbstanzeigers gehöre auch, dass dieser den Wettbewerbsbehörden nach bestem Wissen zutreffende Informationen und Beweismittel zur angezeigten Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung liefere (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 jedoch aus diesen allgemeinen Erwägungen keine klaren Rückschlüsse. Soweit der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) in Frage steht, ist an anderer Stelle darauf einzugehen (vgl. E. 17.4.22 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 keine eindeutigen Hinweise. Weder in der Botschaft noch in der parlamentarischen Beratung wurde die Frage der Sanktionsreduktion auch bei nachträglichen Einwänden ausdrücklich erörtert (vgl. AB 2002 N 1290 ff.; AB 2003 S 317 ff.; vgl. auch

B-648/2018

Seite 75

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 gewürdigten Umständen des Einzelfalles 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 Wettbewerbsbehörde bei der Frage, ob und in welchem Umfang die Sanktion nach der Bonusregelung zu reduzieren ist, ein pflichtgemäss und unter Würdigung aller relevanten Umstände ausübendes Ermessen haben soll (vgl. KRAUSKOPF, in: 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 und die Sanktionsreduktion entsprechend nicht eine vollständige sein kann. Es ergeben sich aus der Botschaft 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 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

B-648/2018

Seite 76

Verstosses wesentlich fördert (in diesem Sinne 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 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. 17.4.22 ff.) – der Beschwerdeführerin kein offenkundig treuwidriges Verhalten vorgeworfen werden kann.

B-648/2018

Seite 77

E. 16.3.28

Die Mitwirkung im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG ist des Weiteren abzugrenzen von den 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 Bst. c; BANGERTER/TAGMANN, a.a.O., S. 185; SCHALLER/BANGERTER, Gedanken zum Ablauf kartellrechtlicher Hausdurchsuchungen, AJP 2005, S. 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 kann deshalb mit der Vorinstanz (vgl. Vernehmlassung, Rz. 14) als Obliegenheit eingestuft werden.

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. verfassungskonforme Auslegung; vgl. BGE 105 Ib 49 E. 3; 146 V 271 E. 5.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, N. 194).

B-648/2018

Seite 78

E. 16.3.30

Legt man die Bestimmung von Art. 49a Abs. 2 KG 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 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 Frage 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. 16.4.2 f.) – 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

B-648/2018

Seite 79

Kronzeugenregelung nach Kartellgesetz, in: Festschrift für Franz Riklin, 2007, S. 425; KRAUSKOPF, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 49a N. 78; ANDREAS WEITBRECHT, Die Kronzeugenmitteilung in EG-Kartellsachen, EuZW 1997, S. 557 f.; zur strafrechtsähnlichen Rechtsnatur von Kartellrechtssanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG (vgl. E. 18.3). Es wäre deshalb mit den Verteidigungsrechten kaum vereinbar, wenn Einwände eines Selbstanzeigers von vornherein und unbesehen der spezifischen Umstände des Einzelfalls zu dessen Ausschluss aus der Bonusregelung führten. 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, Baubeschläge 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 Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 8 SVKG N. 16; DANIEL ZIMMERLI, Urteile des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen "Fensterbeschläge" – Urteilsbesprechung, dRSK 2015, Rz. 10 ff.).

16.3.33 Im Lichte dieser differenzierenden Erwägungen setzt Art. 49a Abs. 2 KG für einen vollständigen Erlass der Sanktion grundsätzlich eine umfassende 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.

B-648/2018

Seite 80

E. 16.4). Aus diesen Gründen fällt ein vollständiger Erlass der Sanktion regelmässig ausser Betracht, wenn ein Selbstanzeiger (rechtliche oder tatsächliche) Einwände gegen eine Wettbewerbsabrede erhebt. Demgegenüber schliessen Einwände eines Selbstanzeigers

eine Reduktion der Sanktion nach der Bonusregelung nicht von vornherein aus. Vielmehr kann eine Reduktion der Sanktion unter dem Aspekt der Bonusregelung auch dann angezeigt sein, wenn der Selbstanzeiger trotz Einwänden unaufgefordert einen erheblichen Beitrag zur Aufdeckung der Wettbewerbsbeschränkung 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 umfassenden Sinne zu verstehen. Hierfür sprechen die teleologische, die historische und die verfassungskonforme Auslegung unter Einbezug der Verteidigungsrechte des Selbstanzeigers (vgl. E. 16.3.32). Dementsprechend kann ein Selbstanzeiger auch in Fällen an der Aufdeckung und am Nachweis eines Wettbewerbsverstosses im Sinne der erwähnten Bestimmung mitwirken, in denen seine Mitwirkung – etwa infolge von Einwänden – nicht in jeder Hinsicht uneingeschränkt war. Die Auslegung von Art. 49a Abs. 2 KG spricht somit dafür, einem Selbstanzeiger, der insgesamt einen erheblichen und objektiv messbaren Beitrag zur Aufdeckung der Wettbewerbsbeschränkung erbracht hat, selbst in Fällen eine Sanktionsreduktion zu gewähren, in denen er Einwände gegen die in Frage stehende Wettbewerbsabrede erhoben und damit nur eingeschränkt 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 Aspekt der Bonusregelung nicht von vornherein und gänzlich aus.

E. 16.4

Ausgehend von diesem Auslegungsergebnis sind die Bestimmungen der SVKG über den vollständigen Erlass und die Sanktionsreduktion im

B-648/2018

Seite 81

Rahmen der Bonusregelung zu betrachten. Verwaltungsrecht 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; c. während der gesamten Dauer des Verfahrens ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug mit der Wettbewerbsbehörde zusammenarbeitet;

B-648/2018

Seite 82

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).

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

B-648/2018

Seite 83

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 blosser 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).

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

B-648/2018

Seite 84

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 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 2. Satz). 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 Kartellrechts- novelle, WuW 2004, S. 505), ohne jedoch die Auswirkungen einer nicht umfassenden Mitwirkung näher zu erörtern (vgl. BABEY/CANAPA, Die Bo- nusregelung 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 Verfah- rens erhobene Einwände eines Selbstanzeigers gegen die untersuchte Wettbewerbsabrede auf eine allfällige Sanktionsreduktion haben. Aus der

B-648/2018

Seite 85

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 mit- gewirkt hat. Aus der Rechtsnatur der Mitwirkung als Obliegenheit (vgl. E. 16.3.28) ergibt sich zudem nicht ohne Weiteres, welche Rechtsnachteile ein Selbst- anzeiger 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 mit- wirken, in der Folge aber präzisierende und relativierende rechtliche Ein- wände erheben, generell jede Sanktionsreduktion unter dem Aspekt der Bonusregelung zu verwehren (teilweise a.M. KRAUSKOPF, in: DIKE-Kom- mentar KG, 2018, Art. 49a N. 92; 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 zunächst naheliegend, auf den Beitrag des Selbstan- zeigers bei der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbe- schränkung abzustellen. In diesem Sinne legt der Verordnungsgeber fest, dass für die Höhe der Reduktion die "Wichtigkeit des Beitrags des Unter- nehmens 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 Wort- laut von Art. 49a Abs. 2 KG und den Zwecken der Aufklärungs- und Ermitt- lungshilfe (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 Zusam-

B-648/2018

Seite 86

menarbeit, Rz. 5, 24 ff.). Die Mitwirkung muss sich somit in objektiv nach- vollziehbarer Weise auf die Aufdeckung des Verstosses oder auf die Be- weisführung und damit auf den Verfahrensausgang auswirken (vgl. SOM- MER, a.a.O., Rz. 26; TAGMANN/ZIRLICK, in:

BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 146; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 3.282). 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 bereits Wettbewerbsbehörde 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 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 Kartellrecht, sic! 2004, S. 764).

B-648/2018

Seite 87

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 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.

B-648/2018

Seite 88

(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). 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 Erlass oder eine Reduktion der Sanktion nach der Bonusregelung erfüllt (vgl. PICHT, 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 prüfen; erst wenn ein solcher verneint würde, stellte sich die Frage eines Anspruchs auf Minderung der Sanktion nach Art. 6 SVKG.

B-648/2018

Seite 89

E. 17

Beurteilung im vorliegenden Fall

E. 17.1

Es ist vorliegend unbestritten und ergibt sich aus den Akten, dass die Beschwerdeführerin am 9. November 2012 – und somit kurze Zeit nach Eröffnung der Untersuchung am 30. Oktober 2012 – als erstes Unternehmen eine Selbstanzeige in der Untersuchung Nr. 22-0433: Bau Unterengadin eingereicht hat. Am 4. Dezember 2012 wies die Beschwerdeführerin die Wettbewerbsbehörden darauf hin, dass sie in Zusammenhang mit dem Bauprojekt (...) von Martinelli und Implenia "Schutz" erhalten habe (vgl. Sachverhalt, C). Ihre Eigenschaft als Erstanzeigerin im Sinne von Art. 8 Abs. 1 SVKG steht diesbezüglich fest. Implenia hat sich am 18. November 2015 erstmals zum betreffenden Projekt geäußert, nachdem ihr das Sekretariat mit Schreiben vom 23. Oktober 2015 die Möglichkeit gegeben hatte, ihre Selbstanzeige insoweit zu ergänzen. Martinelli als weitere, erst am 23. November 2015 in das Verfahren "Bauleistungen Graubünden" einbezogene Untersuchungsadressatin (vgl. Sachverhalt, G) 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, G) einheitlich geführten – Untersuchungsverfahrens unaufgefordert je eine E-Mail an Martinelli vom (...) und an Implenia vom (...) vorgelegt (vgl. Sachverhalt, D), welche die Vorinstanz zutreffend (vgl. E. 7.2) als entscheidende Beweismittel für den Nachweis einer Abstimmung zwischen der Beschwerdeführerin sowie Martinelli einerseits und Implenia andererseits über die gegenseitige Koordination der Angebote einstuft (vgl. Verfügung, Rz. 179, 189). Damit steht fest, dass die Beschwerdeführerin der Vorinstanz Beweismittel vorgelegt hat, welche es dieser in entscheidendem Masse überhaupt erst ermöglicht haben, 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

B-648/2018

Seite 90

vollständigen Erlass der Sanktion nach Art. 8 ff. SVKG als erfüllt (vgl. Verfügung, Rz. 179, 181). Aus den Akten ergeben sich keine Hinweise, die 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 – wovon die Vorinstanz (vgl. Verfügung, Rz. 6) und die Beschwerdeführerin (vgl. Beschwerde, Rz. 77) ohne nähere Begründung ausgehen – eine 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 bzw. Implenia 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. 184 f. Folgendes aus: "Mit ihren Vorbringen im Rahmen der Stellungnahme zum Antrag stellt sich die Bezzola Denoth nicht nur gegen die rechtliche Würdigung der Behörde, was bei der Beurteilung ihrer Selbstanzeige unberücksichtigt zu bleiben hat.

B-648/2018

Seite 91

Sie bestreitet auch den erwiesenen rechtserheblichen Sachverhalt, der vorliegend im Beweisergebnis [...] abgebildet ist. Insbesondere bestreitet sie – was ebenfalls bewiesen ist –, dass die Parteien mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei der Ausschreibung des Bauprojekts (...) nicht zu konkurrenzieren. Damit distanziert sie sich auch von ihrer früheren Aussage, wonach es bei ihrem Verhalten im Zusammenhang mit dem Bauprojekt (...) 'nicht korrekt und sauber' gelaufen sei" (Rz. 184) "[...] Indem die Bezzola Denoth 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. 185)

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 bestreite (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 bestreitet, dass es beim strittigen Bauprojekt zu einer Angebotskoordination gekommen ist. [...] Der Vergleich zwischen den ursprünglichen Vorbringen und den Ausführungen in der Beschwerde offenbart, dass die Beschwerdeführerin ihren 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 vorinstanzlichen Verfahren einen Konsens über die Angebotskoordination bestritten habe, diese Bestreitung jedoch im Beschwerdeverfahren "in erster Linie und expliziter als im vorinstanzlichen Verfahren" erfolge. Die Beschwerdeführerin 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- 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, P), in der Duplik zur Hauptsache damit, dass die Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren einen 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. 181 der Verfügung wörtlich wiedergegeben werden: "Anders als das Sekretariat im Rahmen des verfolgten Zwecks annimmt, ging es weder darum, den Wettbewerb unter den jeweils bilateral Beteiligten zu

verhindern, noch um eine 'Zuschlagsteuerung' [...]." (Stellungnahme zum Ver- fügungsantrag, Rz. 6) "Unbestritten ist, dass Bezzola Denoth von den beiden Unternehmen 'Schutz' in Bezug auf das Projekt (...) erhalten hatte [...]. Allerdings ist nicht eindeutig, was die Beteiligten darunter jeweils verstanden. So gab A. _____ zu Proto- koll, dass er Implenja und Martinelli die Eingabesummen aus 'reinem Entge- genkommen' bekanntgegeben habe. Martinelli und Implenja seien im Unteren- gadin nicht tätig gewesen. Die Bezzola Denoth habe keinen Nutzen davon gehabt, dass 'Nichtmarktteilnehmer' im Unterengadin eine Offerte eingeben würden [...]. Für diese Deutung des Geschehens spricht, dass es sich jeweils um bilaterale Kontakte gehandelt hat. Das spricht viel mehr für einen Gefallen als für eine (aussichtslose) 'Zuschlagsteuerung' der drei Unternehmen." (Stel- lungnahme zum Verfügungsantrag, Rz. 7) 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 horizontalen Abrede (vgl. E. 9.3.2) und das Tatbestandsmerkmal des Bezweckens einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG an (vgl. E. 9.3.7 ff.), nicht aber die Frage, ob sie sich jeweils an einer Abstimmung mit Implenja und Martinelli über das Marktverhalten beteiligt habe. Darauf deutet insbesondere die im einleitenden Satz von Rz. 6 enthaltene Wendung "ging es weder darum" hin. Die Frage, um was es einer Person bei ihrem Verhalten ging, betrifft nach dem allgemeinen Verständnis die Motive sowie die rechtliche 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 Bestreitung noch eine Anerkennung einer Abstimmung entnehmen.

B-648/2018

Seite 94

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.

E. 17.4.8

Die Beschwerdeführerin hält in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag etwa fest, es sei "fraglich", ob überhaupt eine "relevante Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG" vorgelegen habe (vgl. Rz. 13). Die Aussage, die unter der Überschrift "B. Erwägungen 1. Wettbewerbsabrede 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 betreffenden 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: "Aus den genannten Gründen ist es fraglich, ob die vorliegenden bilateralen Abreden (objektiv) geeignet waren, den Wettbewerb zu beeinträchtigen. Es bestand auch keine dahingehende Absicht [...]. Dem liegt die irriige Annahme zugrunde, dass erst die Verhaltensabstimmung dazu geführt habe, dass die beiden 'Nichtmarktteilnehmer' bei diesem Projekt nicht konkurrierten. Doch ging das Verhalten auf den jeweils einseitig getroffenen Entschluss Martinellis und Implenias zurück, sich mangels Fähigkeit zu einem wettbewerbsfähigen Angebot nur formell an dem

Einladungsverfahren zu beteiligen und nur eine reine 'Pro-Forma-Offerte' einzureichen." (Rz. 12)

B-648/2018

Seite 95

Diese Ausführungen betreffen nach objektivem Verständnis zur Hauptsache das Merkmal des Bezweckens einer Wettbewerbsbeschränkung (vgl. E. 9). Zwar macht die Beschwerdeführerin geltend, Martinelli und Implenia hätten sich "einseitig" zur Einreichung ihrer Angebote entschieden, was als Einwand gegen eine Abstimmung gedeutet werden kann (vgl. auch E. 17.4.10); im vorangehenden Satz wendet die Beschwerdeführerin jedoch ein, "die Verhaltensabstimmung" sei nicht ursächlich für die Einreichung der Offerten durch Martinelli und Implenia gewesen, was wiederum als Eingeständnis einer Abstimmung gewertet werden kann. Auch der textliche Kontext der Aussage, wonach eine "Wettbewerbsabrede fraglich" sei, erlaubt demnach nicht den 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 "Fraglich, 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. 96 [22-0463, 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, das Verhalten von Martinelli und Implenia an der

B-648/2018

Seite 96

Ausschreibung sei auf deren jeweils "einseitig getroffenen Entschluss" zurückzuführen (vgl. Rz. 12). Die Passage lautet wie folgt [Hervorhebungen hinzugefügt]: "(12) [...] Dem liegt die irriige Annahme zugrunde, dass erst die Verhaltensabstimmung dazu geführt habe, dass die beiden 'Nichtmarktteilnehmer' bei diesem Projekt nicht konkurrierten. Doch ging das Verhalten auf den jeweils einseitig getroffenen Entschluss Martinellis und Implenias zurück, sich mangels Fähigkeit zu einem wettbewerbsfähigen Angebot nur formell an dem Einladungsverfahren zu beteiligen und nur eine reine 'Pro-Forma-Offerte' einzureichen." (Rz. 12) Mit dem Vorbringen, Martinelli und Implenia hätten an der in Frage stehenden Ausschreibung gestützt auf einen jeweils "einseitig getroffenen Entschluss" ein Angebot eingereicht, bringt die Beschwerdeführerin klar zum Ausdruck, dass diese ihr Angebot

autonom ausgearbeitet hätten. Dies deutet darauf hin, dass die Beschwerdeführerin eine Abstimmung mit Martinelli bzw Implemia 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. 7.3.17). Auch die Vorinstanz geht im Beschwerdeverfahren – wie aufgezeigt (vgl. E. 17.4.1 ff.) – 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 und Implemia 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. 7).

B-648/2018

Seite 97

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. BVEGE 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, in: *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 Verfahrensteiligten 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 und Implemia 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. 7.3.19); solche Gründe sind auch nicht ersichtlich. Sie hat

B-648/2018
Seite 98

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 insgesamt einen erheblichen Mehrwert erbracht hat. Es ist daher zu prüfen, ob die Sanktion 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. 60 ff.; E. 7.3.6). Vielmehr erachtet sie die von der Beschwerdeführerin im Rahmen der Selbstanzeige unaufgefordert vorgelegte E-Mail an Martinelli vom (...) und an Implenja vom (...) als entscheidende 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-Mails an Implenja vom (...) und an Martinelli vom (...) erhebt. Vielmehr räumt die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren einen – in Form der Zusendung einer vorgerechneten Offerte an Martinelli und Implenja erfolgten – "Informationsaustausch" im Vorfeld des Projekts (...) ausdrücklich ein (vgl. Beschwerde, Rz. 8; Replik, Rz. 19, 47). Sie führt im Einzelnen Folgendes aus (Hervorhebung hinzugefügt):

B-648/2018

Seite 99

"Es ist bei dem relevanten Ausschreibungsprojekt unbestritten zu einem Informationsaustausch gekommen, in dessen Rahmen die Beschwerdeführerin Martinelli und Implenja jeweils eine vorgerechnete 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. 60 ff.; vgl. E. 7.3), nämlich die Übersendung je einer vorkalkulierten Offerte an Martinelli und Implenja, welche diese in der Folge als eigenes Angebot an der Ausschreibung einreichten, 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, Martinelli und Implenja hätten jeweils einen einseitigen Entschluss getroffen, sich "formell" an der Ausschreibung zu beteiligen (vgl. Beschwerde, Rz. 28 f., 28 f; Replik, Rz. 19; Stellungnahme zum Verfügungsantrag, Rz. 12). Die Beschwerdeführerin vertritt demnach im Beschwerdeverfahren eine andere Sachverhaltsdarstellung, was die inneren Tatsachen anbelangt, und insoweit 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. 45-59), ist unbestritten. Die von der Weko vorgenommene Beweiswürdigung (Verfügung, Rz. 60 ff.) ist jedoch falsch und verstösst gegen die geschilderten Grundsätze der Beweisführungspflicht [...]. Aus den getroffenen Feststellungen der Weko ergibt sich vielmehr, dass unzulässige Wettbewerbsabreden bei den bilateralen Kontakten nicht erwiesen sind" (Beschwerde, Rz. 21)

B-648/2018

Seite 100

"Das Beweisergebnis ist infolgedessen vom festgestellten Sachverhalt nicht gedeckt [...]." (Beschwerde, Rz. 42)

E. 17.4.18

Der vorliegende Fall ist damit nicht mit der Konstellation vergleichbar, in der eine Selbstanzeigerin die von ihr beigebrachten Informationen und Beweismittel selbst wieder entkräftet; in einem solchen Fall liegt gemäss dem Merkblatt des Sekretariats zur Bonusregelung regelmässig oder "typischerweise" (vgl. Merkblatt des Sekretariats zur Bonusregelung vom 8. September 2014, Rz. 5) keine Selbstanzeige vor.

E. 17.4.19

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. 17.4.13) – 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 entkräftet werden kann. So stellt sich das in diesem Zusammenhang angeführte Vorbringen der Beschwerdeführerin, Martinelli und Implenja hätten ihr Angebot aus freiem Entschluss eingereicht, als unbehelflich heraus (vgl. E. 7.3.16).

E. 17.4.20

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-Mails an Martinelli und Im- plenia 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 Vor- instanz zu ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss festzustellen (vgl. Be- schwerde, Rz. 81). Damit räumt sie ein, dass den betreffenden E-Mails ein erheblicher Wert als Beweismittel zukommt. Entgegen der Ansicht der Vor- instanz im Beschwerdeverfahren kann daher nicht die Rede davon sein, dass das Verhalten der Beschwerdeführerin in der Sache einem Rückzug der Selbstanzeige gleichkomme.

B-648/2018

Seite 101

E. 17.4.21

Inwieweit die Einwände der Beschwerdeführerin in ihrer Stellung- nahme zum Verfügungsantrag den zuvor im Verfahren der Wettbewerbs- behörden 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 Beschwerdefüh- rerin zu einem wesentlichen zusätzlichen Prüf- und Begründungsaufwand der Vorinstanz geführt haben. So stimmen die Erwägungen des Sekretari- ats im Verfügungsantrag über das Vorliegen eines Konsenses mit denjeni- gen in der angefochtenen Verfügung der Vorinstanz – von hier nicht rele- vanten Unterschieden abgesehen – nahezu wörtlich überein (jeweils "B.4 Beweiswürdigung – B 4.1 Konsens", Rz. 41 ff. [Verfügungsantrag] und Rz. 60 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 Verfügungs- antrag ein, obschon sie diese Einwände in ihren Erwägungen über einen Erlass 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 Beschwerde- führerin für die Anwendung der Bonusregelung, sie habe keine Beschrän- kung des Wettbewerbs bezweckt. Dieser Einwand betrifft die Motive der Beschwerdeführerin, die – wie aufgezeigt (vgl. E. 9.3.7 ff.) – bei der Beur- teilung, ob das Tatbestandsmerkmal des Bezweckens einer Wettbewerbs- beschränkung 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 vorinstanz- lichen Verfahren einen erheblichen Aufwand bewirkt hat. Wenn der ent- sprechende Einwand für die Beurteilung, ob eine Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt, unerheblich ist, vermag er den erbrachten Mehr- wert 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.

B-648/2018

Seite 102

(3) Treu und Glauben

E. 17.4.22

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. 17.4.23

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 (Art. 5 Abs. 3 BV). Dieser bildet damit einen Massstab für die Beurteilung, ob das Verteidigungsverhalten eines Selbstanzeigers einer Sanktionsreduktion nach der Bonusregelung entgegensteht (vgl. MAX BAUMANN, in: ZK- ZGB, Bd. I/1, Einleitung: Art. 1-7 ZGB, 3. Aufl. 1998, Art. 2 N. 34 ff.). 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 BV-Kommentar, 4. Aufl. 2023, Art. 5 N. 66 f., 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 ver-

B-648/2018

Seite 103

letzt, 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. 17.4.24

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. 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 eventua- liter geltend. Sie begründet ihren Hauptantrag auf Aufhebung der ihr auferlegten Sanktion (vgl. Sachverhalt, O; E. 4) in erster Linie damit,

dass eine "Wettbewerbsabrede bei den bilateralen Kontakten 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. 74 ff.; Replik, 53 f.).

E. 17.4.25

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 jeweils bilaterale Informationsaustausch für die Ab-

B-648/2018

Seite 104

gabe der 'Pro-Forma-Offerte' beim Projekt (...) als unzulässige Wettbewerbsabrede zu qualifizieren ist. Die Beschwerdeführerin hat das in der Beschwerde hypothetisch angenommen (Rz. 74-83). (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.) 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. 17.4.26

Schliesslich wird von der Vorinstanz weder stichhaltig dargelegt noch ist ersichtlich, dass das Verhalten der Beschwerdeführerin sonst wie gegen Treu und Glauben verstossen hat. Dass die Beschwerdeführerin eine andere Bewertung der – nicht bestrittenen – äusseren Tatsachen (Informationsaustausch in Form der Zusendung je einer vorkalkulierten Offerte an Martinelli und Implenja, die diese als eigene Offerte eingereicht haben) 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-Mails an Martinelli und Implenja als zentrale Beweismittel für eine Abstimmung über das Eingabeverhalten richten. (4) Bemessung der Sanktionsreduktion

E. 17.4.27

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

B-648/2018

E. 17.4.28

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 Wettbewerbsbehörde 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 Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG als auch mit der Bonusregelung 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. 17.4.29

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. 16.3.16) 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. 16.3.29 f.), 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).

B-648/2018

Seite 106

(5) Reformatio in peius

E. 17.4.30

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 Sachverhaltes beruht; wegen Unangemessenheit darf die angefochtene Verfügung nicht zuungunsten einer Partei geändert werden, ausser im Falle der Änderung zugunsten einer Gegenpartei. Von einer reformatio in peius ist gemäss der bisherigen Praxis des Bundesverwaltungsgerichts – insbesondere in Fällen, in denen die Vorinstanz ein Ermessen hat – zurückhaltend Gebrauch zu machen. Diese ist vielmehr 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 BGer

8C_592/2012 vom 23. November 2012 E. 3.5; 2A.363/2002 vom 26. Mai 2003 E. 1.2; Urteile des BVGer B- 4596/2019 vom 5. Juni 2023 E. 9.2.16 ff., CA Auto Finance Suisse SA; B- 6888/2018 vom 18. Februar 2019 E. 11; B-3328/2015 vom 18. Oktober 2017 E. 3.1 ff.). Diese Praxis beruht unter anderem auf der Überlegung, dass eine reformatio in peius im Widerspruch zur Funktion des Bundesverwaltungsgerichts steht, neben der Durchsetzung des objektiven Rechts auch Individualrechtsschutz zu gewähren (vgl. PETER BÖCKLI, Reformatio in peius – oder der Schlag auf die hilfeschuchende Hand, ZBl 1980, 97 ff., 106 ff.). Es sind deshalb die öffentlichen Interessen an der korrekten Anwendung des materiellen Rechts den Rechtsschutzinteressen der betroffenen Partei gegenüberzustellen (vgl. Urteil des BVGer B-3328/2015 vom

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, K), 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. 56 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).

B-648/2018

Seite 110

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 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, 5.3.2, Nikon; in diesem Sinne EGMR, Jussila/Finnland, Urteil vom 23. November 2006, Nr. 73053/01, § 45). 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

B-648/2018

Seite 111

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 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 Schuldanerkennung, 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-648/2018

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 Bezzola Denoth AG vom 14. Juni 2017 [...]. Darin zieht die Bezzola Denoth AG unter anderem in Zweifel, dass das Verhalten der Parteien im Zusammenhang mit dem Bauprojekt (...) zu einer Beschränkung des Wettbewerbs geeignet gewesen sei. [...] (Rz 12 der Stellungnahme). Diese Ausführungen stellen die Qualifikation der bisherigen Eingaben der Be- zzola Denoth 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 Bezzola Denoth 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, J) 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, L) bejahte die Beschwerdeführerin die ihr gestellte Frage einerseits und wies ande- rerseits darauf hin, dass es drei Aussenseiter gegeben habe, die ein wett- bewerbsfähiges Angebot eingereicht hätten. Sie führte im Einzelnen Fol- gendes aus:

B-648/2018

Seite 113

"Ja, das Verhalten der Parteien hatte zumindest potentielle Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse. Ohne die drei weiteren unabhängigen Angebote für das Projekt (...) hätte das Verhalten dazu geführt, dass nur ein einziges wettbewerbsfähiges Angebot durch Bezzola Denoth 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- zelnen 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. Urteile des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E.18.4.3, Engadin IV Foffa Conrad; B-3096/2018 vom 28. November 2023 E. 125, Engadin I Foffa Conrad; in diesem Sinne auch 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 COLIN CHEETHAM, Der nemo tenetur-Grundsatz im kartellrechtlichen Kronzeugenverfahren der Schweiz und der EU, 2023, Rz. 256 ff.; 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.

B-648/2018

Seite 115

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. CHEETHAM, a.a.O., Rz. 220 ff.; EMMA SALEMME, Enforcing European Competition Law 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 offengelassen 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. 60 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, 56 ff.). Stichhaltige Gründe für diese

B-648/2018

Seite 116

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. 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 Implenja bzw. 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. 10'706.–. Das Dispositiv der angefochtenen Verfügung auferlegt diese Kosten der Foffa Conrad AG. Die Muttergesellschaft der Beschwerdeführerin war jedoch nicht Partei des vorinstanzlichen Verfahrens Nr. 22-0463 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin VI [...]). Dass es sich dabei um ein offenkundiges Redaktionsverfahren handeln muss, ergibt sich unter anderem aus der Begründung der Kos-

B-648/2018

Seite 117

tenauflegung, wo einzig von der Verteilung der Kosten unter der Beschwerdeführerin, Martinelli und Implenja die Rede ist (vgl. Verfügung, Rz. 202). Die Vorinstanz auferlegt der Beschwerdeführerin, Martinelli und Implenja Verfahrenskosten von Fr. 32'120.– zu gleichen Teilen (Fr. 10'706.– je Verfügungsadressatin). Dieser Betrag setzt sich aus einem Zeitaufwand von 49 Stunden zu einem Stundenansatz Fr. 200.– und von 8 Stunden zu einem Ansatz Fr. 290.– zusammen, was einen Betrag von Fr. 12'120.– ergibt. Die Vorinstanz rechnet des Weiteren vom ursprünglichen Verfahren Nr. 22-0433 (Bauleistungen

Graubünden) Verfahrenskosten von Fr. 20'000.– hinzu, weil vor der Verfahrenstrennung am 23. November 2015 mehrere Ermittlungshandlungen, insbesondere Einvernahmen, über das vorliegende Bauprojekt durchgeführt worden seien (vgl. Verfügung, Rz.199 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 BVer B-771/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.1.1, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Cellere).

B-648/2018

Seite 118

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. 20'000.– hinzurechnet. Die Beschwerde ist auch diesbezüglich abzuweisen.

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 Implenia bzw. 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. 10'706.-. Das Dispositiv der angefochtenen Verfügung auferlegt diese Kosten der Foffa Conrad AG. Die Muttergesellschaft der Beschwerdeführerin war jedoch nicht Partei des vorinstanzlichen Verfahrens Nr. 22-0463 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin VI [...]). Dass es sich dabei um ein offenkundiges Redaktionsversehen handeln muss, ergibt sich unter anderem aus der Begründung der Kostenauflegung, wo einzig von der Verteilung der Kosten unter der Beschwerdeführerin, Martinelli und Implenla die Rede ist (vgl. Verfügung, Rz. 202). Die Vorinstanz auferlegt der Beschwerdeführerin, Martinelli und Implenla Verfahrenskosten von Fr. 32'120.- zu gleichen Teilen (Fr. 10'706.- je Verfügungsadressatin). Dieser Betrag setzt sich aus einem Zeitaufwand von 49 Stunden zu einem Stundenansatz Fr. 200.- und von 8 Stunden zu einem Ansatz Fr. 290.- zusammen, was einen Betrag von Fr. 12'120.- ergibt. Die Vorinstanz rechnet des Weiteren vom ursprünglichen Verfahren Nr. 22-0433 (Bauleistungen Graubünden) Verfahrenskosten von Fr. 20'000.- hinzu, weil vor der Verfahrenstrennung am 23. November 2015 mehrere Ermittlungshandlungen, insbesondere Einvernahmen, über das vorliegende Bauprojekt durchgeführt worden seien (vgl. Verfügung, Rz. 199 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. 20'000.- 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

Bundesverwaltungs- gerichts über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwal- tungsgericht vom 21. Februar 2008 (VGKE). Danach bemisst sich die Gerichtsgebühr nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Pro- zessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 1 Abs. 1 VGKE). Nach Art. 4 VGKE beträgt die Gerichtsgebühr in Streitigkeiten mit Vermögensin- teresse bei einem Streitwert zwischen Fr. 10'000.– und Fr. 20'000.– maxi- mal Fr. 5'000.–. Die vorliegend angefochtene Sanktion beläuft sich auf Fr. (...). Aufgrund der relativ hohen Komplexität der zu behandelnden – bis- lang ungeklärten – Rechtsfragen in Zusammenhang mit der Bonusrege- lung ist die Gerichtsgebühr entsprechend dem einverlangten Kostenvor- schuss auf Fr. 4'500.– festzulegen.

B-648/2018

Seite 119

Angesichts des Ausgangs des Beschwerdeverfahrens ist der Beschwerde- führerin keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

B-648/2018

Seite 120

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