

BVGer B-652/2018 vom 2. Oktober 2017

Bundesverwaltungsgericht, 2017-10-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-652_2018_d20171002

FR: TAF B-652/2018 du 2 octobre 2017

IT: TAF B-652/2018 del 2 ottobre 2017

Regeste

Unzulässige Wettbewerbsabreden | Sanktionsverfügung vom 2. Oktober 2017 (22-0460)

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 Beschwerdeführerinnen sind als Verfügungsadressatinnen 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 Die Beschwerdeführerinnen stellen 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 Beschwerdeführerinnen 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,

B-652/2018 Seite 14 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. Über den Wortlaut von Art. 2 Abs. 1bis KG hinaus muss ein Teilnehmer am Wirtschaftsprozess über wirtschaftliche Selbständigkeit verfügen, um als Normadressat des Kartellgesetzes erfasst zu werden. Bei Konzernen stellen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG dar. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes (vgl. Urteile des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 E. 35 ff., 48 ff., Six und B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 3.1.2 m.w.H., Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne). Die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 bilden – was sich aus den Akten ergibt und unstreitig ist (vgl. auch Verfügung, Rz. 78, 227 f., 355) – gemeinsam ein Unternehmen im Sinne des KG, dem die Vorinstanz die Beteiligung an je einer Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG (vgl. zum Wortlaut der Bestimmungen E. 12) über die oben erwähnten Bauprojekte (vgl. Sachverhalt, A) vorwirft. Der persönliche, sachliche und örtliche Geltungsbereich des KG nach Art. 2 KG ist demzufolge gegeben (vgl. zur Frage der rechtmässigen Verfügungsadressaten E. 15.1.4).

E. 4

Streitgegenstand Beim Streitgegenstand handelt es sich um das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung – des Anfechtungsgegenstands –

B-652/2018 Seite 15 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 Beschwerdeführerinnen betreffend, insbesondere die Auferlegung einer Verwaltungsanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG für die Beteiligung an Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 KG über die Projekte (...) und (...) und (...) (Dispositiv-Ziffer 2.1). Zudem auferlegte die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen Verhaltenspflichten (Dispositiv-Ziffer 1) und Verfahrenskosten (Dispositiv-Ziffer 4.1). Die Beschwerdeführerinnen beantragen die Aufhebung der sie betreffenden Anordnungen der Vorinstanz in den Ziffern 2 und 4 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung. Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist somit die Rechtmässigkeit der Verwaltungsanktion 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 den den Beschwerdeführerinnen vorgeworfenen Beteiligungen an Submissionsab-sprachen vorab

einzelne begriffliche Klärungen vorzunehmen: 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).

B-652/2018 Seite 16

E. 6

Formelle Rügen In formeller Hinsicht rügen die Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz habe im Rahmen der Beurteilung, ob unzulässige Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG über die Projekte (...), (...) und (...) vorlägen, ihre Beweisführungspflicht verletzt (vgl. Beschwerde, Rz. 10, 21, 44, 56). 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. 34 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 bestreiten die Beschwerdeführerinnen in erster Linie eine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG. Sie machen zur Begründung im Wesentlichen geltend, es habe zwischen der jeweiligen Foffa Conrad-Gesellschaft einerseits und der (damaligen) Prader ([...] und [...]) sowie Crestageo ([...]) andererseits keine

B-652/2018 Seite 17 Einigung über das Eingabeverhalten an der jeweiligen Ausschreibung vor- gelegen (vgl. E. 7.3.2 ff.), die als Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert werden könne (vgl. E. 8). Zudem sei eine Wettbewerbsbe- schränkung weder bezweckt noch bewirkt worden (vgl. E. 9).

E. 7.1.2

Die Beschwerdeführerinnen räumen zwar ein, es sei zu einem Infor- mationsaustausch gekommen, bei dem Bezzola Denoth der (damaligen) Prader ([...] und [...]) sowie Crestageo der Foffa Conrad ([...]) jeweils eine vorkalkulierte Offerte ([...] und [...]) bzw. die eigene Offerte ([...]) übersandt habe (vgl. Beschwerde, Rz. 8, 92; Replik, Rz. 19, 32, 37). Sie wenden je- doch ein, im Einklang mit der Unschuldsvermutung und dem Grundsatz "in dubio pro reo" könne der jeweiligen Foffa Conrad-Gesellschaft keine Ab- stimmung mit der jeweiligen Zindel-Gesellschaft über das Angebotsverhal- ten bei den in Frage stehenden Projekten nachgewiesen werden. Es sei beweismässig nicht erstellt, dass die jeweilige Foffa Conrad-Gesellschaft und die (damalige) Prader bzw. Crestageo durch ihr Verhalten den über- einstimmenden wirklichen Willen im Hinblick auf die (angebliche) Ange- botskoordinierung bei den betreffenden Bauobjekten geäussert hätten. Vielmehr fehle eine Einigung oder Abstimmung, überhaupt eine Angebots- koordinierung vornehmen zu wollen. Das vorinstanzliche Beweisergebnis sei mit dem Grundsatz "in dubio pro reo" nicht vereinbar (vgl. Beschwerde, Rz. 29, 31, 42, 48, 63, 65). Im Einzelnen führen sie unter Verweis auf die Unschuldsvermutung in der Beschwerde diesbezüglich aus [Hervorhebungen hinzugefügt]: "(29) Im Projekt Punt Pedra hat die Weko im vorliegenden Untersuchungsver- fahren im Rahmen der Beweiswürdigung den zutreffenden Schluss gezogen, dass den Parteien im 'Einklang mit dem Grundsatz in dubio pro reo' 'weder ein Konsens zur Angebotskoordination noch eine Verhaltensabstimmung in ande- rer Form nachgewiesen werden' könne (Verfügung, Rz. 441). Gleiches muss für das Projekt (...) gelten. [...] In beiden Fällen handelt es sich um einen ein- seitigen Entschluss und nicht um eine Einigung zwischen zwei Parteien." (Rz. 29) "(31) [...] es fehlt die unabdingbare zweiseitige Einigung oder Abstimmung, überhaupt eine Angebotskoordinierung vornehmen zu wollen, bzw. die ge- meinsame Intention für eine abgestimmte Verhaltensweise. [...]" (Rz. 31, [...]) "(47) Es ist nicht bewiesen, dass Bezzola Denoth und Prader den übereinstim- menden Willen hatten, ihre Angebote beim Projekt (...) zu koordinieren und damit bezweckten, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. [...]" (Rz. 47)

B-652/2018 Seite 18 "(62) Es ist nicht bewiesen, dass Crestageo und Foffa Conrad den überein- stimmenden Willen geäussert hatten, ihre Angebote beim Projekt (...) zu koor- dinieren und damit bezweckten, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu kon- kurrenzieren. [...]" (Rz. 62) Zum Hintergrund der erwähnten E-Mails führen die Beschwerdeführerinnen aus, Bezzola Denoth sei von der (damaligen) Prader jeweils um eine vorkalkulierte Offerte gebeten worden. Sie habe daraufhin der (damaligen) Prader aus Gefälligkeit eine solche Offerte per E-Mail zugesandt, damit diese die "Pro-Forma-Offerte" so kostengünstig wie möglich habe erstellen können (vgl. Beschwerde, Rz. 31 [...]), Rz. 46 [...]). Beim Projekt (...) habe Foffa Conrad sich an Crestageo als Spezialistin für solche Arbeiten gewandt, um eine Offerte für dieses Projekt mit möglichst wenig Aufwand erstellen zu können (vgl. Beschwerde, Rz. 62). Die Beschwerdeführerinnen führen weiter aus, ungeachtet des jeweiligen Informationsaustauschs zwischen Bezzola Denoth und der (damaligen) Prader ([...] und [...]) sowie zwischen Foffa Conrad und Crestageo ([...]) sei das Angebot der (damaligen) Prader ([...] und [...]) sowie von Foffa Conrad ([...]) jeweils auf einen "einseitig

getroffenen Entschluss" zurückgegangen, sich mangels Fähigkeit zu einem wettbewerbsfähigen Angebot nur formell, d.h. ohne Interesse am Auftrag, an der Ausschreibung zu beteiligen und eine reine "Pro-Forma-Offerte" einzureichen (vgl. Beschwerde, Rz. 29 und Rz. 31 ff. [...]), 38, 40, 47 [...], 62 [...]); Replik, Rz. 19, 23). In Bezug auf das Projekt (...) machen die Beschwerdeführerinnen ebenfalls geltend, es sei im Zweifel zu ihren Gunsten davon auszugehen, dass Foffa Conrad einseitig beschlossen habe, nur eine "Pro-Forma-Offerte" einzu- reichen. Dies deshalb, weil sie zu einer Ausführung dieser anspruchsvollen Spezialarbeit mangels technischer Kompetenz und Erfahrung gar nicht in der Lage gewesen sei (vgl. Beschwerde, Rz. 62).

E. 7.2.1

Die Vorinstanz erachtet es demgegenüber als bewiesen, dass Bezzola Denoth und die (damalige) Prader ([...]) sowie Foffa Conrad und Crestageo ([...]) durch ihr Verhalten den übereinstimmenden Willen geäußert hätten, ihre Angebote beim jeweiligen Projekt zu koordinieren. Konkret sollte die (damalige) Prader ([...]) und Foffa Conrad ([...]) eine höhere Offerte einreichen als Bezzola Denoth ([...]) sowie Crestageo ([...]); vgl. Verfügung, Rz. 61 [...], Rz. 226 [...], Rz. 354 [...]).

B-652/2018 Seite 19

E. 7.2.2

In Bezug auf das Projekt (...) stützt die Vorinstanz ihr Beweisergebnis insbesondere auf zwei E-Mails von Bezzola Denoth (A._____) an die (damalige) Prader (C._____) vom 17. und 18. November 2011. Die E-Mails enthalten jeweils eine Beilage, die den Betreff "Offerte (...)" trägt. Die E-Mail vom 18. November 2011 lautete wie folgt (act. IX.C.035, pag. 51, 52, 54, 60 [...]): "Sehr geehrter Herr C._____. Im Anhang nochmals eine leicht überarbeitete SIA. Folgende Eckdaten: Brutto neu Fr. (...) Skonto 2% Sonderabzug 1.5% MwSt 8% Netto inkl. MwSt (...) Die Offerte können Sie in dieser Form eingeben. Die Preise wurden angepasst. Spielraum für Abgebote kaum vorhanden. (...) Mit freundlichen Grüßen und herzlichem Dank für Ihre Bemühungen (...)" Die Vorinstanz argumentiert, die in den E-Mails vom 17. und 18. November 2011 von Bezzola Denoth an Prader enthaltenen Sätze "Die Offerte können Sie in dieser Form eingeben. Die Preise wurden angepasst." liessen keinen anderen Schluss zu, als dass damit Prader gebeten worden sei, eine höhere Offerte einzugeben. Mit der Zusendung einer vorkalkulierten Offerte und dem Begleitschreiben sei für die Beteiligten klar gewesen, dass die Summe der SIA-Datei bereits über der Offertsumme von Bezzola Denoth gelegen habe und somit in dieser Größenordnung eingegeben werden sollte, keinesfalls jedoch bedeutend tiefer (vgl. Verfügung, Rz. 55 ff.).

E. 7.2.3

In Bezug auf das Projekt (...) stützt die Vorinstanz ihr Beweisergebnis im Wesentlichen auf eine E-Mail von Bezzola Denoth (A._____) an die (damalige) Prader (D._____) vom 7. April 2011. Dieses lautete wie folgt (act. IX.C.035, pag. 42, 60 [...]): "Hallo (...).

B-652/2018 Seite 20 Im Anhang entsprechende Dokumente. SIA ist eingabefertig. Tech. Bericht zur Info. Eingabe netto inkl. MWST Fr. (...) Gruß und Dank (...)" Die Vorinstanz führt dazu aus, der in dieser E-Mail enthaltene Satz "SIA ist eingabefertig" lasse keinen anderen Schluss zu, als dass damit Prader gebeten worden sei, eine höhere Offerte einzugeben und Bezzola Denoth bei diesem Bauprojekt nicht zu konkurrenzieren. Mit der

Zusendung einer vor- kalkulierten Offerte und dem Begleitsatz "SIA ist eingabefertig" sei für die Beteiligten klar gewesen, dass die Summe der SIA-Datei bereits über der Offertsumme von Bezzola Denoth gelegen habe und somit in dieser Grös- senordnung eingegeben werden sollte (vgl. Verfügung, Rz. 209 f.).

E. 7.2.4

Hinsichtlich des Projekts (...) stützt die Vorinstanz ihr Beweisergebnis zur Hauptsache auf ein Faxschreiben von E. _____, (...) der Crestageo, an B. _____ von Foffa Conrad, vom 30. Juli 2008 (act. IX.C.035, pag. 11 [(...)] 25-0039). Das Schreiben enthielt als Beilage die Offerte von Cresta- geo für dieses Projekt und lautete wie folgt: "Sehr geehrter (...) Gemäss Absprache mit E. _____ erhalten Sie anbei unsere Offerte für das eingangs erwähnte Objekt. Bitte passen Sie die Preise noch an. Besten Dank. Freundliche Grüsse CRESTAGEO AG" Die Vorinstanz argumentiert, der im Faxschreiben von Crestageo an Foffa Conrad vom 30. Juli 2008 enthaltene Satz "Bitte passen Sie die Preise noch an" lasse keinen anderen Schluss zu, als dass damit Foffa Conrad gebeten worden sei, eine höhere Offerte einzugeben und Crestageo bei diesem Bauprojekt nicht zu konkurrenzieren (vgl. Verfügung, Rz. 336).

E. 7.3

B-652/2018 Seite 21

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, unzu- lässig. Als Wettbewerbsabreden gelten nach Art. 4 Abs. 1 KG rechtlich er- zwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander ab- gestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiede- ner Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder be- wirken.

E. 7.3.2

Es sind vorab die Beweisregeln darzustellen. In deren Lichte ist an- schliessend zu beurteilen, ob den Beschwerdeführerinnen eine Abstim- mung mit der jeweiligen Zindel-Gesellschaft über das Eingabeverhalten an den in Frage stehenden Ausschreibungen rechtsgenügend nachgewiesen werden kann.

E. 7.3.2.1

Die objektive und subjektive Beweislast für das Vorliegen einer Ab- stimmung 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 Granella; B-552/2015 vom 14. November 2017 E. 3.2, Türbeschläge). Während die objektive Beweis- last regelt, welche Partei die Folgen der Beweislosigkeit einer rechtlich re- levanten 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 Beweis- last von unzutreffenden Annahmen ausgegangen ist, legen die Beschwer- deführerinnen 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. 34, 77). 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 B-652/2018 Seite 22 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 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 den Beschwerdeführerinnen eine Abstimmung über die in Frage stehenden Projekte im Sinne eines Einvernehmens über das Eingabeverhalten mit der jeweiligen Zindel-Gesellschaft rechtsgenügend nachgewiesen werden kann.

E. 7.3.6

Die Vorinstanz stützt ihr Beweisergebnis, wonach Bezzola Denoth eine Abstimmung mit der (damaligen) Prader ([...] und [...]) über das Ein- gabeverhalten bei den Projekten (...) und (...) getroffen habe, wie erwähnt hauptsächlich auf je eine E-Mail von Bezzola Denoth an die (damalige) Prader vom 17. und 18. November 2011 ([...]) sowie vom 7. April 2011 ([...]). Die Beschwerdeführerinnen haben die betreffenden E-Mails mit Eingabe vom 1. Februar 2013 eingereicht (vgl. Verfügung, Rz. 55 ff. [...], Rz. 209 ff. [...]; E. 7.2). In Bezug auf das Projekt (...) stützt die Vorinstanz ihr Beweisergebnis einer Abstimmung zwischen Foffa Conrad und Crestageo – wie aufgezeigt – auf ein Faxschreiben der Crestageo an Foffa Conrad vom 30. Juli 2008. Die Beschwerdeführerinnen haben dieses ebenfalls in ihrer Eingabe vom 1. Februar 2013 eingereicht (vgl. Sachverhalt, C).

E. 7.3.7

Dass es sich bei den Projekten (...) und (...) um von Bezzola Denoth für die (damalige) Prader vorkalkulierte Offerten handelt, bestätigt der Wortlaut der jeweiligen E-Mail. Darin ("Die Offerte können Sie in dieser Form eingeben [...] Mit freundlichen Grüßen und herzlichem Dank für Ihre Bemühungen" [...] bzw. "SIA ist eingabefertig [...] Gruss und Dank" [...]) kommt die Erwartung von Bezzola Denoth zum Ausdruck, dass die (damalige) Prader die jeweilige Offerte als ihr eigenes Angebot an der Ausschreibung einreicht (so auch die angefochtene Verfügung, Rz. 77 [...], Rz. 226 [...]). Gleiches gilt sinngemäss auch in Bezug auf das Projekt (...), bei dem Crestageo per Faxschreiben ihre Offerte an Foffa Conrad gesandt hat, mit der Bemerkung "Bitte passen Sie die Preise noch an. Besten Dank". Auch hierin manifestiert sich die Erwartung von Crestageo, dass Foffa Conrad eine preislich höhere Offerte einreicht.

E. 7.3.8

Es ist dabei aufgrund der von den Beteiligten bekundeten Interessenlage – dem Interesse der Bezzola Denoth am Erhalt des Zuschlags bei den Projekten (...) und (...) stand ein offenkundiges Desinteresse der (damaligen)

B-652/2018 Seite 24 Zindel am Zuschlag gegenüber – davon auszugehen, dass der in den beiden Offerten aufgeführte Preis höher als der Preis war, zu dem Bezzola Denoth ihr Angebot einzureichen beabsichtigte. Die Zusendung einer Offerte zu einem tieferen Preis hätte aus der Sicht der Bezzola Denoth ökonomisch keinen Sinn gehabt, zumal sie dadurch ihre Chancen auf den Zuschlag verringert hätte. Dasselbe gilt auch für das Projekt (...), bei dem – wie erwähnt – Crestageo der Foffa Conrad ihre Offerte mit der Bitte zugesandt hat, ein höheres Angebot einzureichen.

E. 7.3.9

Die Zusendung der jeweiligen E-Mail durch Bezzola Denoth an die (damalige) Prader bei den Projekten (...) und (...) 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. Nicht anders kann auch die Tatsache verstanden werden, dass Crestageo ihre Offerte für das Projekt (...) vorgängig an Foffa Conrad gesandt hat. Dies umso mehr, als das dazugehörige Begleitschreiben für die Zusendung der Offerte auf eine "Absprache mit E. _____", (...) von Crestageo, verwies. Einen vergleichbaren Verweis auf eine vorherige Abstimmung ("in Absprache F. _____") enthält auch die E-Mail von Bezzola Denoth an die (damalige) Prader vom 17. November 2011 über das Projekt (...).

E. 7.3.10

Ein weiteres Indiz für eine Abstimmung ist der Umstand, dass die (damalige) Prader – was diese nicht bestreitet und aktenkundig ist – bei den Projekten (...) und (...) die ihr jeweils zugesandte vorkalkulierte Offerte im Wesentlichen unverändert als ihr eigenes Angebot an der fraglichen Ausschreibung eingereicht hat (vgl. Verfügung, Rz. 74 ff. [...]), Rz. 223 ff. [...]). Beim Projekt (...) reichte Foffa Conrad entsprechend dem Wunsch von Crestageo eine höhere Offerte ein (vgl. Verfügung, Rz. 352 f.).

E. 7.3.11

Soweit sich der Einwand der Beschwerdeführerinnen, die (damalige) Prader ([...] und [...]) sowie Foffa Conrad ([...]) hätten ihr Angebot aus freiem Entschluss eingereicht, gegen das Bestehen einer Abstimmung richtet, ist er unbehelflich. Die (damalige) Prader kannte aufgrund der ihr von Bezzola Denoth jeweils zugesandten vorkalkulierten Offerte den ungefähren Offertpreis, zu dem diese ihr Angebot einzureichen beabsichtigte. Sie hat die ihr jeweils zugesandte vorkalkulierte Offerte – wie soeben aufgezeigt – im Wesentlichen unverändert als ihr eigenes Angebot eingegeben und damit bewusst eine preislich teurere Offerte eingereicht. Sie hat den Offertpreis demnach gerade nicht im Sinne des zum Schutz eines unverfälschten Wettbewerbs massgeblichen Selbständigkeitspostulats (vgl.

B-652/2018 Seite 25 E. 9.2.5) unabhängig von Bezzola Denoth als ihrer Mitbewerberin, sondern gestützt auf die von dieser erhaltenen Informationen festgelegt. Dies gilt auch für Foffa Conrad, die in Kenntnis der voraussichtlichen Offertsumme von Crestageo bei der Ausschreibung (...) eine höhere Offerte eingereicht hat. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, hat der jeweilige Informationsaustausch die Unsicherheit über das Verhalten des jeweils anderen Unternehmens bei den betreffenden Ausschreibungen beseitigt, was einem autonomen Eingabeverhalten entgegensteht (vgl. Vernehmlassung, Rz. 46; Urteil des BVGer B-141/2012 vom 12. Dezember 2022 E. 4.4.3.1.3, Estée Lauder).

E. 7.3.12

Auf ein Einvernehmen zwischen den jeweiligen Gesellschaften der Foffa Conrad-Gruppe einerseits und der Zindel-Gruppe andererseits über die Koordinierung der Angebote weist auch die Tatsache hin, dass die Beschwerdeführerinnen zu einem frühen Zeitpunkt des vorinstanzlichen Untersuchungsverfahrens ausdrücklich eingestanden haben, sich mit der (damaligen) Prader ([...] und [...]) und Crestageo ([...]) über das Eingabeverhalten an der jeweiligen Ausschreibung abgestimmt zu haben:

E. 7.3.13

So reichte Foffa Conrad am 30. November 2012 im Rahmen ihrer Bonusmeldung eine Liste ihrer Offerten in den Jahren 2007-2012 zu Bauprojekten im Engadin ein. Auf der Liste ist das Projekt (...) aufgeführt und mit einem Kreuz gekennzeichnet, was gemäss der Legende bedeutete, dass das Projekt von einer "Absprache" betroffen war (vgl. Vorinstanz, act. IX.C.024, pag. 18 [25-0039]).

E. 7.3.14

Sodann reichte Bezzola Denoth dem Sekretariat im Rahmen ihrer Selbstanzeige am 4. Dezember 2012 eine überarbeitete Liste ihrer Offerten zu Bauprojekten im Engadin in den Jahren 2006 bis 2012 ein (vgl. Sachverhalt, C). Auf der Liste ist das Projekt (...) aufgeführt, mit der Anmerkung: "Möglicherweise Alibieingabe von Prader Davos. Hinweis in unserem Mailverkehr. Ob tatsächlich Eingabe erfolgte ist unklar." (act. IX.C.027, pag. 21

[(...)]. Zudem ist auch das Projekt (...) auf der Liste aufgeführt, mit der Anmerkung: "Schutz erhalten von Prader Davos. Hinweis in unserem Mailverkehr" (act. IX.C.027, pag. 19 [...]). Des Weiteren sagte A._____ an der Befragung durch das Sekretariat am 26. Oktober 2015 zu den Projekten (...) und (...) aus, er habe der (damaligen) Prader jeweils eine Offerte bzw. Offertsumme zugesandt. Was das Projekt (...) anbelangt, konfrontierte das Sekretariat A._____ mit der Bemerkung "Verstoss belegt durch E-Mail siehe Beilage" in der Eingabe der

B-652/2018 Seite 26 Bezzola Denoth im Rahmen ihrer Selbstanzeige vom 1. Februar 2013. Darauf antwortete der Befragte, dies sei für ihn ein "klarer Verstoss". Hinsichtlich des Projekts (...) bestätigte A._____ die Aussage "Schutz erhalten von Prader Davos. Hinweis in unserem Mailverkehr." in der Eingabe der Bezzola Denoth vom 4. Dezember 2012 mit den Worten: "Ja, die damalige Aussage ist korrekt." (vgl. Protokoll der mündlichen Ergänzung zur Selbstanzeige vom 26. Oktober 2015, act. IX.C.60 [25-0039], Rz. 248 ff. [...], Rz. 563 ff. [...]).

E. 7.3.15

Zum Projekt (...) sagte B._____ bei der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige der Foffa Conrad am 27. Oktober 2015 auf die Frage, was mit der Bezeichnung "abgesprochen" in der Eingabe der Foffa Conrad vom 1. Februar 2013 gemeint sei, aus, die "Absprache" sei gewesen, dass Foffa Conrad höher eingebe als Crestageo (vgl. Vorinstanz, act. IX.C.61, Rz. 156 [25-0039]).

E. 7.3.16

Die Beschwerdeführerinnen wenden in diesem Zusammenhang ein, wenn Vertreter der Foffa Conrad-Gruppe im Rahmen der Befragungen durch das Sekretariat Aussagen gemacht hätten wie "klarer Verstoss", so habe sich dies auf die vorgenommene Sichtung und Zusammenstellung von Projekten bezogen, bei denen es mutmasslich zu unzulässigen Absprachen gekommen sei. 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 "Verstoss" dürfe deshalb nicht einfach mit "Kartellrechtsverstoss" oder einem förmlichen Geständnis gleichgesetzt werden. Was die Aussage von B._____ in Bezug auf das Projekt (...) anbelangt, handle es sich ebenfalls um die Aussage eines juristischen Laien, der damit nur zum Ausdruck gebracht haben könnte, dass es "auf-fällig" gewesen sei und "nicht in Ordnung zu sein" geschehen habe, dass Foffa Conrad von Crestageo per Telefax eine kalkulierte Offerte erhalten habe. Zu den Gründen und Motiven sei damit nichts ausgesagt (vgl. Beschwerde, Rz. 60, 80; Replik, Rz. 21, 50). Dieses Vorbringen ist unbehelflich. Es kann kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass der wesentliche Gehalt der verwendeten Begriffe "Verstoss" ([...]), "Schutz" ([...]) und "Absprache" ([...]; vgl. zur Terminologie E. 5) – den betreffenden Organen der Beschwerdeführerinnen bewusst war. Gegenteiliges machen die Beschwerdeführerinnen nicht stichhaltig geltend und ist auch nicht aus den Akten ersichtlich.

B-652/2018 Seite 27

E. 7.3.17

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. 104). Es kann zwar einzig der Erstanzeiger einen vollständigen Sanktionserlass erhalten (vgl. E. 16 ff.), was die Untersuchungsadressaten eines Kartellsanktionsverfahrens bei ihrer Entscheidung über die Einreichung einer Selbstanzeige unter Zeitdruck setzt (vgl. PIERRE KOBEL, Sanctions 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 Beschwerdeführerinnen zu berücksichtigen, dass ihre Selbstanzeige und die in deren Rahmen vorgelegten Hinweise zu den vorliegend in Frage stehenden Kartellrechtsverstössen 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. Auch ergibt sich aus den Akten, dass die Foffa Conrad Gruppe im Rahmen ihrer Selbstanzeige früh Hinweise zu zahlreichen möglichen Submissionsabsprachen im Kanton Graubünden vorgelegt hat. Wie die Vorinstanz in ihrer (rechtskräftigen) Sanktionsverfügung in Sachen Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal (Engadin IX) festhält, haben es ihr die Hinweise der Foffa Conrad 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 Beschwerdeführerinnen zeigen jedoch nicht schlüssig auf, welche Umstände sie bei den vorliegend relevanten Ausschreibungen zur Änderung ihres Standpunkts zum Vorliegen einer Abstimmung bewogen haben. Sie legen mit anderen Worten keine nachvollziehbaren Gründe dar, weshalb sie – anders als im Verfahren vor der Vorinstanz – in ihrer Beschwerde eine Abstimmung zwischen Bezzola Denoth und der (damaligen) Prader ([...] und [...]) sowie zwischen Foffa Conrad und Crestageo ([...]) über eine Koordination der Angebote bestreiten.

B-652/2018 Seite 28 Wenn die Beschwerdeführerinnen nun im Beschwerdeverfahren eine Abstimmung mit der jeweiligen Zindel-Gesellschaft bestreiten, ist dies in diesem Lichte als unglaubwürdig zu werten.

E. 7.3.18

Schliesslich machen die Beschwerdeführerinnen geltend, die Zindel-Gruppe habe in ihrer Stellungnahme vom 15. Juni 2017 zum Antrag des Sekretariats mit Nachdruck bestritten, dass es bei den relevanten Projekten jeweils eine Wettbewerbsabrede gegeben habe. Stattdessen habe sie betont, dass es sich um Pro-Forma-Offerten gehandelt habe, die den Wettbewerb mangels eines Wettbewerbsverhältnisses nicht hätten beschränken können (vgl. Replik, Rz. 30). Dieses Vorbringen umfasst mit Blick auf die von den Beschwerdeführerinnen bereits angeführten – und vorliegend beurteilten – Argumente keine neuen Aspekte. Es vermag die vorstehend aufgeführten Indizien für eine Abstimmung über das Eingabeverhalten an den betreffenden Ausschreibungen nicht zu entkräften. Vielmehr lassen diese keinen vernünftigen Zweifel daran bestehen, dass die jeweilige Beschwerdeführerin sich mit der jeweiligen Zindel-Gesellschaft über das Eingabeverhalten an den in Frage stehenden Ausschreibungen abgestimmt hat.

E. 7.3.19

Somit hat die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen eine Abstimmung mit der (damaligen) Prader ([...]) und ([...]) und Crestageo ([...]) über das Eingabeverhalten an der jeweiligen Ausschreibung rechtsgenüchlich nachgewiesen (vgl. zu deren Inhalt E. 11.2.1). 8. Vereinbarung Strittig und zu entscheiden ist, ob die jeweilige Abstimmung als Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert werden kann. 8.1 Die Beschwerdeführerinnen bestreiten das Vorliegen der Abredeform der Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG. Sie argumentieren, die Vorinstanz habe den Nachweis für einen Verpflichtungswillen der beteiligten Unternehmen nicht erbracht. Sie berufen 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).

B-652/2018 Seite 29 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, 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 Ausdrucksform (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. 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).

B-652/2018 Seite 30 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 hat die (damalige) Prader – was unbestritten und aufgrund der Akten erstellt ist – die ihr von der Bezzola Denoth bei den Projekten (...) und (...) jeweils zugesandte Offerte ohne wesentliche Änderungen als ihre Offerte eingereicht. Des Weiteren hat Foffa Conrad beim Projekt (...) zu einem höheren Betrag als Crestageo offeriert, die ihre Offerte vorgängig an Foffa Conrad gesandt hatte. Die betreffenden Gesellschaften haben sich damit entsprechend der erzielten Abstimmung (vgl. E. 7.3.6 ff.) verhalten und diese umgesetzt. Wären Bezzola Denoth bei den Projekten (...) und (...) sowie Crestageo beim Projekt (...) als designierte Schutznehmerinnen davon ausgegangen, dass die (damalige) Prader ([...]) und ([...]) sowie Foffa Conrad ([...]) sich nicht an die Abstimmung halten, sondern ihr Eingabeverhalten autonom festlegen, hätte es für sie ökonomisch keinen Sinn gehabt, – zumindest potentiellen – Konkurrenzunternehmen (vgl. E. 9.1.3 ff.) eine für diese vorkalkulierte und damit eingabefertige Offerte ([...]) und ([...]) bzw. ihre eigene Offerte ([...]) zuzusenden und auf diese Weise über das beabsichtigte Marktverhalten zu informieren. Denn in einem solchen Fall hätten sie damit rechnen müssen, dass die Informationsempfängerinnen – konkret: die (damalige) Prader ([...]) und ([...]) sowie Foffa Conrad ([...]) – in Kenntnis des ungefähren Offertpreises der anderen Gesellschaft zu einem günstigeren Preis offerieren würden, um den Zuschlag zu erhalten. Demnach müssen Bezzola Denoth ([...]) und ([...]) sowie Crestageo ([...]) vernünftigerweise die Erwartung gehabt haben, dass die (damalige) Prader ([...]) und ([...]) sowie Foffa Conrad ([...]) sich an die getroffene Abstimmung halten. 8.3.5 In Anbetracht dessen kann kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass die abredeteiligen Unternehmen sich als an die jeweils erzielte Abstimmung über das Eingabeverhalten gebunden erachteten. Es ist demnach von einer hinreichenden Intensität der jeweiligen Abstimmung auszu-

B-652/2018 Seite 31 gehen, weshalb auf eine Vereinbarung zu schliessen ist. Die gegen die Erscheinungsform der Vereinbarung gerichteten Einwände der Beschwerdeführerinnen erweisen sich deshalb als unbegründet. Die Vorinstanz hat demzufolge rechtsgenüchlich nachgewiesen, dass eine übereinstimmende Willensäusserung zwischen der jeweiligen Zindel-Gesellschaft einerseits und der jeweiligen Foffa Conrad-Gesellschaft andererseits über das Eingabeverhalten an den in Frage stehenden Ausschreibungen vorlag (vgl. zum Inhalt der Abstimmung im Einzelnen nachfolgende E. 11.2.1). Diese ist mit der Vorinstanz als Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG einzustufen (vgl. Verfügung, Rz. 93 [(...)], Rz. 243 [(...)], Rz. 369 [(...)]). 9. Wettbewerbsverhältnis und Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung Umstritten ist des Weiteren, ob zwischen der jeweiligen Foffa Conrad-Gesellschaft einerseits und der jeweiligen Zindel-Gesellschaft andererseits ein tatsächliches oder potentielles Wettbewerbsverhältnis vorgelegen hat und ob die jeweilige Abstimmung eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bezweckt oder bewirkt hat. 9.1 Wettbewerbsverhältnis 9.1.1 Die Beschwerdeführerinnen bestreiten zunächst ein aktuelles oder potentielles Konkurrenzverhältnis zwischen Bezzola Denoth und der (damaligen) Prader ([...]) und ([...]) sowie zwischen Foffa Conrad und Crestageo ([...]) als Voraussetzung einer horizontalen Wettbewerbsabrede. Zur Begründung bringen sie in Bezug auf das Projekt (...) vor, die (damalige) Prader sei "wegen der zu grossen Entfernung keine echte Konkurrentin" für das in Frage stehende Projekt gewesen. Ein

Anfahrtsweg von einer Stunde für die (damalige) Prader mit Standort in Davos bedeute bei den knappen Margen im Baubereich, dass keine wettbewerbsfähigen Offerten abgegeben werden könnten. Nur theoretisch möge es zutreffen, dass die (damalige) Prader bei Zuschlagserteilung grundsätzlich das fragliche Projekt hätte ausführen können. Das wäre aber nur unter Inkaufnahme eines Verlustes möglich gewesen. Eine Konkurrenz zwischen Bezzola Denoth und Prader habe damit von vornherein nicht bestanden (vgl. Beschwerde, Rz. 38 ff.).

B-652/2018 Seite 32 In Bezug auf das Projekt (...) führen die Beschwerdeführerinnen aus, Prader habe sich zu einem wettbewerbsfähigen Angebot nicht in der Lage gesehen und dies dem Tiefbauamt ausdrücklich mitgeteilt. Prader habe darüber hinaus im Untersuchungsverfahren ausgesagt, nur auf Wunsch des Tiefbauamts eine Offerte eingereicht zu haben, weil sie wegen ihres Standorts in Davos keine konkurrenzfähige Offerte habe einreichen können. Der Mitarbeiter des Tiefbauamts habe gewusst, dass Prader kein wettbewerbsfähiges Angebot abgeben könne und werde. Wenn die Bauherrin trotzdem auf einem Angebot von Prader bestanden habe, habe sie Prader daher keinesfalls als mögliche Konkurrentin ansehen können (vgl. Beschwerde, Rz. 47, 50 f.). In Bezug auf das Projekt (...) führen die Beschwerdeführerinnen an, Foffa Conrad hätte diese Spezialarbeit in steilem und felsigem Gelände nicht alleine oder zu marktgerechten Preisen ausführen können, habe aber die Einladung zur Offertstellung weder ablehnen noch aus strategischen Gründen offenlegen können, dass sie nicht über die nötige technische Kompetenz verfüge. Die Zindel-Gesellschaften hätten in ihrer Eingabe diese Aussage bestätigt und betont, dass Foffa Conrad für dieses Projekt kein Konkurrent von Crestageo gewesen sei, weil sie es mangels technischer Kompetenz und Erfahrung gar nicht hätte ausführen können. Es habe daher gar kein Wettbewerbsverhältnis vorgelegen (vgl. Beschwerde, Rz. 57 f.). 9.1.2 Die Vorinstanz bejaht bei allen drei Projekten die horizontale Natur der jeweiligen Abrede. Denn die jeweils abredebeteiligten Gesellschaften seien als Unternehmen auf derselben Marktstufe tätig und als solche Konkurrenten hinsichtlich der Vergabe des betreffenden Bauprojekts (vgl. Verfügung, Rz. 101 [...]), Rz. 249 [...], Rz. 376 [...]) gewesen. Eine zur Einreichung einer Offerte eingeladene Bauunternehmung stehe mit anderen eingeladenen Bauunternehmungen in einem zumindest potentiellen Wettbewerbsverhältnis. Dies unabhängig von der Grösse ihres Interesses am Zuschlag für ein konkretes Projekt (vgl. Verfügung, Rz. 98 [...]) sowie unabhängig davon, ob es diese Art Arbeiten in dieser Region bereits vorgängig ausgeführt habe (vgl. Verfügung, Rz. 247 [...]) und ob es über die notwendige Kompetenz oder Erfahrung in den nachgefragten Bauleistungen verfüge (vgl. Verfügung, Rz. 373 [...]). Wenn das Unternehmen an der Submission teilnehme und eine Offerte einreiche, werde es eine tatsächliche Konkurrentin (vgl. Verfügung, Rz. 98 [...], Rz. 247 [...], Rz. 373 [...]). Dies unabhängig davon, ob es diese

B-652/2018 Seite 33 Art Arbeiten in dieser Region bereits vorgängig ausgeführt habe (vgl. Verfügung, Rz. 98 [...]). Der Bauherr gehe denn auch davon aus, dass ein Unternehmen, welches eine Offerte einreiche, auch in der Lage sei, das Projekt auszuführen (vgl. Verfügung, Rz. 98 [...], Rz. 247 [...], Rz. 373 [...]). Dies habe Foffa Conrad für das Projekt (...) ausdrücklich bestätigt. Nach ihren Angaben habe sie in der Vergangenheit bereits im Rahmen von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) mit Crestageo bei derartigen Arbeiten zusammengearbeitet (vgl. Verfügung, Rz. 373). Zum Projekt (...) führt die Vorinstanz an, aus der Tatsache, dass die (damalige) Prader (heute: Mettler Prader) im

Unterengadin bislang nie Hoch- bauprojekte ausgeführt habe, ergebe sich nicht, dass diese keine Konkur- rentin von Bezzola Denoth gewesen sei. Sie sei eine ortsfremde Anbieterin, von welcher durchaus Wettbewerb ausgegangen sei. Der Anfahrtsweg von Davos nach Scuol von rund einer Stunde sei zu bewältigen gewesen. Auch sonst hätten für die (damalige) Prader keine grundsätzlichen Hindernisse bestanden, ein Projekt dieser Art und Grössenordnung auszuführen. Damit sei ein Wettbewerbsverhältnis zwischen Prader und Bezzola Denoth zu bejahen (vgl. Verfügung, Rz. 63, 98). 9.1.3 Nach Art. 5 Abs. 3 KG zeichnet sich eine horizontale Wettbewerbs- abrede 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, Enga- din II Rocca + Hotz; B-3618/2013 vom 24. November 2016 Rz. 298, Ticket- vertrieb 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; AM- STUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Droit de la concur- rence, 2. éd. 2013, Art. 4 N. 104; BANGERTER/ZIRLICK, in: DIKE-Kommentar KG, 218, Art. 4 N. 80, 84). 9.1.4 Der sachliche Markt umfasst gemäss dem vorliegend analog an- wendbaren 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 Ei-

B-652/2018 Seite 34 genschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austausch- bar 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 um- fassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU). 9.1.5 Die vorliegend in Frage stehenden Ausschreibungen haben die fol- genden Projekte zum Gegenstand (vgl. Sachverhalt, A): – (...), (...), – Strassenbauarbeiten (...), und – (...), (...). Wie die Vorinstanz ausführt, beschränkte sich der jeweilige sachlich rele- vante Markt auf die ausgeschriebenen Sanierungsarbeiten. Des Weiteren steht aufgrund der Akten fest, dass diejenigen Gesellschaf- ten der Foffa Conrad- und der Zindel-Gruppe, die bei den Projekten (...) und (...) ein Angebot eingereicht haben, von der jeweiligen Bauherrin ([...] bei (...) und die I._____ bei [...]) zur Einreichung eines Angebots einge- laden worden sind. Beim Projekt (...) handelte es sich zwar um eine offene Ausschreibung des Kantons nach Art. 13 Abs. 1 Bst. a des Submissionsgesetzes des Kantons Graubünden vom 10. Februar 2004 (SubG, BR 803.300); es konnten dem- entsprechend grundsätzlich alle Bauunternehmen ein Angebot einreichen. Gemäss dem im Untersuchungsverfahren als Zeuge befragten D._____, (...) der (damaligen) Prader im Bereich (...), hat jedoch ein Vertreter des Tiefbauamts an der Begehung die (damalige) Prader zur Offertstellung ge- beten (vgl. Vorinstanz, act. 26 Ziff. 109 ff. [22-0460]). Die entsprechende Aussage lautet wie folgt: "Aufgrund der Ausschreibung sind wir an die Begehung gegangen. Der (...) [Vertreter des] Tiefbauamt (...) sagte mir: 'Gebt die Offerte ein, wir bekommen nur ein bis zwei Offerten.' Ich sagte, wir werden aber nicht konkurrenzfähig sein. Er sagte, ich solle trotzdem eingeben." (vgl. Vorinstanz, act. 26 Ziff. 109 ff. [22-0460]).

B-652/2018 Seite 35 9.1.6 Dass die Bauherrin die (damalige) Prader ([...] und [...]) und Foffa Conrad ([...]) jeweils zur Einreichung eines Angebots eingeladen hat, kann nur so

verstanden werden, dass sie die erwähnten Gesellschaften als zur Projektausführung in der Lage erachtete. Es hätte für die Bauherrin ansonsten ökonomisch keinen Sinn gehabt, die betreffenden Unternehmen zur Offertstellung einzuladen, wenn sie diese nicht als zur Projektausführung in der Lage erachtet hätte. Vielmehr erhoffte sie sich – wovon mit der Vorinstanz auszugehen ist (vgl. Verfügung, Rz. 96 [...], 247 [...]) – mit der Einladung neben einer grösseren Auswahl an Anbietern einen erhöhten Wettbewerb im Unterengadin (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 9.3.3, Engadin IV Foffa Conrad). 9.1.7 Hinzu kommt, dass die Bauherrin das Verhalten der jeweiligen Beschwerdeführerin nach Treu und Glauben dahingehend verstehen durfte und musste, dass diese über die erforderlichen Fähigkeiten zur Ausführung des Projekts verfügte. Denn indem sich die (damalige) Prader ([...] und [...]) bzw. Foffa Conrad ([...]) durch Abgabe einer – nach Art. 5 OR verbindlichen – Offerte an der Ausschreibung beteiligt hat, hat sie zum Ausdruck gebracht, dass sie zur Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten grundsätzlich in der Lage ist. Selbst wenn die Bauherrin die von der jeweiligen Schutzgeberin bei der Eingabe gemachte Mentalreservation erkannt hätte, würde dies an der rechtlichen Ausgangslage nichts ändern (vgl. JÄGGI/GAUCH, ZH-Komm. OR, 1979, Art. 18 N. 93; CHRISTOPH MÜLLER, Berner Komm. OR, 2018, Art. 18 N. 317). Es wird von den Beschwerdeführerinnen im Übrigen weder substantiiert dargetan noch ist ersichtlich, dass es der jeweils abredeteiligen Gesellschaft für die Bauherrin erkennbar unmöglich war, das Projekt – gegebenenfalls unter Beizug von Subunternehmern – auszuführen. Die Beschwerdeführerinnen machen zu Recht nicht geltend, dass die Bauherrin nach Treu und Glauben Anlass hatte, sich bei der jeweiligen Gesellschaft zu vergewissern, ob sie die erforderlichen Fähigkeiten für die Projektausführung habe (vgl. Urteil des B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 9.3.4, Engadin IV Foffa Conrad). In Bezug auf das Projekt (...) wird diese Beurteilung dadurch bestätigt, dass die (damalige) Prader gemäss der vorerwähnten Aussage des Zeugen D._____ an der vom kantonalen Tiefbauamt organisierten Begehung teilgenommen hat. Die Teilnahme an der Begehung hätte für die (damalige) Prader ökonomisch keinen Sinn gehabt, wenn sie von vornherein zur Projektausführung nicht in der Lage gewesen wäre.

B-652/2018 Seite 36 9.1.8 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Zindel Gruppe ein vergleichsweise grosses Bauunternehmen im Kanton Graubünden und sowohl im Hoch- als auch im Tiefbau tätig ist. Auf ihren Webseiten bezeichnen Mettler Prader und die Zindel Gruppe sich denn auch als "Baumeister Graubündens" (www.mettlerprader.ch, www.zindel-gruppe.ch, abgerufen im März 2024; vgl. auch Die Südostschweiz vom 24. August 2013, S. 9 ["Vor 75 Jahren mit dem Bau eines Imperiums begonnen"], wonach die Zindel-Gruppe rund 390 Mitarbeitende beschäftigt und der konsolidierte Jahresumsatz aus dem Baugeschäft sich auf 100 Mio. Franken belaufe). 9.1.9 Angesichts dieser Umstände durfte die Bauherrin nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die (damalige) Prader (Projekte (...) und [...]) grundsätzlich in der Lage war, die ausgeschriebenen Arbeiten auszuführen. 9.1.10 Dasselbe gilt auch für Foffa Conrad als Schutzgeberin in Zusammenhang mit dem Projekt (...). Das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, Foffa Conrad sei nicht in der Lage gewesen, dieses Projekt auszuführen, ist darum unbehelflich. Dies umso mehr, als die Foffa Conrad-Gruppe im Unterengadin das grösste Hoch- und Tiefbauunternehmen ist (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 9.3.6, Engadin IV Foffa Conrad). 9.1.11 An dieser Einschätzung nichts zu ändern vermag der Umstand, dass die Fahrtzeit zwischen dem Standort der (damaligen) Prader in Davos und dem Standort der einzelnen Projekte im

Unterengadin bei einer Distanz von ca. 30-50 Kilometern (über den Flüelapass) rund 40-60 Minuten beträgt (von Davos nach (...): ca. 40 Minuten bei einer Distanz von ca. 30 Kilometern, von Davos nach Scuol: ca. 60 Minuten bei einer Entfernung von ca. 50 Kilometern; vgl. Verfügung, Rz. 63). Dies gilt umso mehr, als weder dargetan wird noch ersichtlich ist, dass es der (damaligen) Prader bei den Projekten (...) und (...) unmöglich gewesen wäre, für die Dauer der Projektausführung einen lokalen Standort zu errichten. Vielmehr hatte die Bauherrin keinen Anlass, daran zu zweifeln, dass die Ausführung des Projekts der jeweiligen Bauunternehmung möglich gewesen wäre. Dieses Ergebnis wird im Übrigen auch durch die Aussage von E._____, (...) von Crestageo, an der Befragung durch das Sekretariat der Vorinstanz am 25. Februar 2016 bestätigt, wonach Crestageo auch ausserhalb des Kantons Graubünden und im Ausland tätig sei (act. 16 Rz. 81 ff. [22-0460]).

B-652/2018 Seite 37 9.1.12 Für das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses ergibt sich aus dem Gesagten Folgendes: Während die (damalige) Prader beim Projekt (...) sowie Foffa Conrad beim Projekt (...) aufgrund der Einladung der Bauherrin zur Offertstellung (vgl. Sachverhalt, A) zunächst potentielle Konkurrentinnen der – ebenfalls zur Teilnahme an der Ausschreibung eingeladenen – Bezzola Denoth ([...]) und Crestageo ([...]) wurden, haben sie sich durch Abgabe einer Offerte um die Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten beworben und sich als tatsächliche Konkurrentinnen der Bezzola Denoth ([...]) und Crestageo ([...]) manifestiert (vgl. auch Urteile des BVGer B-8386/2015 vom 24. Juni 2021 E. 7.3, Swisscom WAN Anbindung; B- 645/2018 vom 14. August 2023 E. 9.3.8, Engadin IV Foffa Conrad; B- 5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 6.4.8.5, Engadin II Rocca + Hotz sowie die Verfügung der Vorinstanz vom 2. Oktober 2017 i.S. Engadin III, Rz. 98). Dies gilt sinngemäss auch für das Projekt (...), bei dem die offene Ausschreibung des Kanton Graubündens ein potentielles Wettbewerbsverhältnis zwischen der Bezzola Denoth und der (damaligen) Prader begründete; indem Prader ein Angebot einreichte, betätigte sie sich als tatsächliche Konkurrentin der Bezzola Denoth. Durch die Einreichung eines Angebots hat die jeweilige Schutzgeberin sich verpflichtet, im Fall einer Annahme ihres Angebots durch die Bauherrin den Auftrag zu den ausgeschriebenen Bedingungen zu übernehmen. Ob sie ein Interesse an der Ausführung des jeweiligen Projekts hatte, ist für die Beurteilung, ob zur designierten Schutznehmerin ein potentielles oder tatsächliches Wettbewerbsverhältnis vorlag, unerheblich. In Bezug auf das Projekt (...) ist anzumerken, dass neben der (damaligen) Prader mit Klu-cker mit Standort in Klosters-Serneus ein weiteres ortsfremdes, jedoch nicht an der Abrede beteiligtes Bauunternehmen offeriert hat. Wie die Vorinstanz ausführt, zeigt dieser Umstand, dass das Projekt auch für weiter entfernte Anbieterinnen interessant war und dass somit von ortsfremden Anbietern durchaus Wettbewerbsdruck ausgehen kann (vgl. Verfügung, Rz. 247). 9.1.13 Es kann dabei für das Vorliegen eines potentiellen oder tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisses nicht ausschlaggebend sein, ob die Ausführung des Projekts zu dem offerierten Preis sich für das betroffene Unternehmen in dem Sinne lohnt, als es einen Gewinn erzielen kann. Eine entsprechende Voraussetzung lässt sich weder aus dem Wortlaut noch aus Sinn und Zweck der vorliegend anwendbaren kartellgesetzlichen Normen (Art. 5 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG) ableiten. Sie würde zudem die Analyse der Kostenstruktur der jeweiligen Unternehmen und die Bestimmung eines

B-652/2018 Seite 38 Marktpreises erfordern, was – wie die Vorinstanz zutreffend ausführt (vgl. Vernehmlassung, Rz. 48) – regelmässig wenig praktikabel bzw. mit einem unverhältnismässigen Aufwand verbunden wäre. Unerheblich ist auch das Vorbringen der

Beschwerdeführerinnen, die (damalige) Prader ([...] und [...]) sowie Foffa Conrad ([...]) seien zur Einreichung einer konkurrenzfähigen Offerte nicht in der Lage gewesen. Denn eine Bauherrin führt eine Ausschreibung gerade deshalb durch, um sich einen Überblick über die Marktverhältnisse zu verschaffen; dies im Vertrauen darauf, dadurch den unverfälschten Marktpreis und das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot zu eruieren (vgl. auch E. 15.3.9). Erst die Ausschreibung ermöglicht somit eine Beurteilung, welche Offerten in dem Sinne "konkurrenzfähig" sind, dass sie für die Bauherrin in die engere Wahl kommen. Es ist auf die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen (vgl. auch Vernehmlassung, Rz. 48).

9.1.14 Zusammenfassend ist für die Projekte (...) und (...) festzuhalten, dass die (damalige) Prader als jeweilige Schutzgeberin in der Lage war, das Projekt auszuführen. Dasselbe gilt auch für Foffa Conrad als Schutzgeberin beim Projekt (...). Demnach ist die Vorinstanz zu Recht von einem Wettbewerbsverhältnis zwischen der Bezzola Denoth und der (damaligen) Prader ([...] und [...]) sowie Foffa Conrad und Crestageo ([...]) hinsichtlich der Ausführung der in Frage stehenden Arbeiten ausgegangen. Die entsprechende Voraussetzung für eine horizontale Abrede liegt deshalb vor.

9.2 Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung Strittig ist des Weiteren das Vorliegen des Merkmals des Bezweckens oder Bewirkens einer Wettbewerbsbeschränkung.

9.2.1 Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, die (damalige) Prader habe nach eigenen Aussagen keinen Schutz von Bezzola Denoth bezweckt. Anders als die Vorinstanz im Rahmen des angeblich verfolgten Zwecks annehme, sei es weder darum gegangen, die Zuschlagschancen für Bezzola Denoth zu wahren, noch darum, den Wettbewerb unter den Beteiligten zu verhindern (vgl. Beschwerde, Rz. 35, 37 [...]).

9.2.2 Die Vorinstanz führt aus, es sei nicht von Belang, dass das Verhalten der (damaligen) Prader (Projekte (...) und [...]) und von Crestageo (Projekt [...]) – wie diese vorbringe – allenfalls nicht primär darauf gezielt habe, den

B-652/2018 Seite 39 Wettbewerb zu beeinflussen. Die abredeteiligen Unternehmen hätten mit der "Angebotskoordination – zumindest auch –" bezweckt, sich nicht zu konkurrenzieren. Die jeweilige Abrede sei deshalb objektiv geeignet gewesen, den Wettbewerb einzuschränken (vgl. Verfügung, Rz. 96, 100 [...], Rz. 245, 248 [...], Rz. 370 ff. [...]).

9.2.3 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; AM-STUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, 2. éd. 2013, Art. 4 N. 72). Was das Tatbestandsmerkmal des Bezweckens anbelangt, ist – wie die Vorinstanz zutreffend ausführt (vgl. Verfügung, Rz. 96 ff. [...], 245 [...], 371 [...]) – ein objektiver Zweckbegriff massgebend; entscheidend ist, ob eine Abstimmung ihrem Wesen nach, d.h. objektiv geeignet erscheint, den Wettbewerb zu beschränken (vgl. Urteile des BVGer B-645/2018 vom

E. 8

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

E. 8.1

Die Beschwerdeführerinnen bestreiten das Vorliegen der Abredeform der Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG. Sie argumentieren, die Vorinstanz habe den Nachweis für einen Verpflichtungswillen der beteiligten Unternehmen nicht erbracht. Sie berufen 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 Ausdrucksform (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 hat die (damalige) Prader - was unbestritten und aufgrund der Akten erstellt ist - die ihr von der Bezzola Denoth bei den Projekten (...) und (...) jeweils zugesandte Offerte ohne wesentliche Änderungen als ihre Offerte eingereicht. Des Weiteren hat Foffa Conrad beim Projekt (...) zu einem höheren Betrag als Crestageo offeriert, die ihre Offerte vorgängig an Foffa Conrad gesandt hatte. Die betreffenden Gesellschaften haben sich damit entsprechend der erzielten Abstimmung (vgl. E. 7.3.6 ff.) verhalten und diese umgesetzt. Wären Bezzola Denoth bei den Projekten (...) und (...) sowie Crestageo beim Projekt (...) als designierte Schutznehmerinnen davon ausgegangen, dass die (damalige) Prader ([...]) und ([...]) sowie Foffa Conrad ([...]) sich nicht an die Abstimmung halten, sondern ihr Eingabeverhalten autonom festlegen, hätte es für sie ökonomisch keinen Sinn gehabt, - zumindest potentiellen - Konkurrenzunternehmen (vgl. E. 9.1.3 ff.) eine für diese vorkalkulierte und damit eingabefertige Offerte ([...]) und ([...]) bzw. ihre eigene Offerte ([...]) zuzusenden und auf diese Weise über das beabsichtigte Marktverhalten zu informieren. Denn in einem solchen Fall hätten sie damit rechnen müssen, dass die Informationsempfängerinnen - konkret: die (damalige) Prader ([...]) und ([...]) sowie Foffa Conrad ([...]) - in Kenntnis des ungefähren Offertpreises der anderen Gesellschaft zu einem günstigeren Preis offerieren würden, um den Zuschlag zu erhalten. Demnach müssen Bezzola Denoth ([...]) und ([...]) sowie Crestageo ([...]) vernünftigerweise die Erwartung gehabt haben, dass die (damalige) Prader ([...]) und ([...]) sowie Foffa Conrad ([...]) sich an die getroffene Abstimmung halten.

E. 8.3.5

In Anbetracht dessen kann kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass die abredebeteiligten Unternehmen sich als an die jeweils erzielte Abstimmung über das Eingabeverhalten gebunden erachteten. Es ist demnach von einer hinreichenden Intensität der jeweiligen Abstimmung auszugehen, weshalb auf eine Vereinbarung zu schliessen ist. Die gegen die Erscheinungsform der Vereinbarung gerichteten Einwände der Beschwerdeführerinnen erweisen sich deshalb als unbegründet. Die Vorinstanz hat demzufolge rechtsgenügend nachgewiesen, dass eine übereinstimmende Willensäusserung zwischen der jeweiligen Zindel-Gesellschaft einerseits und der jeweiligen Foffa Conrad-Gesellschaft andererseits über das Eingabeverhalten an den in Frage stehenden Ausschreibungen vorlag (vgl. zum Inhalt der Abstimmung im Einzelnen nachfolgende E. 11.2.1). Diese ist mit der Vorinstanz als Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG einzustufen (vgl. Verfügung, Rz. 93 [...]), Rz. 243 [...], Rz. 369 [...]).

E. 9

Wettbewerbsverhältnis und Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung Umstritten ist des Weiteren, ob zwischen der jeweiligen Foffa Conrad-Gesellschaft einerseits und der jeweiligen Zindel-Gesellschaft andererseits ein tatsächliches oder potentielles Wettbewerbsverhältnis vorgelegen hat und ob die jeweilige Abstimmung eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bezweckt oder bewirkt hat.

E. 9.1

Wettbewerbsverhältnis

E. 9.1.1

Die Beschwerdeführerinnen bestreiten zunächst ein aktuelles oder potentielles Konkurrenzverhältnis zwischen Bezzola Denoth und der (damaligen) Prader ([...] und [...]) sowie zwischen Foffa Conrad und Crestageo ([...]) als Voraussetzung einer horizontalen Wettbewerbsabrede. Zur Begründung bringen sie in Bezug auf das Projekt (...) vor, die (damalige) Prader sei "wegen der zu grossen Entfernung keine echte Konkurrentin" für das in Frage stehende Projekt gewesen. Ein Anfahrtsweg von einer Stunde für die (damalige) Prader mit Standort in Davos bedeute bei den knappen Margen im Baubereich, dass keine wettbewerbsfähigen Offerten abgegeben werden könnten. Nur theoretisch möge es zutreffen, dass die (damalige) Prader bei Zuschlagserteilung grundsätzlich das fragliche Projekt hätte ausführen können. Das wäre aber nur unter Inkaufnahme eines Verlustes möglich gewesen. Eine Konkurrenz zwischen Bezzola Denoth und Prader habe damit von vornherein nicht bestanden (vgl. Beschwerde, Rz. 38 ff.). In Bezug auf das Projekt (...) führen die Beschwerdeführerinnen aus, Prader habe sich zu einem wettbewerbsfähigen Angebot nicht in der Lage gesehen und dies dem Tiefbauamt ausdrücklich mitgeteilt. Prader habe darüber hinaus im Untersuchungsverfahren ausgesagt, nur auf Wunsch des Tiefbauamts eine Offerte eingereicht zu haben, weil sie wegen ihres Standorts in Davos keine konkurrenzfähige Offerte habe einreichen können. Der Mitarbeiter des Tiefbauamts habe gewusst, dass Prader kein wettbewerbsfähiges Angebot abgeben könne und werde. Wenn die Bauherrin trotzdem auf einem Angebot von Prader bestanden habe, habe sie Prader daher keinesfalls als mögliche Konkurrentin ansehen können (vgl. Beschwerde, Rz. 47, 50 f.). In Bezug auf das Projekt (...) führen die Beschwerdeführerinnen an, Foffa Conrad hätte diese Spezialarbeit in steilem und felsigem Gelände nicht alleine oder zu marktgerechten Preisen ausführen können, habe aber die Einladung zur Offertstellung weder ablehnen noch aus strategischen Gründen offenlegen können, dass sie nicht über die nötige technische Kompetenz verfüge. Die Zindel-Gesellschaften hätten in ihrer Eingabe diese Aussage bestätigt und betont, dass Foffa Conrad für dieses Projekt kein Konkurrent von Crestageo gewesen sei, weil sie es mangels technischer Kompetenz und Erfahrung gar nicht hätte ausführen können. Es habe daher gar kein Wettbewerbsverhältnis vorgelegen (vgl. Beschwerde, Rz. 57 f.).

E. 9.1.2

Die Vorinstanz bejaht bei allen drei Projekten die horizontale Natur der jeweiligen Abrede. Denn die jeweils abredebeteiligten Gesellschaften seien als Unternehmen auf derselben Marktstufe tätig und als solche Konkurrenten hinsichtlich der Vergabe des betreffenden Bauprojekts (vgl. Verfügung, Rz. 101 [...]), Rz. 249 [...]), Rz. 376 [...]) gewesen. Eine zur Einreichung einer Offerte eingeladene Bauunternehmung stehe mit anderen eingeladenen Bauunternehmungen in einem zumindest potentiellen Wettbewerbsverhältnis. Dies unabhängig von der Grösse ihres Interesses am Zuschlag für ein konkretes Projekt

(vgl. Verfügung, Rz. 98 [...]) sowie unabhängig davon, ob es diese Art Arbeiten in dieser Region bereits vorgängig ausgeführt habe (vgl. Verfügung, Rz. 247 [...]) und ob es über die notwendige Kompetenz oder Erfahrung in den nachgefragten Bauleistungen verfüge (vgl. Verfügung, Rz. 373 [...]). Wenn das Unternehmen an der Submission teilnehme und eine Offerte einreiche, werde es eine tatsächliche Konkurrentin (vgl. Verfügung, Rz. 98 [...], Rz. 247 [...], Rz. 373 [...]). Dies unabhängig davon, ob es diese Art Arbeiten in dieser Region bereits vorgängig ausgeführt habe (vgl. Verfügung, Rz. 98 [...]). Der Bauherr gehe denn auch davon aus, dass ein Unternehmen, welches eine Offerte einreiche, auch in der Lage sei, das Projekt auszuführen (vgl. Verfügung, Rz. 98 [...], Rz. 247 [...], Rz. 373 [...]). Dies habe Foffa Conrad für das Projekt (...) ausdrücklich bestätigt. Nach ihren Angaben habe sie in der Vergangenheit bereits im Rahmen von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) mit Crestageo bei derartigen Arbeiten zusammengearbeitet (vgl. Verfügung, Rz. 373). Zum Projekt (...) führt die Vorinstanz an, aus der Tatsache, dass die (damalige) Prader (heute: Mettler Prader) im Unterengadin bislang nie Hochbauprojekte ausgeführt habe, ergebe sich nicht, dass diese keine Konkurrentin von Bezzola Denoth gewesen sei. Sie sei eine ortsfremde Anbieterin, von welcher durchaus Wettbewerb ausgegangen sei. Der Anfahrtsweg von Davos nach Scuol von rund einer Stunde sei zu bewältigen gewesen. Auch sonst hätten für die (damalige) Prader keine grundsätzlichen Hindernisse bestanden, ein Projekt dieser Art und Grössenordnung auszuführen. Damit sei ein Wettbewerbsverhältnis zwischen Prader und Bezzola Denoth zu bejahen (vgl. Verfügung, Rz. 63, 98).

E. 9.1.3

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 II 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; Amstutz/Carron/Reinert, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. éd. 2013, Art. 4 N. 104; Bangerter/Zirlick, in: DIKE-Kommentar KG, 218, Art. 4 N. 80, 84).

E. 9.1.4

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. 9.1.5

Die vorliegend in Frage stehenden Ausschreibungen haben die folgenden Projekte zum Gegenstand (vgl. Sachverhalt, A): - (...), (...), - Strassenbauarbeiten (...), und - (...), (...). Wie die Vorinstanz ausführt, beschränkte sich der jeweilige sachlich relevante Markt auf die

ausgeschriebenen Sanierungsarbeiten. Des Weiteren steht aufgrund der Akten fest, dass diejenigen Gesellschaften der Foffa Conrad- und der Zindel-Gruppe, die bei den Projekten (...) und (...) ein Angebot eingereicht haben, von der jeweiligen Bauherrin ([...] bei (...) und die I. _____ bei [...]) zur Einreichung eines Angebots eingeladen worden sind. Beim Projekt (...) handelte es sich zwar um eine offene Ausschreibung des Kantons nach Art. 13 Abs. 1 Bst. a des Submissionsgesetzes des Kantons Graubünden vom 10. Februar 2004 (SubG, BR 803.300); es konnten dementsprechend grundsätzlich alle Bauunternehmen ein Angebot einreichen. Gemäss dem im Untersuchungsverfahren als Zeuge befragten D. _____, (...) der (damaligen) Prader im Bereich (...), hat jedoch ein Vertreter des Tiefbauamts an der Begehung die (damalige) Prader zur Offertstellung gebeten (vgl. Vorinstanz, act. 26 Ziff. 109 ff. [22-0460]). Die entsprechende Aussage lautet wie folgt: "Aufgrund der Ausschreibung sind wir an die Begehung gegangen. Der (...) [Vertreter des] Tiefbauamt (...) sagte mir: 'Gebt die Offerte ein, wir bekommen nur ein bis zwei Offerten.' Ich sagte, wir werden aber nicht konkurrenzfähig sein. Er sagte, ich solle trotzdem eingeben." (vgl. Vorinstanz, act. 26 Ziff. 109 ff. [22-0460]).

E. 9.1.6

Dass die Bauherrin die (damalige) Prader ([...] und [...]) und Foffa Conrad ([...]) jeweils zur Einreichung eines Angebots eingeladen hat, kann nur so verstanden werden, dass sie die erwähnten Gesellschaften als zur Projektausführung in der Lage erachtete. Es hätte für die Bauherrin ansonsten ökonomisch keinen Sinn gehabt, die betreffenden Unternehmen zur Offertstellung einzuladen, wenn sie diese nicht als zur Projektausführung in der Lage erachtet hätte. Vielmehr erhoffte sie sich - wovon mit der Vorinstanz auszugehen ist (vgl. Verfügung, Rz. 96 [...]), 247 [...]) - mit der Einladung neben einer grösseren Auswahl an Anbietern einen erhöhten Wettbewerb im Unterengadin (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 9.3.3, Engadin IV Foffa Conrad).

E. 9.1.7

Hinzu kommt, dass die Bauherrin das Verhalten der jeweiligen Beschwerdeführerin nach Treu und Glauben dahingehend verstehen durfte und musste, dass diese über die erforderlichen Fähigkeiten zur Ausführung des Projekts verfügte. Denn indem sich die (damalige) Prader ([...] und [...]) bzw. Foffa Conrad ([...]) durch Abgabe einer - nach Art. 5 OR verbindlichen - Offerte an der Ausschreibung beteiligt hat, hat sie zum Ausdruck gebracht, dass sie zur Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten grundsätzlich in der Lage ist. Selbst wenn die Bauherrin die von der jeweiligen Schutzgeberin bei der Eingabe gemachte Mentalreservation erkannt hätte, würde dies an der rechtlichen Ausgangslage nichts ändern (vgl. Jäggi/Gauch, ZH-Komm. OR, 1979, Art. 18 N. 93; Christoph Müller, Berner Komm. OR, 2018, Art. 18 N. 317). Es wird von den Beschwerdeführerinnen im Übrigen weder substantiiert dargetan noch ist ersichtlich, dass es der jeweils abredebeteiligten Gesellschaft für die Bauherrin erkennbar unmöglich war, das Projekt - gegebenenfalls unter Beizug von Subunternehmern - auszuführen. Die Beschwerdeführerinnen machen zu Recht nicht geltend, dass die Bauherrin nach Treu und Glauben Anlass hatte, sich bei der jeweiligen Gesellschaft zu vergewissern, ob sie die erforderlichen Fähigkeiten für die Projektausführung habe (vgl. Urteil des B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 9.3.4, Engadin IV Foffa Conrad). In Bezug auf das Projekt (...) wird diese Beurteilung dadurch bestätigt, dass die (damalige) Prader gemäss der vorerwähnten Aussage des Zeugen D. _____ an der vom kantonalen Tiefbauamt organisierten Begehung teilgenommen hat. Die Teilnahme an der Begehung hätte für die (damalige)

Prader ökonomisch keinen Sinn gehabt, wenn sie von vornherein zur Projektausführung nicht in der Lage gewesen wäre.

E. 9.1.8

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Zindel Gruppe ein vergleichsweise grosses Bauunternehmen im Kanton Graubünden und sowohl im Hoch- als auch im Tiefbau tätig ist. Auf ihren Webseiten bezeichnen Mettler Prader und die Zindel Gruppe sich denn auch als "Baumeister Graubündens" (www.mettlerprader.ch, www.zindelgruppe.ch, abgerufen im März 2024; vgl. auch Die Südostschweiz vom 24. August 2013, S. 9 ["Vor 75 Jahren mit dem Bau eines Imperiums begonnen"], wonach die Zindel-Gruppe rund 390 Mitarbeitende beschäftigt und der konsolidierte Jahresumsatz aus dem Baugeschäft sich auf 100 Mio. Franken belaufe).

E. 9.1.9

Angesichts dieser Umstände durfte die Bauherrin nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die (damalige) Prader (Projekte (...) und [...]) grundsätzlich in der Lage war, die ausgeschriebenen Arbeiten auszuführen.

E. 9.1.10

Dasselbe gilt auch für Foffa Conrad als Schutzgeberin in Zusammenhang mit dem Projekt (...). Das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, Foffa Conrad sei nicht in der Lage gewesen, dieses Projekt auszuführen, ist darum unbehelflich. Dies umso mehr, als die Foffa Conrad-Gruppe im Unterengadin das grösste Hoch- und Tiefbauunternehmen ist (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 9.3.6, Engadin IV Foffa Conrad).

E. 9.1.11

An dieser Einschätzung nichts zu ändern vermag der Umstand, dass die Fahrtzeit zwischen dem Standort der (damaligen) Prader in Davos und dem Standort der einzelnen Projekte im Unterengadin bei einer Distanz von ca. 30-50 Kilometern (über den Flüelapass) rund 40-60 Minuten beträgt (von Davos nach (...): ca. 40 Minuten bei einer Distanz von ca. 30 Kilometern, von Davos nach Scuol: ca. 60 Minuten bei einer Entfernung von ca. 50 Kilometern; vgl. Verfügung, Rz. 63). Dies gilt umso mehr, als weder dargetan wird noch ersichtlich ist, dass es der (damaligen) Prader bei den Projekten (...) und (...) unmöglich gewesen wäre, für die Dauer der Projektausführung einen lokalen Standort zu errichten. Vielmehr hatte die Bauherrin keinen Anlass, daran zu zweifeln, dass die Ausführung des Projekts der jeweiligen Bauunternehmung möglich gewesen wäre. Dieses Ergebnis wird im Übrigen auch durch die Aussage von E._____, (...) von Crestageo, an der Befragung durch das Sekretariat der Vorinstanz am 25. Februar 2016 bestätigt, wonach Crestageo auch ausserhalb des Kantons Graubünden und im Ausland tätig sei (act. 16 Rz. 81 ff. [22-0460]).

E. 9.1.12

Für das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses ergibt sich aus dem Gesagten Folgendes: Während die (damalige) Prader beim Projekt (...) sowie Foffa Conrad beim Projekt (...) aufgrund der Einladung der Bauherrin zur Offertstellung (vgl. Sachverhalt, A) zunächst potentielle Konkurrentinnen der - ebenfalls zur Teilnahme an der Ausschreibung eingeladenen - Bezzola Denoth ([...]) und Crestageo ([...]) wurden, haben sie sich durch Abgabe einer Offerte um die Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten beworben und sich als tatsächliche Konkurrentinnen der Bezzola Denoth ([...]) und Crestageo ([...]) manifestiert (vgl. auch Urteile des BVGer B-8386/2015 vom 24. Juni 2021 E. 7.3,

Swisscom WAN Anbindung; B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 9.3.8, Engadin IV Foffa Conrad; B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 6.4.8.5, Engadin II Rocca + Hotz sowie die Verfügung der Vorinstanz vom 2. Oktober 2017 i.S. Engadin III, Rz. 98). Dies gilt sinngemäss auch für das Projekt (...), bei dem die offene Ausschreibung des Kanton Graubündens ein potentiell Wettbewerbsverhältnis zwischen der Bezzola Denoth und der (damaligen) Prader begründete; indem Prader ein Angebot einreichte, betätigte sie sich als tatsächliche Konkurrentin der Bezzola Denoth. Durch die Einreichung eines Angebots hat die jeweilige Schutzgeberin sich verpflichtet, im Fall einer Annahme ihres Angebots durch die Bauherrin den Auftrag zu den ausgeschriebenen Bedingungen zu übernehmen. Ob sie ein Interesse an der Ausführung des jeweiligen Projekts hatte, ist für die Beurteilung, ob zur designierten Schutznehmerin ein potentiell oder tatsächliches Wettbewerbsverhältnis vorlag, unerheblich. In Bezug auf das Projekt (...) ist anzumerken, dass neben der (damaligen) Prader mit Klucker mit Standort in Klosters-Serneus ein weiteres ortsfremdes, jedoch nicht an der Abrede beteiligtes Bauunternehmen offeriert hat. Wie die Vorinstanz ausführt, zeigt dieser Umstand, dass das Projekt auch für weiter entfernte Anbieterinnen interessant war und dass somit von ortsfremden Anbietern durchaus Wettbewerbsdruck ausgehen kann (vgl. Verfügung, Rz. 247).

E. 9.1.13

Es kann dabei für das Vorliegen eines potentiellen oder tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisses nicht ausschlaggebend sein, ob die Ausführung des Projekts zu dem offerierten Preis sich für das betroffene Unternehmen in dem Sinne lohnt, als es einen Gewinn erzielen kann. Eine entsprechende Voraussetzung lässt sich weder aus dem Wortlaut noch aus Sinn und Zweck der vorliegend anwendbaren kartellgesetzlichen Normen (Art. 5 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG) ableiten. Sie würde zudem die Analyse der Kostenstruktur der jeweiligen Unternehmen und die Bestimmung eines Marktpreises erfordern, was - wie die Vorinstanz zutreffend ausführt (vgl. Vernehmlassung, Rz. 48) - regelmässig wenig praktikabel bzw. mit einem unverhältnismässigen Aufwand verbunden wäre. Unerheblich ist auch das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, die (damalige) Prader ([...]) und ([...]) sowie Foffa Conrad ([...]) seien zur Einreichung einer konkurrenzfähigen Offerte nicht in der Lage gewesen. Denn eine Bauherrin führt eine Ausschreibung gerade deshalb durch, um sich einen Überblick über die Marktverhältnisse zu verschaffen; dies im Vertrauen darauf, dadurch den unverfälschten Marktpreis und das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot zu eruieren (vgl. auch E. 15.3.9). Erst die Ausschreibung ermöglicht somit eine Beurteilung, welche Offerten in dem Sinne "konkurrenzfähig" sind, dass sie für die Bauherrin in die engere Wahl kommen. Es ist auf die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen (vgl. auch Vernehmlassung, Rz. 48).

E. 9.1.14

Zusammenfassend ist für die Projekte (...) und (...) festzuhalten, dass die (damalige) Prader als jeweilige Schutzgeberin in der Lage war, das Projekt auszuführen. Dasselbe gilt auch für Foffa Conrad als Schutzgeberin beim Projekt (...). Demnach ist die Vorinstanz zu Recht von einem Wettbewerbsverhältnis zwischen der Bezzola Denoth und der (damaligen) Prader ([...]) und ([...]) sowie Foffa Conrad und Crestageo ([...]) hinsichtlich der Ausführung der in Frage stehenden Arbeiten ausgegangen. Die entsprechende Voraussetzung für eine horizontale Abrede liegt deshalb vor.

E. 9.2

Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung Strittig ist des Weiteren das Vorliegen des Merkmals des Bezweckens oder Bewirkens einer Wettbewerbsbeschränkung.

E. 9.2.1

Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, die (damalige) Prader habe nach eigenen Aussagen keinen Schutz von Bezzola Denoth bezweckt. Anders als die Vorinstanz im Rahmen des angeblich verfolgten Zwecks annehme, sei es weder darum gegangen, die Zuschlagschancen für Bezzola Denoth zu wahren, noch darum, den Wettbewerb unter den Beteiligten zu verhindern (vgl. Beschwerde, Rz. 35, 37 [...]).

E. 9.2.2

Die Vorinstanz führt aus, es sei nicht von Belang, dass das Verhalten der (damaligen) Prader (Projekte (...) und [...]) und von Crestageo (Projekt [...]) - wie diese vorbringe - allenfalls nicht primär darauf gezielt habe, den Wettbewerb zu beeinflussen. Die abredebeteiligten Unternehmen hätten mit der "Angebotskoordination - zumindest auch -" bezweckt, sich nicht zu konkurrenzieren. Die jeweilige Abrede sei deshalb objektiv geeignet gewesen, den Wettbewerb einzuschränken (vgl. Verfügung, Rz. 96, 100 [...]), Rz. 245, 248 [...], Rz. 370 ff. [...]).

E. 9.2.3

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). Was das Tatbestandsmerkmal des Bezweckens anbelangt, ist - wie die Vorinstanz zutreffend ausführt (vgl. Verfügung, Rz. 96 ff. [...]), 245 [...], 371 [...]) - ein objektiver Zweckbegriff massgebend; entscheidend ist, ob eine Abstimmung ihrem Wesen nach, d.h. objektiv geeignet erscheint, den Wettbewerb zu beschränken (vgl. Urteile des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 9.3.11, Engadin IV Foffa Conrad; B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 4.2, Nikon, m.w.H.). Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredebeteteiligten 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 abredebeteiligten 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. 9.2.4

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. auch Urteil des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 7.3.2, Engadin II Rocca + Hotz). So sagte der als Zeuge einvernommene frühere (...) der (damaligen) Prader (heute: Mettler Prader) im Bereich (...), D._____, in Bezug auf das Projekt (...), der "Billigste" erhalte in der Regel den Zuschlag (vgl. Vorinstanz, act. 26 Ziff. 202 [22-0460]). Inhalt der jeweiligen Abstimmung zwischen der Bezzola Denoth und der (damaligen) Prader ([...] und [...]) sowie zwischen Foffa Conrad und Crestageo ([...]) war nach dem Gesagten (vgl. E. 11.2.1), dass die (damalige) Prader ([...] und [...]) und Foffa Conrad ([...]) als designierte Schutzgeberinnen zu einem höheren Preis offerieren sollen als die designierte Schutznehmerin, so dass diese die besseren Chancen auf Erhalt des Zuschlags hat.

E. 9.2.5

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.). Bezzola Denoth und die (damalige) Prader ([...] und [...]) sowie Foffa Conrad und Crestageo ([...]) haben dadurch ihre Handlungsfreiheit bei der Festlegung des Offertpreises (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.4.2, 6.8, Altimum; BGE 129 II 18 E. 5.1, Sammelrevers) und bei der Wahl des Geschäftspartners eingeschränkt und den Wettbewerb im Innenverhältnis anhand dieser Parameter beseitigt. Sie haben dem Grundanliegen des Kartellgesetzes zuwidergehandelt, wonach die auf einem Markt tätigen Unternehmen die relevanten Wettbewerbsparameter unabhängig voneinander festlegen sollen (sog. Selbständigkeitspostulat; vgl. BGE 147 II 72 E. 3.2, Hors-Liste Medikamente Pfizer; Urteile des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 6.1.2, Engadin II Rocca + Hotz; B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 5.2, Buchhändler Dargaud).

E. 9.2.6

Der Einwand der Beschwerdeführerinnen, die (damalige) Prader ([...] und [...]) habe keinen Schutz von Bezzola Denoth bezweckt (vgl. Beschwerde, Rz. 24 ff., 35), 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. 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. 48) - unerheblich.

E. 9.2.7

Soweit die Beschwerdeführerinnen gegen das Merkmal des Bezweckens einer Wettbewerbsbeschränkung einwenden, es habe zur jeweiligen Foffa Conrad-Gesellschaft von vornherein kein Wettbewerbsverhältnis bestanden, ist ihr Einwand - wie dargelegt (vgl. E. 9.1 ff.) - als unzutreffend zurückzuweisen. Demzufolge war die Abrede auch unter diesem Aspekt objektiv geeignet, den Wettbewerb zu beschränken.

E. 9.2.8

Die angefochtene Verfügung schliesst zutreffend darauf, dass die jeweilige Abstimmung zwischen Bezzola Denoth und der (damaligen) Prader ([...], [...]) sowie zwischen Foffa Conrad und Crestageo ([...]) eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bezweckt hat. Im Übrigen wäre vorliegend eine Wettbewerbsbeschränkung auch im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bewirkt worden, zumal die (damalige) Prader ([...] und [...]) und Foffa Conrad ([...]) in Umsetzung der jeweiligen Abrede eine preislich höhere Offerte als die designierte Schutznehmerin eingereicht haben.

E. 10

Zwischenergebnis Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz das Verhalten der Bezzola Denoth ([...] und [...]) und der Foffa Conrad ([...]) 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 die (damalige) Prader ([...] und [...]) und Foffa Conrad ([...]) in Umsetzung der jeweiligen Abrede ein Angebot eingereicht haben, haben sie zugunsten von Bezzola Denoth ([...] und [...]) sowie Crestageo ([...]) als designierte Schutznehmerinnen 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 Beschwerdeführerinnen (vgl. Replik, Rz. 42) gerade Merkmal einer Stützofferte (vgl. Urteile des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 6.5, Engadin II Rocca + Hotz; B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 9.3.4.2, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne; E. 5). Die Aussage der Beschwerdeführerinnen, es habe sich bei den Angeboten der (damaligen) Prader ([...] und [...]) und Foffa Conrad ([...]) lediglich um "Pro-Forma-Offerten" und "Alibiofferten" (vgl. Beschwerde, Rz. 24, 52, 58 f.) gehandelt, ist in diesem Lichte unbehelflich. Dies gilt umso mehr, als die Offerten nach Art. 5 OR verbindlich waren (E. 9.1.7). Unerheblich für die Qualifikation von Bezzola Denoth als Schutznehmerin bei den Projekten (...) und (...) ist auch der von den Beschwerdeführerinnen angeführte Umstand, dass die abredebeteiligten Unternehmen mit Konkurrenz durch Drittanbieter rechnen mussten. Die Qualifikation von Bezzola Denoth als Schutznehmerin sowie der (damaligen) Prader als Schutzgeberin durch Abgabe einer Stützofferte kann entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. Beschwerde, Rz. 40; Replik, Rz. 40 ff.) 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 in Frage stehenden Abstimmungen zwischen der jeweiligen Foffa Conrad-Gesellschaft einerseits und der jeweiligen Zindel-Gesellschaft andererseits hatten nach dem Gesagten (vgl. E. 7.3.6 ff.) zum Gegenstand, dass Bezzola Denoth ([...] und [...]) sowie Crestageo ([...]) als designierte Schutznehmerinnen zu einem günstigeren Preis als die jeweils anderen abredebeteiligten Gesellschaften offerieren und so die besseren Chancen haben sollen, den Zuschlag zu erhalten.

E. 11.2.2

Zugleich hatte die jeweilige Submissionsabsprache zum Inhalt, die zu vergebende Arbeit - und damit die ausschreibende Stelle als potentielle Geschäftspartnerin - einem der Abredeteiligen zuzuteilen (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 jeweils primär über die Abstimmung des Offertpreises erfolgte (vgl. E. 9.2.4). Dabei spielte die Höhe des Offertpreises offensichtlich eine entscheidende Rolle für die Bestimmung des wirtschaftlich vorteilhaftesten Angebots durch die ausschreibende Stelle (vgl. E. 9.2.4; 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 Beschwerdeführerinnen, eine Steuerung der Zuschlagserteilung sei von vornherein unmöglich gewesen, weil es weitere, unabhängigen Anbieter, die in die behauptete Abrede nicht involviert gewesen seien, gegeben habe (vgl. Beschwerde, Rz. 119 [...]), geht an der Sache vorbei. Soweit die Beschwerdeführerinnen damit anführen, 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. 9.2.4), hat die jeweilige Abstimmung die Chancen der designierten Schutznehmerin auf Erhalt des Zuschlags erhöht. Soweit der Einwand der Beschwerdeführerinnen die Frage betrifft, ob die jeweilige 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 jeweiligen Gesellschaft der Foffa Conrad-Gruppe und der Zindel-Gruppe 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. 104 [...], Rz. 252 [...], Rz. 379 [...]); vgl. zum Wortlaut der erwähnten Bestimmungen E. 12) ist im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zutreffend (vgl. Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.2.2, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne, m.w.H.; B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 7.3, Engadin II Rocca + Hotz; vgl. auch Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 7, Strassenbeläge Tessin).

E. 12

Dezember 2022 E. 4.4.3.1.3, Estée Lauder; B-7834/2015 vom 16. August 2022 E. 8.3.1, Autohändler; B-552/2015 vom 14. November 2017 E. 4.1, Türbeschläge; B-843/2015 vom 19. Dezember 2017 E. 7, Hors-Liste Medikamente und B-3618/2013 vom 24. November 2016 Rz. 295, Ticket- vertrieb Hallenstadion; zum Begriff der Wettbewerbsabrede allgemein vgl. auch BGE 144 II 246 E. 6.4.1, Altimum; Urteile des BVGer B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 E. 4.1, Altimum; B-4669/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 7.1, Buchhändler Les Editions des 5 frontières und B-8404/2010

B-652/2018 Seite 23 vom 23. September 2014 E. 5.1.3, 5.3.7.1 f., Baubeschläge SFS unimar- ket, sowie für das EU-Recht, dem das Begriffspaar entnommen ist, EuGH, C-41/69, EU:C:1970:71, Rz. 112, ACF Chemiefarma).

E. 12.1

Die Vorinstanz vertritt bei allen drei Projekten den Standpunkt, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt werden könne. Sie begründet dies im Wesentlichen damit, dass weder ein Innen- noch ein ausreichender Aussenwettbewerb bestanden habe. Im Einzelnen führt die Vorinstanz Folgendes aus: Zum Projekt (...) bringt die Vorinstanz vor, die entsprechenden Arbeiten seien durch eine private Bauherrschaft vergeben worden. Aktueller wie auch potentieller Aussenwettbewerb habe ausschliesslich durch allfällige zur Offertabgabe eingeladene bzw. angefragte Bauunternehmen, die sich nicht gleichzeitig an der Abrede beteiligt hätten, entstehen können. Die G._____ habe lediglich drei Unternehmen eingeladen. Das Unternehmen, von welchem damit überhaupt ein wirksamer Aussenwettbewerb habe ausgehen können, sei Lazzarini. Dieses habe ebenfalls eine Offerte eingereicht und sei als aktuelle Aussenwettbewerberin zu qualifizieren. Weitere Aussenwettbewerber hätten nicht an der Ausschreibung teilgenommen (vgl. Verfügung, Rz. 96, 119 und 121 [...]). Zum Projekt (...) führt die Vorinstanz aus, die entsprechenden Arbeiten seien durch eine öffentliche Stelle vergeben worden. Aktueller wie auch potentieller Aussenwettbewerb habe damit ausschliesslich durch Unternehmen, welche eine Offerte eingereicht hätten und nicht an der Abrede

B-652/2018 Seite 45 beteiligt gewesen seien, entstehen können. Das Unternehmen, von welchem damit überhaupt ein wirksamer Aussenwettbewerb habe ausgehen können, sei Klucker (vgl. Verfügung, Rz. 267 [...]). In Bezug auf das Projekt (...) führt die Vorinstanz aus, die entsprechenden Arbeiten seien durch eine öffentliche Stelle im Einladungsverfahren vergeben worden. Aktueller wie auch potentieller Aussenwettbewerb habe ausschliesslich durch allfällige zur Offertabgabe eingeladene oder angefragte Bauunternehmen, die sich nicht gleichzeitig an der Abrede beteiligt hätten, entstehen können. Das Unternehmen, von welchem überhaupt ein wirksamer Aussenwettbewerb habe ausgehen können, sei Eberle mit Sitz in Herisau, Appenzell-Ausser rhoden (nachfolgend: Eberle; vgl. Verfügung, Rz. 390 [...]). Bei allen drei Projekten sei die jeweilige Abrede – so die Vorinstanz – erfolgreich gewesen, da das zu schützende Unternehmen, nämlich Bezzola Denoth ([...] und [...]) und Crestageo ([...]) den Zuschlag wie vereinbart erhalten habe. Somit habe bezüglich der ausgeschriebenen Bauleistungen kein ausreichender Aussenwettbewerb vorgelegen, der die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlege (vgl. Verfügung, Rz. 122 [...], Rz. 268 [...], Rz. 391 [...]). Die Vorinstanz führt dieses Argument in Zusammenhang mit dem Projekt (...) näher aus, indem sie anführt, bei Submissionen gelte der Grundsatz: "The winner takes it all". Erhalte der geschützte Abredeteilnehmer – hier trotz Angeboten durch "abredefreie" Dritte

respektive der Möglichkeit die- ser zur Angebotsabgabe – den Zuschlag, halte er 100% des abgesproche- nen relevanten Marktes. Es liesse sich nun argumentieren, die allfällige Möglichkeit "abredefreier" Dritter, ebenfalls Angebote einzureichen, res- pektive deren effektive Angebotsabgabe wirke sich disziplinierend auf die in den abgesprochenen Offerten angebotenen Preise aus, insbesondere auf denjenigen der geschützten Offerte. Dem könne – so die Vorinstanz – bis zu einem gewissen Grad so sein, doch entscheidend sei dies vorlie- gend letztlich nicht. Denn wie das Ergebnis beweise, sei dieser (aktuelle respektive potentielle) Aussenwettbewerb jedenfalls nicht ausreichend stark gewesen, um die von den Abredeteilnehmern vereinbarte Zuteilung des betroffenen Geschäftspartners unterlaufen zu können; der geschützte Abredeteilnehmer halte eben trotz des allfälligen Aussenwettbewerbs am Schluss 100% des Marktes. Ausreichender Aussenwettbewerb, der die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegen würde, liege daher nicht vor (vgl. Verfügung, Rz. 122 [(...)]).

B-652/2018 Seite 46 Schliesslich führt die Vorinstanz an, es habe jeweils auch kein Innenwett- bewerb bestanden, da sich die (damalige) Prader ([...] und [...]) sowie Foffa Conrad ([...]) als Schutzgeber durch Abgabe einer höheren Offerte als die jeweils geschützte Gesellschaft an die Abrede gehalten hätten (vgl. Verfü- gung, Rz. 123 [(...)], Rz. 269 [(...)], Rz. 392 [(...)]).

E. 12.2

Die Beschwerdeführerinnen machen demgegenüber geltend, die Ver- mutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs könne jeweils durch hin- reichenden Aussenwettbewerb widerlegt werden. Denn die betreffenden Gesellschaften der Foffa Conrad- und der Zindel-Gruppe hätten jeweils mit Konkurrenz durch Drittanbieter rechnen müssen. Zum Zeitpunkt der Of- ferteingabe sei nicht bekannt, wie viele und welche Bauunternehmen eine Offerte abgeben werden. Die Vorinstanz schliesse aus der Tatsache, dass Bezzola Denoth ([...] und [...]) sowie Crestageo ([...]) den Zuschlag erhalten hätten, in unzulässiger Weise auf das Fehlen ausreichenden Aussenwett- bewerbs (vgl. Beschwerde, Rz. 112 [(...)], Rz. 115 [(...)], Rz. 119 [(...)]); Rep- lik, Rz. 42).

E. 12.3.1

In Bezug auf die Wettbewerbsverhältnisse bei den einzelnen Pro- jekten ergibt sich aus den Akten Folgendes: Beim privaten Projekt (...) hat die Bauherrin drei Unternehmen zur Offert- stellung eingeladen, die jeweils ein Angebot eingereicht haben (vgl. Verfü- gung, Rz. 96, 121). Es handelt sich um – die (damalige) Prader (heute: Mettler Prader), – Bezzola Denoth und – Lazzarini mit Sitz in Samedan und Zweigniederlassungen unter ande- rem in Scuol.

E. 12.3.2

Über das Strassenbauprojekt (...) hat der Kanton Graubünden eine offene Ausschreibung durchgeführt (vgl. Amtsblatt des Kantons Graubün- den vom 17. März 2011, S. 1137). Gemäss den Aussagen des Zeugen D. _____ hat ein Vertreter des Tiefbauamts Graubünden die (damalige) Prader an der Begehung zur Offertstellung ermuntert (vgl. E. 9.1.4 f.). Es haben drei Unternehmen eine Offerte eingereicht (vgl. Offertöffnungspro- tokoll, IX.C.60 [act. 25-0039], Beilage 8), nämlich:

B-652/2018 Seite 47 – die (damalige) Prader (heute: Mettler Prader), – Bezzola Denoth und – Klucker mit Sitz in Klosters-Serneus.

E. 12.3.3

Beim Projekt (...) hat I. _____ die Arbeiten im Einladungsverfahren vergeben (vgl. Verfügung, Rz. 342, 390; Protokoll der Befragung von E. _____, (...) von Crestageo, act. 16 Rz. 81 ff. [22-0460]). Es haben drei Unternehmen eine Offerte eingereicht, nämlich: – Crestageo, – Foffa Conrad mit Sitz in Zernez und – Eberle. Ob die Bauherrin weitere Unternehmen zur Einreichung eines Angebots eingeladen hat, lässt sich aufgrund der Akten (vgl. auch die Auskunft von E. _____ [act. 16 Rz. 89 ff., 22-0460], wonach er nicht ausschliessen könne, dass ein weiteres Unternehmen eingeladen worden sei) nicht feststellen. Somit ist für alle drei Projekte festzuhalten, dass es neben den abredebe- teiligten Gesellschaften der Foffa Conrad- und der Zindel-Gruppe mit Laz- zarini ([...]), Klucker ([...]) und Eberle ([...]) jeweils ein nicht an der Abrede beteiligtes Unternehmen gab, das als sog. Aussenseiter ebenfalls eine Of- ferte eingereicht hat.

E. 12.3.4

Bei den Projekten (...) und (...) hat die Bauherrin – wie dargelegt – durch Einladung zur Offertstellung diejenigen Unternehmen bestimmt, wel- che ein Angebot einreichen können. Potentieller oder aktueller Aussenwett- bewerb konnte deshalb – wie die Vorinstanz zutreffend festhält (vgl. Verfü- gung, Rz. 119 [...]), Rz. 390 [...]) – nur von zur Einreichung eines Ange- bots eingeladenen Unternehmen ausgehen (vgl. auch E. 9.1 über das Be- stehen eines potentiellen oder tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisses zwischen den abredebeteiligten Unternehmen).

E. 12.3.5

Soweit die Vorinstanz ihre Einschätzung, wonach der Aussenwett- bewerb jeweils nicht ausreichend gewesen sei, damit begründet, dass die Abrede erfolgreich gewesen sei, weil das zu schützende Unternehmen – Bezzola Denoth ([...] und [...]) bzw. Crestageo ([...]) – den Zuschlag wie

B-652/2018 Seite 48 vereinbart erhalten habe (vgl. Verfügung, Rz. 122 [...]), Rz. 268 [...]), Rz. 391 [...]), stützt sie sich auf unzutreffende Prämissen. Der Umstand, dass eine vereinbarte Schutznahme sich als (nicht) erfolg- reich erweist (vgl. zur Terminologie E. 5), kann für die Frage, ob die Ver- mutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, nicht entscheidend sein. Massgebender Zeitpunkt für die Beurteilung, ob ein wirksamer (potentieller oder tatsächlicher) Aussenwettbewerb vorlag bzw. vorliegt, ist der Zeitpunkt, in dem die abredebeteiligten Unternehmen ihre Angebote ausarbeiten und einreichen. Entscheidend ist, ob die betref- fenden Unternehmen zu diesem Zeitpunkt damit rechnen mussten, dass andere Unternehmen mitbieten werden, die an der Abrede nicht beteiligt sind. Ist diese Frage zu bejahen, ist dies ein gewichtiges Indiz dafür, dass die abredebeteiligten Unternehmen einem hinreichenden Wettbewerbs- druck durch (potentielle) Wettbewerber ausgesetzt waren. Ob und gege- benenfalls wie viele Aussenseiter tatsächlich ein Angebot eingereicht ha- ben, ist dabei lediglich ein Indiz bei der Beurteilung, ob im relevanten Zeit- punkt wirksamer Aussenwettbewerb bestanden hat (vgl. Urteile des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 7.4.1.3, Engadin II Rocca + Hotz; B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.4.2 f. und E. 10.4.5 f., Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht).

E. 12.3.6

Wie das Bundesverwaltungsgericht in seinen Urteilen in Sachen Strassen und Tiefbau im Kanton Aargau festgehalten hat, schafft während der Ausarbeitung und Einreichung der

jeweiligen Angebote grundsätzlich jedes Konkurrenzangebot, welches die Abredebeteiligten im konkreten Einzelfall von einem nicht abredebeteiligten Marktteilnehmer erwarten, eine Konkurrenzsituation mit einer potentiellen Auswirkung auf das Bietverhalten auch der Abredebeteiligten (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.4.5, Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau Erne).

E. 12.3.7

Entsprechend können sich die Teilnehmer auch einer erfolgreichen Submissionsabsprache bei der Ausarbeitung und Einreichung ihrer Angebote durchaus einem relevanten Wettbewerbsdruck ausgesetzt gesehen haben. Dass die ausschreibende Stelle am Ende eines der eingereichten Angebote zum Sieger des Vergabewettbewerbs erklärt, liegt in der Natur jedes Vergabeverfahrens, sei dieses korrekt verlaufen oder wie vorliegend von Submissionsabsprachen betroffen. Entscheidend ist, ob die betreffenden Unternehmen bei der Einreichung ihres Angebots damit rechnen mussten, dass andere Unternehmen mitbieten werden, die an der Abrede nicht beteiligt sind (vgl. Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018

B-652/2018 Seite 49 E. 10.4.5, Strassen und Tiefbau Kanton Aargau Erne; B-697/2018 vom 28. November 2023 E. 7.5.3, Implanzia Engadin VIII).

E. 12.3.8

Demzufolge mussten die abredebeteiligten Gesellschaften der Foffa Conrad-Gruppe und der Zindel-Gruppe bei den Projekten (...) und (...) vernünftigerweise damit rechnen, dass die Bauherrschaft auch andere Unternehmen zur Einreichung eines Angebots einlädt, die alsdann ein Angebot einreichen. Sie mussten demzufolge mit Angeboten von Aussenseitern rechnen.

E. 12.3.9

Dass ein privater oder öffentlicher Bauherr vor der Vergabe eines grösseren Auftrags mehrere – auch auswärtige – Unternehmen zur Einreichung einer Offerte einlädt, entspricht einem ökonomisch vernünftigen Verhalten. Er verfolgt damit objektiv betrachtet das Ziel, die Auswahl unter den Anbietern zu vergrössern und den Wettbewerb unter diesen zu stärken, um das Angebot mit dem besten Preis-/Leistungsverhältnis bzw. das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot zu eruieren (vgl. Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018 E. 7.3.2, Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau Cellere).

E. 12.3.10

Hinsichtlich des Projekts (...) begründet die Vorinstanz den aus ihrer Sicht unzureichenden Aussenwettbewerb auch damit, dass die mitoffrierende Lazzarini im Unterengadin nach eigenen Angaben fast ausschliesslich für die öffentliche Hand in den Bereichen Hoch- und Tiefbau tätig gewesen sei. Private Hochbauprojekte hätten nicht in ihrem Fokus gestanden und seien von ihr nicht bearbeitet worden (vgl. Verfügung, Rz. 122). Dieser Einwand ist für die Beurteilung der Frage, ob die abredebeteiligten Gesellschaften in Bezug auf das Projekt (...) hinreichendem Aussenwettbewerb ausgesetzt waren, unerheblich (vgl. in diesem Sinne auch die Erwägungen der Vorinstanz in Rz. 247 der Verfügung in Bezug auf das Projekt [...]). Massgebend ist wie erwähnt, ob und wieweit die abredebeteiligten Unternehmen im Zeitpunkt der Einreichung ihrer Angebote mit einer Teilnahme von Aussenseitern rechnen mussten. Dass allfällige weitere zur Offertstellung eingeladene Unternehmen von vornherein nicht in der Lage gewesen wären, sich um die Ausführung des

Projekts zu bewerben, zeigt die Vorinstanz nicht auf und kann aufgrund der Akten auch nicht angenommen werden. Vielmehr hat Lazzarini als weiteres eingeladenes auswärtiges Unternehmen vor der Abgebotsrunde zum günstigsten Preis offeriert (vgl. Verfügung, Rz. 120).

B-652/2018 Seite 50

E. 12.3.11

Dass das Projekt (...), wie die Beschwerdeführerinnen vorbringen (vgl. Beschwerde, Rz. 120), nie realisiert wurde, vermag an der Einschätzung der Wettbewerbsverhältnisse im Zeitpunkt der Ausarbeitung und Einreichung der Angebote ebenfalls nichts zu ändern.

E. 12.3.12

Aus diesen Umständen ist für die Projekte (...) und (...) davon auszugehen, dass die abredebeteiligten Gesellschaften der Foffa Conrad-Gruppe und der Zindel-Gruppe bei der Ausarbeitung und Einreichung ihrer Angebote einem hinreichenden (zumindest potentiellen) Wettbewerbsdruck durch weitere Unternehmen ausgesetzt waren.

E. 12.3.13.1

Gesondert zu betrachten sind die Wettbewerbsverhältnisse bei der offenen Ausschreibung des Kantons Graubünden über das Projekt (...). Bei dieser war der Kreis der möglichen Anbieter – anders als bei den Projekten (...) und (...) – nicht durch die Einladung des Bauherrn bestimmt. Die Vorinstanz vertritt die Auffassung, potentieller oder tatsächlicher Aussenwettbewerb habe bei diesem Projekt nur durch Unternehmen ausgeübt werden können, die tatsächlich ein Angebot eingereicht hätten (vgl. Verfügung, Rz. 267).

E. 12.3.13.2

Offene Ausschreibungen zeichnen sich regelmässig dadurch aus, dass die anbietenden Unternehmen nicht wissen, ob und gegebenenfalls welche anderen Unternehmen sich durch Einreichung einer Offerte ebenfalls an der Ausschreibung beteiligen. Bei den Unternehmen, die am Erhalt des Auftrags interessiert sind, besteht mit anderen Worten in der Regel eine Ungewissheit über das Marktverhalten der potentiellen Konkurrenten.

E. 12.3.13.3

Als potentielle Wettbewerber sind dabei all diejenigen Unternehmen einzustufen, die in der Lage waren, sich durch Einreichung einer Offerte um die Ausführung des Strassenbauprojekts zu bewerben.

E. 12.3.13.4

Es steht vorliegend fest, dass mit Klucker, die ihren Sitz in Klosters-Serneus hat, ein ausserhalb des Unterengadins ansässiges Unternehmen sich durch Einreichung eines Angebots an der Ausschreibung beteiligt hat. Der von Klucker offerierte Preis war dabei mit Fr. (...) (inkl. MwSt.) nicht wesentlich höher als der Preis der günstigsten Offerte, die von der ortsansässigen Bezzola Denoth eingereicht worden war (Fr. [...] [inkl. MwSt.]; vgl. Verfügung, Rz. 196). Diese Umstände bestätigen, dass auch nicht im Un-

B-652/2018 Seite 51 terengadin ansässige Unternehmen in der Lage waren, sich an der fraglichen Ausschreibung durch Einreichung eines Angebots zu beteiligen und sich dadurch als Konkurrenten zu manifestieren.

E. 12.3.13.5

Aus diesen Gründen mussten die abredebeteiligten Unternehmen beim Projekt (...) damit rechnen, dass weitere Unternehmen durch Einreichung eines Angebots an der offenen Ausschreibung teilnehmen. Es ist dementsprechend davon auszugehen, dass sie sich einem hinreichenden Wettbewerbsdruck durch möglicherweise mitbietende Aussenseiter ausgesetzt sahen.

E. 12.3.14

Somit kann die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 3 KG bei allen drei projektbezogenen Abreden widerlegt werden, weil jeweils hinreichender Aussenwettbewerb bestand.

E. 12.4

Führt die Abrede zu keiner Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, so ist zu prüfen, ob sie den Wettbewerb auf dem relevanten Markt nach Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt hat (vgl. BGE 143 II 297 E. 5, Gaba).

E. 12.4.1

Die Vorinstanz führt hierzu aus, selbst wenn man von einer Widerlegung der Vermutung nach Art. 5 Abs. 3 KG ausgehe, läge zumindest eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor. Sie argumentiert, die Abrede habe als horizontale Preis- und Geschäftspartnerabrede nach Art. 5 Abs. 3 lit. a und c KG zentrale Wettbewerbsparameter betroffen und sei zudem umgesetzt worden. Damit sei zwischen den Abredeteilnehmern jeglicher Innenwettbewerb entfallen. Die Bagatellschwelle sei bei weitem überschritten. Schliesslich habe das geschützte Unternehmen auch den Zuschlag erhalten. Das Kriterium der Erheblichkeit sei somit gegeben (vgl. Verfügung, Rz. 124 ff. [...], Rz. 270 ff. [...], Rz. 393 ff. [...]).

E. 12.4.2

Eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung wird von den Beschwerdeführerinnen sinngemäss bestritten. Sie machen in Bezug auf die Projekte (...) und (...) geltend, die Abrede habe keine konkrete Auswirkung auf den Wettbewerb gehabt. So habe Bezzola Denoth beim Projekt (...) in der Abgebotsrunde das kostengünstigste Angebot eingereicht (vgl. Beschwerde, Rz. 112 f. [...], Rz. 116 [...]). Das Projekt (...) sodann sei nicht ausgeführt worden und keines der Unternehmen habe daraus einen Umsatz erzielt (vgl. Beschwerde, Rz. 120).

E. 12.4.3

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-652/2018 Seite 52 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. 109 ff. [...], Rz. 257 ff. [...]) und Rz. 384 [...]) 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. 12.4.4

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 umfassende – 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 Stützofferten die Erheblichkeitsschwelle von Art. 5 Abs. 1 KG sowohl unabhängig von der konkreten Anzahl der Abredeteiligen als auch unabhängig davon überschreiten, ob die angestrebte Manipulation des Zuschlags letztlich geglückt oder misslungen sei (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 Cellere, Erne, Granella, Umbricht, m.w.H.).

B-652/2018 Seite 53

E. 12.4.5

Diese Erwägungen gelten auch für den vorliegenden Fall einer Preis- und Geschäftspartnerabrede der jeweiligen Foffa Conrad-Gesellschaft mit der jeweiligen Zindel-Gesellschaft 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 nicht an der jeweiligen Abrede beteiligte Unternehmen ebenfalls eine Offerte eingereicht haben, führt nach dem Gesagten nicht zur Annahme eines Bagatellfalles. Ebenfalls nichts zu ihren Gunsten können die Beschwerdeführerinnen aus dem Umstand ableiten, dass Bezzola Denoth ([...] und [...]) und Crestageo ([...]) als designierte Schutznehmerinnen die günstigste Offerte eingereicht haben. 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. 12.4.6

Vorliegend hat die Abstimmung den Wettbewerb nicht nur potentiell, sondern auch tatsächlich beeinträchtigt. Denn die (damalige) Prader ([...]) und ([...]) sowie Foffa Conrad ([...]) 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 der jeweiligen Foffa Conrad-Gesellschaft und der jeweiligen Zindel-Gesellschaft in Bezug auf die erwähnten Wettbewerbsparameter beseitigt wurde (vgl. auch Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.3.3, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne). Insgesamt besteht vorliegend kein Grund, unter Annahme eines Bagatellfalls die Erheblichkeit der jeweiligen Wettbewerbsbeeinträchtigung ausnahmsweise zu verneinen. Dies gilt umso mehr, als Bezzola Denoth ([...]) und ([...]) sowie Crestageo ([...]) als designierte Schutznehmerinnen aufgrund ihres Wissens, dass sie von einer Anbieterin nicht unterboten werden, und des damit verbundenen geringeren Wettbewerbsdrucks zu einem tendenziell höheren Preis offeriert haben dürften. Demzufolge ist mit der Vorinstanz darauf zu schliessen, dass die jeweilige Abrede zwischen der Bezzola Denoth und der (damaligen) Prader ([...]) und

B-652/2018 Seite 54 ([...]) sowie zwischen Foffa Conrad und Crestageo ([...]) den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt hat. 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). Die Beschwerdeführerinnen machen keine effizienzfördernden und pro-kompetitiven Effekte ihrer jeweiligen Abredeteilung stichhaltig geltend; solche sind auch nicht ersichtlich.

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). Die Beschwerdeführerinnen machen keine effizienzfördernden und prokompetitiven Effekte ihrer jeweiligen Abredebeteiligung stichhaltig geltend; solche sind auch nicht ersichtlich.

E. 14

Ergebnis Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zutreffend von je einer Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 Bst. a und c KG zwischen der jeweiligen Foffa Conrad-Gesellschaft und der jeweiligen Zindel-Gesellschaft über die in Frage stehenden Projekte ausgeht. Diese Abreden hatten die Abgabe je einer – preislich höheren – Stützofferte durch die (damalige) Prader ([...] und [...]) sowie durch Foffa Conrad ([...]) zum Gegenstand und haben den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt.

E. 15

Sanktionierung Die Beschwerdeführerinnen stellen 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 ihnen auferlegte Sanktion nach freiem Ermessen des Gerichts zu reduzieren. Sie bringen zur Begründung

B-652/2018 Seite 55 im Wesentlichen vor, dass die Sanktionsbemessung fehlerhaft erfolgt sei (vgl. Beschwerde, Rz. 111 ff.). Es ist daher zu beurteilen, ob die Vorinstanz die Beschwerdeführerinnen für ihre Beteiligung an je einer unzulässigen Wettbewerbsabrede über die Projekte (...) und (...) rechtmässig mit einer Verwaltungssanktion von Fr. (...) belastet hat. Was das Projekt (...) angeht, hat die Vorinstanz gegenüber den Beschwerdeführerinnen den gestützt auf Art. 3-7 SVKG bemessenen Sanktionsbetrag von Fr. (...) im Rahmen der Bonusregelung vollständig erlassen. Dabei ist zunächst auf die Sanktionierbarkeit des in Frage stehenden Verhaltens der Beschwerdeführerinnen 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 unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. Die Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG hat einen strafrechtsähnlichen Charakter (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.2, Hors-Liste Medikamente Pfizer; vgl. auch E. 18.3).

E. 15.1.2

Nach den vorstehenden Erwägungen hat die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen die Beteiligung an je einer unzulässigen Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG über die in Frage stehenden Projekte 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 wurden die Beschwerdeführerinnen für ihre Beteiligung an je einer Wettbewerbsabrede über die in Frage stehenden Projekte sanktioniert. Die Beschwerdeführerinnen sind als Aktiengesellschaften zulässige Adressaten einer Verfügung, mit der ihnen die Vorinstanz eine Verwaltungssanktion nach Art. 49a

B-652/2018 Seite 57 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 den Beschwerdeführerinnen für die Beteiligung an einer Preis- und Marktaufteilungsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG gestützt auf Art. 49a 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 Beschwerdeführerinnen erheben hiergegen zu Recht keine Einwände.

E. 15.1.6

Die Beschwerdeführerinnen erheben 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 Basisbetragsatzes 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. 12.4.3).

E. 15.2

Methode der Bemessung

E. 15.2.1

Vorliegend zog die Vorinstanz als Basisumsatz für die abredeteiligen Gesellschaften der Zindel- und der Foffa Conrad-Gruppe die Offertsumme von Bezzola Denoth als Schutznehmerin in der Höhe von Fr. (...) ([...]) und von Fr. (...) ([...]) sowie von Crestageo als Schutznehmerin in der Höhe von Fr. (...) ([...], exkl. MwSt.) heran (vgl. Verfügung, Rz. 148 [(...)], Rz. 292 [(...)], Rz. 414 [(...)]).

E. 15.2.2

Es handle sich hierbei um den Umsatz, den die geschützte Gesellschaft beim jeweiligen 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 Schädigungspotential des Kartellrechtsverstosses. Konkret ergebe sich daraus für den Basisbetrag eine Obergrenze von Fr. (...) ([...]) und Fr. (...) ([...]) sowie Fr. (...) ([...]; vgl. Verfügung, Rz. 148, 292 ff., 414).

E. 15.2.3

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:

B-652/2018 Seite 58 "Der Basisbetrag der Sanktion bildet je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat."

E. 15.2.4

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

E. 15.2.5

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 BVGer B-2798/2018 vom 16. Februar 2021 E. 12.2.2, Na-xoo; B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.8.7, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne, jeweils m.H. auf BGE 143 II 297 E. 9.7.2 m.H., Gaba; Erläuterungen der Vorinstanz zur KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 2 Abs. 2).

E. 15.2.6

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 BVGer 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 von Bezzola Denoth ([...] und [...]) als jeweils 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 Betrag 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

B-652/2018 Seite 59 E. 11.5.8.9, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne). Eine solche Bemessungsmethode trägt dem Grundgedanken von Art. 3 SVKG Rechnung, wonach die Bemessungsgrundlage für den Basisbetrag anhand eines tatsächlichen Umsatzes zu bestimmen ist (vgl. in diesem Sinne Urteil des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 18.3.3, Buchhändler Dargaud, m.w.H.).

E. 15.2.7

Indem die Vorinstanz auf die Offertsumme der jeweils erfolgreichen Schutznehmerin bei den in Frage stehenden Projekten und damit auf den Umsatz abstellt, den diese auf dem betroffenen – vorliegend von der Vorinstanz auf die einzelne Ausschreibung beschränkten (vgl. E. 9.1.3 ff.) – Submissionsmarkt erzielt hat, wendet sie – auch im Lichte der erwähnten rechtsstaatlichen Grundsätze – Art. 3 SVKG korrekt an.

E. 15.2.8

Foffa Conrad hat beim Projekt (...) als Schutzgeberin keinen Umsatz erzielt. Die SVKG sieht für umsatzlose Abredebeiträge keine Regelung vor. Das Bundesverwaltungsgericht hat in mehreren Urteilen festgehalten, dass auch umsatzlose Beiträge an Submissionsabsprachen in Form von Stützofferten und erfolglosen Schutznahmen nach Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren sind. Mangels generell-abstrakter Vorgaben auf Verordnungsstufe ist die konkrete Bemessungsmethode für die Sanktionierung von Stützofferten und erfolglosen Schutznahmen – innerhalb der aufgezeigten Schranken (vgl. E. 15.2.4 ff.) – durch die Praxis der Wettbewerbsinstanzen zu entwickeln (vgl. Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.8.5, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne; B-645/2018 vom 14. August 2023 E.15.2.6, Engadin IV Foffa Conrad). Indem die Vorinstanz gegenüber Foffa Conrad zur Festlegung der Bemessungsgrundlage für den Basisbetrag auf die Offertsumme von Crestageo als Schutznehmerin und damit auf den Umsatz abstellt, den diese auf dem betroffenen – vorliegend von der Vorinstanz auf die einzelne Ausschreibung beschränkten – Submissionsmarkt bei der Ausführung des Projekts erzielt hätte, knüpft sie an einen Betrag an, der mit dem Verstoß eng zusammenhängt sowie dessen wirtschaftliche Bedeutung und potentielle Schädlichkeit widerspiegelt (vgl. mutatis mutandis Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E.15.2.6, Engadin IV Foffa Conrad).

B-652/2018 Seite 60 Die von der Vorinstanz gestützt hierauf gewählte Methode zur Festlegung der Bemessungsgrundlage für den Basisbetrag ist schlüssig und nachvollziehbar und damit mit den allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen – insbesondere mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit nach Art. 5 Abs. 2 BV – sowie mit den kartellgesetzlichen Vorgaben nach Art. 49a Abs. 1 KG vereinbar.

E. 15.2.9

Das vorinstanzliche Vorgehen, die Bemessungsgrundlage für den Basisbetrag anhand der Offertsumme der jeweiligen Schutznehmerin festzulegen, ist demzufolge bundesrechtlich nicht zu beanstanden.

E. 15.3

Basisbetragsatz Es ist sodann die Rechtmässigkeit des Basisbetragsatzes zu beurteilen.

E. 15.3.1

Die Vorinstanz führt zur Begründung des Basisbetragsatzes an, beim jeweiligen Verstoss handle es sich um eine Preis- und Geschäfts- partnerabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG, also um ein hartes hori- zontales Kartell. Einer solchen Abrede sei ein grosses Gefährdungspoten- tial immanent. Die abredebeteiligten Unternehmen hätten zudem vorsätz- lich gehandelt. Vorliegend seien des Weiteren mehrere der als im Wettbe- werb besonders wesentlich einzustufenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen. Die Abrede sei sodann umgesetzt worden. Bei allen drei Projekten habe die Abrede zudem den Wettbewerb beseitigt. Insgesamt sei der jeweilige Kartellrechtsverstoss hinsichtlich der Projekte (...) und (...) als schwerwiegend zu werten (vgl. Verfügung, Rz. 123, 150 ff. [...]), Rz. 294 ff. [...]). Den Verstoss in Bezug auf das Projekt (...) stufte die Vorinstanz als mittel- schwer ein, weil das Projekt aufgrund äusserer Umstände nicht durchge- führt worden sei (vgl. Verfügung, Rz. 374, 416 ff. [...]).

E. 15.3.2

Gestützt auf diese Erwägungen legt die Vorinstanz beim Projekt (...) den Basisbetragsatz bei Bezzola Denoth als erfolgreicher Schutznehme- rin auf 10% des erzielten Umsatzes fest, woraus für diese ein Basisbetrag von Fr. (...) resultiert. Gegenüber der (damaligen) Prader (heute: Mettler Prader) als schützendem Unternehmen erachtet die Vorinstanz einen Ba- sisbetrag von Fr. (...) als angemessen (vgl. Verfügung, Rz. 152 f.).

B-652/2018 Seite 61 Beim Projekt (...) legt die Vorinstanz den Basisbetragsatz gegenüber Be- zzola Denoth als erfolgreicher Schutznehmerin ebenfalls auf 10% des er- zielten Umsatzes fest, woraus für diese ein Basisbetrag von Fr. (...) resul- tiert. Gegenüber der (damaligen) Prader (heute: Mettler Prader) als schüt- zendem Unternehmen erachtet die Vorinstanz einen Basisbetrag von Fr. (...) als angemessen (vgl. Verfügung, Rz. 296 f.). Beim Projekt (...) legt die Vorinstanz gegenüber Foffa Conrad den Basis- betrag auf Fr. (...) fest. Dies entspricht knapp 2,5% (2,49%) der Offerts- umme von Crestageo in Höhe von Fr. (...). Gegenüber Crestageo als er- folgloser Schutznehmerin setzte sie den Basisbetrag auf Fr. (...) fest, was knapp 5% (4,98%) der Offertsumme von Crestageo entspricht (jeweils exkl. MwSt.; vgl. Verfügung, Rz. 414 ff.).

E. 15.3.3

Die Beschwerdeführerinnen rügen den Basisbetragsatz von 10% (Projekte (...) und [...]) als unverhältnismässig. Die Vorinstanz behandle eine reine Gefälligkeit – die Weitergabe einer Offerte an ein nicht am Pro- jekt interessiertes Unternehmen, das kein Wettbewerber gewesen sei – ohne konkrete Auswirkung auf den Wettbewerb wie ein hartes Preiskartell oder einen echten Submissionsbetrug unter Beteiligung aller Anbieter (vgl. Beschwerde, Rz. 113 [...]), Rz. 116 [...]). In Bezug auf das Projekt (...) führen die Beschwerdeführerinnen in diesem Zusammenhang an, es sei nicht gerechtfertigt, Foffa Conrad als "schützen- des Unternehmen" zu bezeichnen, zumal das Projekt nicht ausgeführt wor- den sei und keines der an der angeblichen Submissionsabrede beteiligten Unternehmen einen Umsatz erzielt habe. Vor diesem Hintergrund sei auch die Annahme eines mittelschweren Kartellrechtsverstosses zweifelhaft (vgl. Beschwerde, Rz. 120).

E. 15.3.4

Der Sanktionsbetrag bestimmt sich nach Art. 49a Abs. 1 KG unter anderem nach der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Dies konkre- sierend sieht Art. 3 SVKG vor, dass der Basisbetrag je nach der "Schwere und Art des Verstosses" bis zu 10% des

massgeblichen Umsatzes beträgt.

E. 15.3.5

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

B-652/2018 Seite 62 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).

E. 15.3.6

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. 15.3.7

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, Kriminallrechtliche 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. 15.3.8

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, Mitbewerber mit einem insgesamt attraktiveren Angebot zu übertreffen. Dies im Wissen, dass nur der auf die Zuschlagskriterien bezogene günstigste Anbieter den Zuschlag erhält. Der Vergabewettbewerb soll es einem Ausschreiber ermöglichen, Leistungen zu vergleichen und das Angebot mit dem besten Preis-/Leistungsverhältnis und das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot wählen zu können. Der angestrebte Vergabewettbewerb spielt aber nur dann, wenn die Offerenten unabhängig voneinander um die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung wetteifern, indem sie ihr Angebot je individuell und im Sinne der Bedürfnisse des Ausschreibers zu optimieren versuchen. Die Ermittlung des wirtschaftlich vorteilhaftesten Angebots aus mehreren Angeboten obliegt allein dem Ausschreiber. Dieser tritt

B-652/2018 Seite 63 mit jedem teilnahmeberechtigten Anbieter in je ein Verhandlungsverhältnis im Hinblick auf einen allfälligen späteren Vertragsabschluss. Die Verhandlungsverhältnisse beinhalten dabei immer ein Vertrauensverhältnis, welches neben dem Ausschreiber auch jeden teilnahmeberechtigten Anbieter zu einem Verhalten nach Treu und Glauben verpflichtet (Art. 2 ZGB; vgl. PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl. 2011, Rz. 470, 474). Als Ausfluss dieses Vertrauensverhältnisses und des zentralen Wettbewerbscharakters der Ausschreibung haben private wie öffentliche Ausschreiber berechtigterweise 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 Eruierung 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. 15.3.9

Im Rahmen von Ausschreibungen getroffene harte Horizontalabreden sind nach allgemeiner Erkenntnis volkswirtschaftlich und sozial besonders schädlich. Sie gefährden nicht nur unmittelbar und auf gravierendste Weise das berechnete Interesse der ausschreibenden Stellen, das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot und namentlich den unverfälschten Marktpreis zu 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 Abs. 3 KG fallenden – Submissionsabsprachen 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. 15.3.10

Auch bei Stützofferten handelt es sich um schwerwiegende Kartellrechtsverstöße mit einem gravierenden Gefährdungspotential. Denn die Einreichung einer Stützofferte stellt die notwendige Voraussetzung für

B-652/2018 Seite 64 die Organisation eines Schutzes und ebenfalls ein wettbewerbsvortäuschendes und volkswirtschaftlich schädliches Verhalten dar. Gleich verhält es sich bei einer "Pro-Forma-Offerte" bzw. einer "Alibiofferte" (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.8.9, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne).

E. 15.3.11

Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Schädlichkeit der vorliegenden Submissionsabsprachen anders zu beurteilen wäre. Dies umso mehr, als die jeweilige Zindel-Gesellschaft ([...] und [...]) sowie Foffa Conrad ([...]) als designierte Schutzgeberinnen die Abrede durch die jeweilige Abgabe einer Stützofferte umgesetzt und

Bezzola Denoth ([...] und [...]) so- wie Crestageo ([...]) als designierte Schutznehmer den Zuschlag auch tatsächlich erhalten haben. Hieran nichts zu ändern vermag der Umstand, dass Bezzola Denoth bei den Projekten (...) (in der Abgebotsrunde) und (...) das jeweils kostengünstigste Angebot eingereicht hat (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.6.5, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne). Es besteht kein ernsthafter Zweifel daran, dass Bezzola Denoth ([...] und [...]) sowie Crestageo ([...]) im Wissen um die Stützofferte anderer Anbieter zu einem höheren Preis als unter Wettbewerbsbedingungen offeriert haben dürften. Das Kartellrecht will nicht bestimmte Ergebnisse sicherstellen, sondern einen funktionierenden Wettbewerb als dynamischen Prozess fördern (Botschaft KG 1995, 512 f.).

E. 15.3.12

Dass es neben den abredebeteiligten Gesellschaften der Foffa Conrad-Gruppe und der Zindel-Gruppe jeweils eine sog. Aussenseiterin gab, die an der jeweiligen Ausschreibung ebenfalls eine Offerte eingereicht hat und dabei zu einem höheren Preis offerierte als die designierte Schutznehmerin, ändert – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen – nichts an der Schädlichkeit des fraglichen Verhaltens für das Funktionieren des Wettbewerbs (vgl. E. 12.4.4).

E. 15.3.13

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.). Bei den Projekten (...), (...) und (...) geht die Vorinstanz zu Unrecht davon aus, dass die jeweilige Abrede den Wettbewerb beseitigt habe. Dem Umstand, dass die jeweilige Abrede den Wettbewerb lediglich erheblich beeinträchtigt hat, ist bei der Beurteilung der Schwere des Verstosses durch eine

B-652/2018 Seite 65 Reduktion des – in der angefochtenen Verfügung auf 10% ([...] und [...]) festgelegten (vgl. E. 15.3.2) – Basisbetragsatzes Rechnung zu tragen. Dieser ist unter Würdigung aller relevanten Umstände auf 8% herabzusetzen. Was das Projekt (...) angeht, rechtfertigt die von der Vorinstanz abweichende Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse keine Reduktion des von der Vorinstanz festgelegten Basisbetragsatzes von knapp 2,5% (vgl. E. 15.3.2); dieser erscheint vielmehr bundesrechtskonform und angemessen. Nicht zu beanstanden ist dabei die hälftige Reduktion des Basisbetragsatzes im Verhältnis zu Crestageo als Schutznehmerin (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 15.3.14, Engadin IV Foffa Conrad).

E. 15.3.14

Bei einem Basisbetragsatz von 8% ([...] und [...]) sowie 2,5% ([...]) ergeben sich die folgenden Sanktionsbeträge: – Fr. (...) ([...]) sowie Fr. (...) ([...]), – Fr. (...) ([...]), Es ergibt sich daraus ein Sanktionsbetrag von insgesamt Fr. (...).

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. Das Bundesverwaltungsgericht hat das Merkmal der anstiftenden Rolle im Kontext des Kartellrechts dahingehend präzisiert, dass ein Unternehmen – im 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; GÜNTER HEINE, Zuckerbrot und Peitsche: Zur Kronzeugenregelung nach Kartellgesetz, in: Festschrift für Franz Riklin, 2007, 423 f.).

E. 15.4.3

Die angefochtene Verfügung führt aus, es sei nicht erstellt, welche Verfahrenspartei bei den in Frage stehenden Bauprojekten die Initiative zur Angebotskoordination ergriffen habe (vgl. Verfügung, Rz. 65 ff., 165 f. [...], Rz. 219, 301 f. [...]).

B-652/2018 Seite 66

E. 15.4.4

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

E. 15.4.5

Die Frage, ob der Sanktionsbetrag wegen Vorhandenseins eines mildernden Umstands nach Art. 6 SVKG – hier einer besonderen Kooperation der Beschwerdeführerinnen – zu mindern ist, stellt sich erst dann, wenn ein Anspruch der Beschwerdeführerinnen 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. 16

ff.; Duplik Rz. 13 ff.).

E. 16.1

Standpunkt der Beschwerdeführerinnen Die Beschwerdeführerinnen erheben einen Anspruch auf vollständigen Erlass der Sanktion nach der Bonusregelung und rügen die Reduktion der Sanktion um lediglich 85% in der angefochtenen Verfügung hinsichtlich der Projekte (...) und (...). Der Verzicht auf einen vollständigen Erlass der Sanktion verletze die Bonusregelung und verstosse zudem gegen das Verbot

B-652/2018 Seite 67 des Zwangs zur Selbstbelastung (vgl. Beschwerde, Rz. 12, 56 ff., 66, 76; Replik, Rz. 45 ff.). Zur Begründung machen die Beschwerdeführerinnen im Einzelnen geltend, sie hätten 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 ihnen 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 über die Projekte (...) und (...) festzustellen. Der kritischen Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen zum Beweisergebnis und zur rechtlichen Würdigung habe in einem solchen Fall keine Bedeutung mehr zukommen können (vgl. Beschwerde, Rz. 108 ff.; Replik, 61). Die Beschwerdeführerinnen bestreiten des Weiteren die Auffassung der Vorinstanz im Beschwerdeverfahren, dass sie ihre Selbstanzeige zurückgezogen hätten. Der Vorhalt, sie hätten ihren Standpunkt zum Sachverhalt im Beschwerdeverfahren geändert, weil sie in ihrer Beschwerde den Konsens zu einer Angebotskoordinierung verneint hätten, sei unzutreffend und aktenwidrig. Vielmehr hätten sie bereits in ihrer Stellungnahme vom 14. Juni 2017 zum Verfügungsantrag darauf hingewiesen, dass es sich bei den Offerten der (damaligen) Prader ([...]) und ([...]) und von Foffa Conrad ([...]) 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 hätten. Vielmehr könne offenbleiben, ob ein Rückzug der Selbstanzeige nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens überhaupt noch möglich sei (vgl. Replik, 6 f., 21 ff., 33 ff.). Die Beschwerdeführerinnen führen schliesslich an, sie hätten die angezeigten Tatsachen des "Informationsaustauschs für die 'Pro-Forma-Offerten'" der (damaligen) Prader ([...]) und ([...]) und der Foffa Conrad ([...]) nie in Abrede gestellt, sondern "immer nur eine andere rechtliche Beurteilung" vertreten (vgl. Beschwerde, Rz. 7 ff., 89; Replik, Rz. 21, 37).

B-652/2018 Seite 68 Es habe sich nicht um eine Sachverhaltsschilderung gehandelt, sondern um eine Bewertung der vorgenommenen Offerteingaben zum damaligen Zeitpunkt aus Laiensicht. Die Beschwerdeführerinnen hätten die angezeigten Tatsachen beim Informationsaustausch nie in Abrede gestellt, sondern immer nur eine andere rechtliche Beurteilung vertreten (vgl. Replik, Rz. 21, 37).

E. 16.2

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

E. 16.2.1

In der angefochtenen Verfügung wird die Herabsetzung der Sanktion um 85% nach der Bonusregelung – statt eines gänzlichen Erlasses – im Wesentlichen damit begründet, dass die Beschwerdeführerinnen in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag sowohl einen Konsens über die Koordinierung der Angebote als auch einen wettbewerbswidrigen Zweck bestritten hätten. Mit Blick auf das Erfordernis einer umfassenden Kooperation nach Art. 8 Abs. 2 Bst. c SVKG seien die Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion nach der Bonusregelung deshalb nicht erfüllt (vgl. Verfügung, Rz. 185 f.). Abgesehen davon stuft die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung die Beschwerdeführerinnen hinsichtlich der vorliegend zu beurteilenden Kartellrechtsverstösse als Erstanzeigerinnen ein. Die Beschwerdeführerinnen hätten "zentrale" und "entscheidende" Beweismittel eingereicht, die den Nachweis des jeweiligen Verstosses

massgebend erleichtert hätten (vgl. Verfügung, Rz. 190 [...], Rz. 317 [...]), Rz. 432 [...]. Zudem hätten Be- zzoza Denoth ([...] und [...]) sowie Foffa Conrad ([...]) auch sonst mit den Wettbewerbsbehörden kooperiert. Die Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion nach der Bonusregelung seien beim Projekt (...) – bei dem keine "(eindeutige) Relativierung" der Selbstanzeige erfolgt sei – gegeben (vgl. Verfügung, Rz. 431 ff.) und "wären" bei den Projekten (...) und (...) "grundsätzlich erfüllt" (vgl. Verfügung, Rz. 177 ff. [...], Rz. 315 ff. [...]).

B-652/2018 Seite 69

E. 16.2.2

Demgegenüber macht die Vorinstanz im Beschwerdeverfahren geltend, die Beschwerdeführerinnen hätten durch ihr Verhalten im Beschwerdeverfahren ihren Anspruch auf Sanktionsreduktion nach der Bonusregelung "verwirkt". Die angefochtene Verfügung sei insoweit nachträglich bundesrechtswidrig geworden und im Sinne einer reformatio in peius zugunsten der Beschwerdeführerinnen abzuändern. Entsprechend beantragt die Vorinstanz nunmehr den Verzicht auf eine Reduktion des nach Art. 3-7 SVKG bemessenen Sanktionsbetrags nach der Bonusregelung (vgl. Vernehmlassung, Rz. 5, 12 ff., 21 ff.; Duplik, Rz. 13 ff.). Die Vorinstanz führt im Einzelnen aus, eine Selbstanzeigerin müsse ihre Selbstanzeige im Beschwerdeverfahren aufrechterhalten, weshalb deren Vorbringen im Beschwerdeverfahren bei der Beurteilung der Bonusregelung zu berücksichtigen seien. Die Beschwerdeführerinnen bestritten in der Beschwerde – in Abweichung von ihrem im vorinstanzlichen Verfahren vertretenen Standpunkt – einen Konsens mit der jeweiligen Zindel-Gesellschaft über die Koordinierung der Angebote bei den strittigen Bauprojekten. Sie stellten dadurch die zentrale Sachverhaltsfrage und das zentrale Beweisthema in Abrede und entzögen hierdurch ihrer Selbstanzeige das Fundament. Die Bestreitung des angezeigten Sachverhalts in einer Beschwerde sei einem Rückzug der Selbstanzeige gleichzustellen. Mit der Einreichung einer Selbstanzeige sei notwendigerweise die Anerkennung des angezeigten Sachverhalts im Sinne 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 Beschwerdeführerinnen, so die Vorinstanz weiter, gehe nicht auf und stehe ihrer eigenen Selbstanzeige entgegen. Es sei unhaltbar, dass ein Selbstanzeiger sich zunächst im erstinstanzlichen Verfahren einen Sanktionserlass oder eine Sanktionsreduktion sichern und später im Beschwerdeverfahren ohne Folgen den von ihm selbst angezeigten Sachverhalt bestreiten könne. Eine solche "Fünfer und Weggli"-Konstellation sei mit dem Sinn und Zweck des Instituts der Selbstanzeige nicht vereinbar (vgl. Vernehmlassung, Rz. 12 ff.,

E. 16.3

Würdigung des Gerichts (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

B-652/2018 Seite 70 teilweise verzichtet werden, wenn dieses an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt. Die Voraussetzungen und Modalitäten des vollständigen Sanktionserlasses werden von der KG-Sanktionsverordnung

(SVKG) in Art. 8 ff. und jene des teilweisen Sanktionserlasses in Art. 12 ff. SVKG näher ausgeführt.

E. 16.3.2

Der Gesetzgeber hat die Bonusregelung zusammen mit der direkten Sanktionierbarkeit von besonders schädlichen Kartellrechtsverstössen im Jahr 2003 in das Kartellrecht eingeführt. Denn die direkte Sanktionierbarkeit entsprechender Verhaltensweisen führte dazu, dass diese zusehends verdeckt erfolgten, weshalb den Wettbewerbsbehörden angesichts drohender Beweisschwierigkeiten ein zusätzliches Ermittlungsinstrument 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. 16.3.19). (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 internationalen Kartellrecht, 2002, S. 158, 162; ADRIAN RAAS, "Direkte" Sanktionen im Kartellgesetz: über Kosten und Nutzen, sic! 2009, 478). Kartellanten müssen im Sinne dieser präventiven Zielsetzung der Bonusregelung jederzeit damit rechnen, dass ein oder mehrere Kartellmitglieder aus dem Kartell aussteigen und dieses aufdecken, um von der Bonusregelung zu 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-652/2018 Seite 72 B-8430/2010 und B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 5.4.24, Bau- beschläge Koch bzw. E. 4.4.24, Baubeschläge Siegenia-Aubi; ROLF DÄHLER, Die wichtigsten Neuerungen im KG im Überblick, Jusletter vom 27. September 2004, Rz. 15; PATRICK KRAUSKOPF, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 49a Abs. 1-2 N. 68 ff.; MARBACH/DUCREY/WILD, a.a.O., Rz. 1949; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 121; DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der "Bonusregelung" im Kartellrecht, 2007, S. 241, 634).

E. 16.3.7

Demgegenüber bestehen Sinn und Zweck der Feststellungskoope- ration 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 Infor- mationen und Beweismittel – zu erleichtern (vgl. Botschaft KG 2002, 2038 f.; KRAUSKOPF/SENN, Die Teilrevision des Kartellrechts – Wettbe- werbspolitische Quantensprünge, sic! 2003, S. 15; MARBACH/DU- CREY/WILD, a.a.O., Rz. 1949; ZIMMERLI, a.a.O., S. 648). Dies soll dem Ri- siko begegnen, dass ein Verfahren, das die Wettbewerbsbehörden aus ei- gemem Antrieb – d.h. ohne vorgängige Selbstanzeige – eröffnen, aufgrund mangelnder Beweise blockiert oder übermässig erschwert wird (vgl. Erläu- terungen KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 8 Abs. 1 Bst. b).

E. 16.3.8

Diese unterschiedlichen Zwecke spiegeln sich in den unterschiedli- chen Voraussetzungen für eine Eröffnungs- und Feststellungskoooperation wider. Die im Rahmen der Eröffnungskoooperation vorgelegten Informatio- nen müssen den Wettbewerbsbehörden die Eröffnung einer Untersuchung nach Art. 27 KG ermöglichen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG). Sie müssen dem- entsprechend einen hinreichenden Anfangsverdacht begründen (vgl. Er- läuterungen 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 schwei- zerischen Kartellrecht, Jusletter vom 10. August 2009, Rz. 26 ff.) und des- halb von einer gewissen Qualität sein (vgl. SCHALLER/KRAUSKOPF, Pro- gramme de clémence et sanctions cartellaires, sic! 2010, 78; TAGMANN/ZIR- LICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 132). Ein wesentliches Kriterium ist dabei der Konkretisierungs- und Detaillierungsgrad der vorgelegten In- formationen (vgl. IZUMI/BAUR, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 27 N. 11). Blosser Behauptungen genereller Art genügen nicht; vielmehr müs- sen die Hinweise genügend substantiiert sein (vgl. Erläuterungen KG- Sanktionsverordnung, ad Art. 8 Abs. 1 Bst. a). Eine Eröffnungskoooperation

B-652/2018 Seite 73 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 Feststellungs- kooperation setzt demgegenüber voraus, dass das Unternehmen Beweis- mittel 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 Verstos- ses ermöglichen (vgl. Merkblatt des Sekretariats zur Bonusregelung vom 8. September 2014, Rz. 14; DÄHLER/KRAUSKOPF, a.a.O., S. 146 f.; SOM- MER, 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 ent- scheidend 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; PICT, in: OFK Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 8 SVKG N. 4; in diesem Sinne auch EuGH, C-511/06, EU:C:2009:433, Rz. 150, Archer Daniels Midland). Dies dürfte bei Einzelsubmissionsab- sprachen regelmässig nur dann der Fall sein, wenn die Selbstanzeigerin hinreichend konkrete Angaben zum untersuchten Projekt vorlegt. Entspre- chend wird der vollständige Sanktionserlass nur gewährt, wenn die Wett- bewerbsbehörden 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 Vorausset- zungen fest. Diese lauten – soweit vorliegend relevant – wie folgt: "Sie [Die Wettbewerbskommission] erlässt die Sanktion nur, wenn das Unter- nehmen: (...) der Wettbewerbsbehörde unaufgefordert sämtliche in seinem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel betreffend den Wettbewerbs- verstoss unaufgefordert vorlegt (Bst. b), während der gesamten Dauer des Verfahrens ununterbrochen, uneinge- schränkt und ohne Verzug mit der Wettbewerbsbehörde zusammenarbeitet (Bst. c) (...)."

B-652/2018 Seite 74 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 Verfahrensbeteilig- ten unbestritten (vgl. Beschwerde, Rz. 101 ff.) und entspricht herrschender Lehre (vgl. statt vieler KRAUSKOPF/SENN, a.a.O., S. 18 f.; PICT, in: OFK Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 8 SVKG N. 13 ff. ["Erlasshinde- rungsgründe"]). Die gemäss Bst. b erforderliche unaufgeforderte Vorlage sämtlicher verfügbarer Informationen und Beweismittel ist zweifellos Teil der Kooperationsobliegenheit (vgl. BANGERTER/TAGMANN, Ausgewählte Themen zum Verfahrensrecht, in: Das revidierte Kartellgesetz in der Pra- xis, 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 B-652/2018 Seite 75 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).

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 Rechtsverletzungen zurückzuführen sind (vgl. ZIBUNG/HOFSTETTER, in: Praxiskommentar VwVG, 3. Aufl. 2023, Art. 49 N. 36 ff.; Art. 105 Abs. 2 in fine

B-652/2018 Seite 76 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

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich bislang lediglich mit einzelnen Teilaspekten der Bonusregelung, nicht jedoch mit dieser sich hier erstmals stellenden Frage befasst. Es hat in seinen Urteilen in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau und Musik Hug festgehalten, dass ein Selbstanzeiger überzeugend und auf die vorgeschriebene Weise mit der Wettbewerbsbehörde kooperieren müsse, um einen vollständigen Erlass oder eine Reduktion der Sanktion zu erhalten. Dabei verwies das Bundesverwaltungsgericht auf die Bestimmungen von Art. 8 Abs. 2 Bst. c und Art. 12 Abs. 1 SVKG (vgl. zu deren Wortlaut E. 16.3.10 bzw. 16.3.13). Zu einer ausreichenden Kooperation eines Selbstanzeigers gehöre auch, dass dieser den Wettbewerbsbehörden nach bestem Wissen zutreffende Informationen und Beweismittel zur angezeigten Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung liefert (vgl. Urteile des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.5.5.5, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht; B-807/2012 E. 8.5.5.5, Erne; B-829/2012 E. 7.5.5.5 Granella; B-771/2012 Cellere; B-823/2016 vom 2. April 2020 E. 4.1.1, Musik Hug; B-710/2014 vom 16. November 2022 E. 9.2.3, Luftfracht). Für die vorliegende Fragestellung ergeben sich 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. 17.4.21 ff.).

E. 16.3.17

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. 16.3.18

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

B-652/2018 Seite 77 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. 16.3.19

In gleicher Weise hat auch die Kronzeugenregelung im EU-Kartellrecht zum Zweck, es den EU-Wettbewerbsbehörden zu ermöglichen oder zu erleichtern, wettbewerbswidriges Verhalten aufzudecken und nachzuweisen (vgl. Mitteilung der EU-Kommission über die Zusammenarbeit, Rz. 1 ff.). Gemäss Praxis der EU-Gerichte ist die Herabsetzung der Sanktion aufgrund einer Kooperation des Unternehmens im Verwaltungsverfahren deshalb nur gerechtfertigt, wenn eine solche Zusammenarbeit die Aufgabe der Kommission erleichtert, eine Zuwiderhandlung festzustellen (vgl. EuGH, C-297/98, EU:C:2000:633, Rz. 36, SCA Holding; C-325/05, EU:C:2007:277, Rz. 83, SGL Carbon; C-189/02, EU:C:2005:408, Rz. 399, 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. 16.3.20

Da die Mitwirkung nach Art. 49a Abs. 2 KG – wie erwähnt (vgl. E. 16.3.18) – 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"]; KRAUS-KOPF/SENN, a.a.O., S. 18 f. ["Informationen und Unterlagen"]; SOMMER, a.a.O., Rz. 26 ["Informationen und Beweise"]; RICHARD STÄUBER, *Kartell-*

B-652/2018 Seite 78 rechtliche 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 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. 16.3.21

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

E. 16.3.22

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

B-652/2018 Seite 79 kommen doch als weitere mögliche Beweismittel etwa auch Urkunden und Auskünfte oder Zeugnisausagen Dritter in Betracht (Art. 12 Bst. a und c VwVG, Art. 14 Abs. 1 Bst. d VwVG). Hinzu kommt, dass die Einreichung von Selbstanzeigen grundsätzlich nichts an der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes (Art. 12 VwVG) so- wie des Beweismasses (vgl. E. 7.3.2.1 f.) ändert und Aussagen von Selbst- anzeigern der freien Beweiswürdigung unterliegen (Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 BZP; vgl. Urteil des BGer 2C_845/2018 vom 3. August 2020 E. 4.1.1, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht und Urteile des BVGer B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 4.4, 4.4.5 ff., Baube- schläge Siegenia [aufgehoben]; B-771/2012 vom 25. Juni 2018 E. 6.5.5.4, Cellere; B-710/2014 vom 16. November 2022 E. 9.2.5, Luftfracht). Zudem können vorbestehende schriftliche Unterlagen einen grösseren Beweis- wert haben als Parteiauskünfte (rechtsvergleichend siehe Mitteilung der EU-Kommission über die Zusammenarbeit, Rz. 25). Dies legt den Schluss nahe, dass eine Selbstbezeichnung nicht in jedem Fall notwendiger Inhalt einer Mitwirkung sein muss.

E. 16.3.23

Insgesamt resultiert aus dem Wortlaut der Bestimmung von Art. 49a Abs. 2 KG keine eindeutige Antwort auf die Frage, ob die Anwend- barkeit der Bonusregelung voraussetzt, dass die darin vorgesehene Mit- wirkung 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 ent- hält der Wortlaut keine Antwort auf die Frage,

ob ein Selbstanzeiger auf die Erhebung von Einwänden und insoweit auf Rechtsschutz verzichten muss.

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).

B-652/2018 Seite 80

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 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 auszuübendes 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-652/2018 Seite 81 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. 17.4.21 ff.) – den Beschwerdeführerinnen kein offenkundig treuwidriges Verhalten vorgeworfen werden kann.

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

B-652/2018 Seite 82 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 Ordnungsgeber 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; HÄFE-LIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, N. 194).

E. 16.3.30

Legt man die Bestimmung von Art. 49a Abs. 2 KG 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.

B-652/2018 Seite 83 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 Ordnungsgeber 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: Hochreutener/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. GÜNTER HEINE, Zuckerbrot und Peitsche: Zur 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

B-652/2018 Seite 84 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. 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

B-652/2018 Seite 85 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 Rahmen der Bonusregelung zu

betrachten. Verordnungsrecht ist gesetzes- konform 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; d. seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige oder auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörde einstellt."

B-652/2018 Seite 86

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 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.

B-652/2018 Seite 87

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 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

B-652/2018 Seite 88 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 Kartellrechtsnovelle, WuW 2004, S. 505), ohne jedoch die Auswirkungen einer nicht umfassenden Mitwirkung näher zu erörtern (vgl. BABEY/CANAPA, Die Bonusregelung im Schweizer Kartellrecht, SJZ 2016, S. 515; DAVID/JACOBS, a.a.O., N. 794; SCHALLER/KRAUSKOPF, a.a.O., S. 80).

E. 16.4.10

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

B-652/2018 Seite 89 Selbstanzeigers bei der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung abzustellen. In diesem Sinne legt der Verordnungsgeber fest, dass für die Höhe der Reduktion die "Wichtigkeit des Beitrags des Unternehmens zum Verfahrenserfolg" massgebend sei (Art. 12 Abs. 2 SVKG). Das vom Verordnungsgeber vorgegebene Kriterium für die Festlegung der Höhe der Sanktionsreduktion ist demzufolge – im Einklang mit dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 2 KG und den Zwecken der Aufklärungs- und Ermittlungshilfe (vgl. E. 16.3.6 f.) – der objektiv feststellbare Wert des Beitrags zur Erleichterung der Aufklärung und des Nachweises des Verstosses (sog.

Mehrwert; ZIMMERLI, a.a.O., S. 650 ["beweisrechtlicher Mehrwert"]; vgl. auch DAVID/JACOBS, a.a.O., S. 274; E. 16.3.4, UNCTAD, Competition Guidelines: Leniency Programmes, 2016, Ziff. 7.1 ["value added"] sowie rechtsvergleichend die Mitteilung der EU-Kommission über die Zusammenarbeit, Rz. 5, 24 ff.). Die Mitwirkung muss sich somit in objektiv nachvollziehbarer Weise auf die Aufdeckung des Verstosses oder auf die Beweisführung und damit auf den Verfahrensausgang auswirken (vgl. SOMMER, a.a.O., Rz. 26; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 146; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 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 Wettbewerbsbehörde bereits vorliegenden Beweismittel (vgl. in Bezug auf das EU-Recht KAROLIEN PIETERS, The criteria for fixing the amount of fines for competition infringements, ELR 2003, 334).

E. 16.4.12

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

B-652/2018 Seite 90 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).

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. 49a 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-652/2018 Seite 91 (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 Beschwerdeführerinnen 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.

E. 17

Beurteilung im vorliegenden Fall

E. 17.1

Es ist vorliegend unbestritten und ergibt sich aus den Akten, dass die Beschwerdeführerinnen 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 haben. Am 30. November 2012 wies Foffa Conrad im Rahmen ihrer Bonusmeldung darauf hin, dass das Projekt (...) von einer "Absprache" betroffen gewesen sei (vgl. Sachverhalt, C).

B-652/2018 Seite 92 Am 4. Dezember 2012 wies sodann Bezzola Denoth im Rahmen ihrer Bonusmeldung darauf hin, dass sie beim Projekt (...) von Prader "Schutz" erhalten habe. Zudem habe es beim Projekt (...) möglicherweise eine "Ali-bieingabe" von Prader gegeben (vgl. Sachverhalt, C). Die Zindel-Gesellschaften haben keine Selbstanzeige eingereicht. Die Eigenschaft von Bezzola Denoth bzw. Foffa Conrad als Erstanzeigerin im Sinne von Art. 8 Abs. 1 SVKG bei den Projekten (...) und (...) bzw. (...) steht damit fest.

E. 17.2

Sodann haben die Beschwerdeführerinnen der Vorinstanz am 1. Februar 2013 und mithin bereits in einer frühen Phase des – bis zur Verfahrenstrennung am 23. November 2015 (vgl. Sachverhalt, F) einheitlich geführten – Untersuchungsverfahrens unaufgefordert je eine E-Mail der Bezzola Denoth an die (damalige) Prader vom 17. und 18. November 2011 ([...]) sowie vom 7. April 2011 ([...]) vorgelegt, welche die Vorinstanz zutreffend (vgl. E. 7.2) als entscheidendes Beweismittel für den Nachweis einer Abstimmung zwischen den jeweiligen Gesellschaften der Foffa Conrad-Gruppe und der Zindel-Gruppe über die gegenseitige Koordination der Angebote einstuft. Damit steht fest, dass die Beschwerdeführerinnen der Vorinstanz Beweismittel vorgelegt haben, welche es dieser in entscheidendem Masse überhaupt erst ermöglicht haben, den jeweils 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 bei den Projekten (...) und (...) die weiteren Voraussetzungen für den vollständigen Erlass der Sanktion nach Art. 8 ff. SVKG als erfüllt (vgl. Verfügung, Rz. 176 ff. [...]), Rz. 311 ff. [...]). Beim Projekt (...) stuft die Vorinstanz sämtliche Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass als erfüllt ein (vgl. Verfügung, Rz. 431 ff.). Da die Beschwerdeführerinnen – in ihrer Beschwerde – auch beim Projekt (...) eine Abstimmung zwischen den jeweiligen Gesellschaften der Foffa Conrad-Gruppe und der Zindel-Gruppe bestreiten, ist auf ihr Kooperationsverhalten und dessen Würdigung im Rahmen der Bonusregelung auch insoweit einzugehen (vgl. zur Frage einer anstiftenden Rolle der Beschwerdeführerinnen E. 15.4).

B-652/2018 Seite 93 Es kann vor diesem Hintergrund mangels Relevanz für den Ausgang des Verfahrens offengelassen werden, ob – wovon die Vorinstanz (vgl. Verfügung, Rz. 177 [...]), Rz. 312 [...]) und die Beschwerdeführerinnen (vgl. Beschwerde, Rz. 108) ohne nähere Begründung ausgehen – eine Feststellungskooperation vorliegt. (1) Kooperationsverhalten der Beschwerdeführerinnen

E. 17.4

Die Vorinstanz hält den Beschwerdeführerinnen 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 der jeweiligen Zindel-Gesellschaft erhoben hätten.

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 Beschwerdeführerinnen ihre Kooperationspflicht verletzt haben sollen.

E. 17.4.2

In der angefochtenen Verfügung begründet sie die Reduktion der Sanktion um 85% – statt eines vollständigen Erlasses – damit, dass die Beschwerdeführerinnen in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag sowohl eine Abstimmung über das Angebotsverhalten als auch einen wettbewerbswidrigen Zweck und damit wesentliche Elemente des Beweisergebnisses bestritten hätten. Im Einzelnen führt die angefochtene Verfügung in Bezug auf das Projekt (...) in Rz. 185 f. Folgendes aus: "Mit ihren Vorbringen im Rahmen der Stellungnahme zum Antrag stellt sich die Foffa Conrad-Gruppe nicht nur gegen die rechtliche Würdigung der Behörde, was bei der Beurteilung ihrer Selbstanzeige unberücksichtigt zu bleiben hat. Sie bestreitet auch den erwiesenen rechtserheblichen Sachverhalt, der vorliegend im Beweisergebnis [...] abgebildet ist. Insbesondere stellt sie den erwiesenen Konsens zur Angebotskoordination in Abrede; die Parteien hätten ihre Eingabesummen nicht absprechen wollen. Ebenso bestreitet sie – was ebenfalls bewiesen ist –, dass die Parteien mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei der Ausschreibung des Bauprojekts (...) nicht zu konkurrenzieren. Damit distanziert sie sich auch von ihrer früheren Aussage, wonach es sich bei ihrem Verhalten im Zusammenhang mit dem Bauprojekt (...) um einen 'klaren Verstoss' handle." (Rz. 185) "[...] Indem die Foffa Conrad-Gruppe 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. 186)

B-652/2018 Seite 94 In Bezug auf das Projekt (...) führt die angefochtene Verfügung in Rz. 315 f. Folgendes aus: "Wie beim Bauprojekt (...) bestreitet die Foffa Conrad-Gruppe in ihrer Stellungnahme vom 14. Juni 2017 zum Antrag des Sekretariats jedoch den erwiesenen rechtserheblichen Sachverhalt, der vorliegend im Beweisergebnis (Rz 226) abgebildet ist. Insbesondere stellt sie den erwiesenen Konsens zur Angebotskoordination in Abrede. Ebenso 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 sie von PRADER beim Bauprojekt (...) "Schutz" erhalten habe und der entsprechende Verstoss durch E-Mail belegt sei (...)." (Rz. 315 f.)

E. 17.4.3

Demgegenüber vertritt die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung zur Beschwerde die Einschätzung, dass die Beschwerdeführerinnen erst im Beschwerdeverfahren einen Konsens über die Angebotskoordination bestritten würden (vgl. E. 16.2.2). Sie hält diesbezüglich in Rz. 18 f. in Bezug auf die Projekte (...), (...) und (...) Folgendes fest [Hervorhebungen hinzugefügt]: "Dabei fällt auf, dass die Beschwerdeführerinnen in ihrer Beschwerde nun bestritten, dass es bei den strittigen Bauprojekten zu einer Angebotskoordination gekommen ist. [...] Der Vergleich zwischen den ursprünglichen Vorbringen und den Ausführungen in der Beschwerde offenbart, dass die Beschwerdeführerinnen ihren Standpunkt zum Sachverhalt geändert haben. Sie verneinen nunmehr in

sämtlichen Fällen, 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 Beschwerdeführerinnen zwar bereits im vorinstanzlichen Verfahren einen Konsens über die Angebotskoordination bestritten hätten, diese Bestreitung jedoch im Beschwerdeverfahren "in erster Linie und expliziter als im vorinstanzlichen Verfahren" erfolge. Die Beschwerdeführerinnen hätten im Verfahren vor der Vorinstanz "primär bezweifelt", dass sie mit ihrem Verhalten einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt hätten. Im Einzelnen führt die Vorinstanz in ihrer Duplik Folgendes aus (Rz. 6 f., 15 [Hervorhebungen hinzugefügt]): "[...] Im Verfahren vor der Vorinstanz haben die Beschwerdeführerinnen primär bezweifelt, dass sie mit ihrem Verhalten einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt hätten. Da sie damit die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz zum 'verfolgten Zweck' in Frage gestellt haben, gewährte ihnen die Vorinstanz in zwei Fällen keinen vollständigen Sanktionserlass, sondern setzte die Sanktionsreduktion auf 85% fest [...]." (Rz. 6)

B-652/2018 Seite 95 "Im Beschwerdeverfahren bestreiten die Beschwerdeführerinnen nun in erster Linie und expliziter als im vorinstanzlichen Verfahren, dass zwischen den beteiligten Unternehmen bei den strittigen drei Bauprojekten ein Konsens zur Angebotskoordinierung vorgelegen habe. Insofern gehen ihre Sachverhaltsbestreitungen im Beschwerdeverfahren weiter als im vorinstanzlichen Verfahren. Hätten die Beschwerdeführerinnen das Vorliegen eines natürlichen (tatsächlichen) Konsenses bereits im vorinstanzlichen Verfahren in dieser expliziten Form in Abrede gestellt, hätte ihnen die Vorinstanz keine Sanktionsreduktion unter dem Titel der Selbstanzeige gewährt." (Rz. 7) Demnach begründet die Vorinstanz ihr Eventualbegehren im Beschwerdeverfahren, wonach die Reduktion der Sanktion um 85% nach der Bonusregelung zu bestätigen sei (vgl. Sachverhalt, Q), in der Duplik zur Hauptsache damit, dass die Beschwerdeführerinnen im vorinstanzlichen Verfahren einen wettbewerbswidrigen Zweck bestritten hätten. (2) Einwände der Beschwerdeführerinnen 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 Beschwerdeführerinnen erhoben haben, die für die Beurteilung ihres Kooperationsverhaltens von Belang sein könnten.

E. 17.4.6

Die angefochtene Verfügung beanstandet hinsichtlich des Projekts (...) die folgenden Aussagen in der Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen zum Verfügungsantrag, die in Rz. 180 der Verfügung wörtlich wiedergegeben werden: "Das Verhalten der beiden Parteien war 'untypisch', weil es eben kein Konkurrenzverhältnis gab. Die Parteien wollten auch nicht ihre Eingabesummen absprechen. [...] Das Verhalten der Parteien war daher zu einer Beschränkung des tatsächlichen Wettbewerbs von vornherein nicht geeignet." (Stellungnahme zum Verfügungsantrag, Rz. 4) "Anders als das Sekretariat im Rahmen des verfolgten Zwecks annimmt, ging es weder darum, die Zuschlagschancen für Bezzola Denoth zu wahren, noch darum, den Wettbewerb unter den Beteiligten zu verhindern."

(Stellungnahme zum Verfügungsantrag, Rz. 5) "[...] Nur rein theoretisch ist es zutreffend, dass Prader bei Zuschlagserteilung grundsätzlich das fragliche Projekt hätte ausführen können. Das wäre aber nur unter Inkaufnahme eines Verlustes möglich gewesen und war somit in der Praxis irrelevant. Prader war daher wegen der zu grossen Entfernung keine B-652/2018 Seite 96 echte Konkurrentin für dieses (...) -Projekt in (...)." (Stellungnahme zum Verfügungsantrag, Rz. 6). Würdigt man die vorerwähnten Aussagen in der Stellungnahme zum Verfügungsantrag nach Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV; vgl. BGE 108 V 84 E. 3a), so sprechen die Beschwerdeführerinnen die Frage eines potentiellen oder tatsächlichen Konkurrenzverhältnisses als Merkmal einer horizontalen Abrede (vgl. E. 9.1.3) und das Tatbestandsmerkmal des Bestehens einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG an (vgl. E. 9.2 ff.), nicht aber die Frage, ob sie sich jeweils an einer Abstimmung mit der jeweiligen Zindel-Gesellschaft über das Marktverhalten beteiligt haben. Darauf deutet insbesondere die im einleitenden Satz von Rz. 5 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 Beschwerdeführerinnen 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 Beschwerdeführerinnen darin eine Abstimmung über das Eingabeverhalten bestreiten. Entsprechendes legt die Vorinstanz auch nicht nachvollziehbar dar. Vielmehr lässt sich dem jeweiligen Passus weder eine Bestreitung noch eine Anerkennung einer Abstimmung entnehmen.

E. 17.4.7

Es bleibt zu prüfen, ob die Beschwerdeführerinnen an anderer Stelle ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag oder in anderen Eingaben die Beteiligung an einer Abstimmung über das Eingabeverhalten bei den in Frage stehenden Projekten bestreiten.

E. 17.4.8

Die Beschwerdeführerinnen halten in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag etwa in Bezug auf das Projekt (...) fest, es sei "fraglich", ob es überhaupt eine Abrede gegeben habe, dass Bezzola Denoth den Zuschlag erhalten sollte. Denn dies hätten Prader und Bezzola Denoth nicht mit Aussicht auf Erfolg vereinbaren können (vgl. Rz. 12). Die Aussage, die unter der Überschrift "2. Erwägungen" steht, ist mehrdeutig. Beim Begriff der Wettbewerbsabrede handelt es sich 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 Beschwerdeführerinnen, wonach eine "Abrede [...] fraglich" sei, ergibt sich nicht, ob sie sich einzig gegen die rechtliche Würdigung oder (auch)

B-652/2018 Seite 97 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. Auch der textliche Kontext der Aussage, wonach fraglich sei, ob eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wurde, erlaubt demnach nicht den Schluss, dass die Beschwerdeführerinnen ein Einvernehmen über das Eingabeverhalten bestreiten.

E. 17.4.9

Auch in Bezug auf das Projekt (...) machen die Beschwerdeführerinnen in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag geltend, die Beweiswürdigung des Sekretariats sei "fragwürdig". Zugleich bringen sie vor, eine gemeinsame Willensübereinstimmung zwischen Bezzola Denoth und Prader mit dem Inhalt, sich nicht zu konkurrenzieren, sei "nicht bewiesen". Vielmehr sei es ebenso gut möglich, dass Prader sich "einseitig" zur Offerteingabe entschieden habe. Sie führen im Einzelnen Folgendes aus: "Der Sachverhalt ist unstrittig, die Beweiswürdigung durch das Sekretariat wiederum fragwürdig." (Stellungnahme zum Verfügungsantrag, Rz. 21). "Das Beweisergebnis des Sekretariats (Rz. 194 des Antrags) ist wiederum vom erstellten Sachverhalt nicht gedeckt. Es ist nicht bewiesen, dass Bezzola Denoth und Prader den gemeinsamen Willen hatten, sich beim Projekt (...) nicht zu konkurrenzieren. Es ist ebenso gut möglich, wenn nicht wahrscheinlicher, dass Prader einseitig beschlossen hatte, nur eine 'Pro-Forma-Offerte' einzureichen, weil sie sich zu einem wettbewerbsfähigen Angebot nicht in der Lage sah und das dem TBA bereits mitgeteilt hatte" (Stellungnahme zum Verfügungsantrag, Rz. 24) Es ist des Weiteren auf die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen an der Anhörung durch die Vorinstanz am 4. September 2017 einzugehen. Das Plädoyer der Beschwerdeführerinnen enthielt gemäss den Foliennotizen ebenfalls die Aussage "Wettbewerbsabrede in beiden Fällen [Anmerkung: (...) und (...)] fraglich". Die betreffende Folie trägt die Überschrift "3. Rechtliche Würdigung" (vgl. act. 79 [22-0460, S. 7]). Unterhalb der zitierten Aussage wird unter anderem zusammengefasst ausgeführt, Prader habe Bezzola Denoth keinen Schutz gewährt, zumal eine Schutznahme im Sinne der von der Vorinstanz verwendeten Umschreibung die Beteiligung aller offerierenden Unternehmen voraussetze. Es sei fraglich, ob eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt worden sei. Das "Bezweifeln einer Wettbewerbsabrede" dürfe nicht dazu führen, dass die Selbstanzeige in Zweifel gezogen werde (S. 7 f.). Ob ein mitgeteilter Sachverhalt eine

B-652/2018 Seite 98 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 Beschwerdeführerinnen an der Anhörung durch die Vorinstanz eine Abstimmung in Abrede gestellt haben. Der aufgezeigte systematische und textliche Rahmen des betreffenden Einwands, wonach eine "Wettbewerbsabrede in beiden Fällen fraglich" sei, deutet vielmehr darauf hin, dass die Beschwerdeführerinnen ihr Vorbringen als rechtlichen Einwand verstanden haben wollten.

E. 17.4.10

Die Beschwerdeführerinnen bringen in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag weiter vor, das Verhalten der (damaligen) Prader bei den Projekten (...) und (...) sowie von Foffa Conrad beim Projekt (...) sei auf deren jeweils "einseitig getroffenen Entschluss" zurückzuführen (vgl. Rz. 10 [...], 24 [...], 32 f. [...]). Die entsprechenden Passagen lauten wie folgt [Hervorhebungen hinzugefügt]: "(10) [...] Dem liegt die irriige Annahme zugrunde, dass erst die Verhaltensabstimmung dazu geführt habe, dass die beiden Unternehmen bei diesem Projekt nicht konkurrierten. Doch zum einen bestand bereits seit 25 Jahren kein Konkurrenzverhältnis beim Hochbau im Unterengadin, zum anderen ging das Verhalten auf den einseitig getroffenen Entschluss Praders zurück, sich aus geschäftspolitischen Überlegungen nur formell an dem Einladungsverfahren zu beteiligen und eine reine 'Pro-Forma-Offerte' einzureichen. Daher ist es fraglich, ob eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wurde (entgegen Rz. 90 des Antrags)." (Rz. 10 [...]) "(24) [...] Es ist ebenso gut möglich, wenn nicht wahrscheinlicher, dass

Prader einseitig beschlossen hatte, nur eine 'Pro-Forma-Offerte' einzureichen, weil sie sich zu einem wettbewerbsfähigen Angebot nicht in der Lage sah und das dem TBA bereits mitgeteilt hatte." (Rz. 24 [(...)]) Mit dem Vorbringen, die (damalige) Prader habe bei den Projekten (...) und (...) gestützt auf einen jeweils "einseitig getroffenen Entschluss" ein Angebot eingereicht, bringen die Beschwerdeführerinnen klar zum Ausdruck, dass Prader ihr Angebot autonom ausgearbeitet habe. Dies deutet darauf hin, dass die Beschwerdeführerinnen eine Abstimmung mit Prader bestreiten. Es verbleiben jedoch unter Berücksichtigung der anderen Aussagen gewisse, nicht unerhebliche Zweifel, ob die Beschwerdeführerinnen sich damit hinreichend klar gegen das Vorliegen einer Abstimmung wenden. So distanzieren sich die Beschwerdeführerinnen in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag nicht klar von ihren früheren Aussagen, in denen sie eine Abstimmung eingeräumt hatten (vgl. E. 7.3.12 ff.). Auch die Vorinstanz geht B-652/2018 Seite 99 im Beschwerdeverfahren – wie aufgezeigt (vgl. E. 17.4.1 ff.) – davon aus, dass die Beschwerdeführerinnen eine Abstimmung im Untersuchungsverfahren nicht klar bestritten haben.

E. 17.4.11

Ob die Beschwerdeführerinnen im vorinstanzlichen Verfahren eine Abstimmung mit der jeweiligen Zindel-Gesellschaft über die Angebotskoordination bei den in Frage stehenden Projekten bestritten haben, kann letztlich offengelassen werden, zumal sie in ihrer Beschwerde einen Konsens über das Eingabeverhalten jeweils klar in Abrede stellen. Dieser Einwand hat sich im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht jedoch als unbegründet erwiesen (vgl. E. 7).

E. 17.4.12

Bei der Beurteilung des von der Selbstanzeigerin erbrachten Mehrwerts ist auch deren Kooperationsverhalten in einem allfälligen Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht miteinzubeziehen, zumal dieses volle Kognition hat und seiner Entscheidung den Sachverhalt zugrunde legt, wie er sich im Zeitpunkt des Urteils verwirklicht hat (Art. 49 Bst. b und Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG; vgl. BVGE 2012/21 E. 5; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, Rz. 1021; PAUL RICHLI, *Verfahren und Rechtsschutz*, in: Roger Zäch [Hrsg.], *Das Kartellgesetz in der Praxis*, 2000, S. 130 ff., 163 f.; ZIBUNG/HOFSTETTER, 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 Verfahrensteiligen auch die wirksame Durchsetzung des materiellen Rechts sicherzustellen hat (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2003-4 vom 9. Juni 2005 E. 6.2.3, *Telekurs Multipay*, veröffentlicht in: RPW 2005/3, S. 554 ff.).

E. 17.4.13

Wie erwähnt (vgl. E. 16.3.10 ff.), setzt der vollständige Erlass der Sanktion nach der Bonusregelung die uneingeschränkte Kooperation des Selbstanzeigers (Art. 8 Abs. 2 Bst. c SVKG) voraus. Die Beschwerdeführerinnen haben jedenfalls im Beschwerdeverfahren eine Abstimmung zwischen der jeweiligen Foffa Conrad-Gesellschaft und der (damaligen) Prader ([...] und [...]) sowie Crestageo ([...]) klar bestritten und damit das zentrale

Merkmal des Beweisergebnisses in Abrede gestellt. Sie haben dadurch eine Voraussetzung für den vollständigen Erlass der Sanktion, nämlich die uneingeschränkte Kooperation bei der Aufklärung des in Frage

B-652/2018 Seite 100 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 Beschwerdeführerinnen bringen keine stichhaltigen Gründe vor, die es nachvollziehbar erscheinen liessen, weshalb sie die Beteiligung an den selbst angezeigten Verstössen nachträglich bestreiten (vgl. E. 7.3.17); solche Gründe sind auch nicht ersichtlich. Sie haben 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 Beschwerdeführerinnen Anspruch auf eine Reduktion der Sanktion haben. 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 Beschwerdeführerinnen und den damit verbundenen Mehrwert zu reduzieren ist.

E. 17.4.15

Vorliegend haben die Beschwerdeführerinnen die Wettbewerbsbehörden in einem frühen Zeitpunkt des Verfahrens als erstes – und einziges – Unternehmen auf die in Frage stehenden Verstösse aufmerksam gemacht (vgl. E. 17.1). Sodann stützt sich die vorinstanzliche Beweismittelwürdigung für den Nachweis einer Abstimmung nicht auf ein "Geständnis" der Beschwerdeführerinnen im Sinne einer Selbstbezeichnung (vgl. Verfügung, E. 7.3.6). Vielmehr erachtet sie die von den Beschwerdeführerinnen im Rahmen der Selbstanzeige unaufgefordert vorgelegten E-Mails von Bezzola Denoth an die (damalige) Prader vom 17. und 18. November 2011 (...) und vom 7. April 2011 (...) sowie das Faxschreiben von Crestageo an Foffa Conrad vom 30. Juli 2008 (...) als entscheidende Beweismittel für eine Abstimmung; und dies zu Recht, wie die gerichtliche Überprüfung der Beweismittelwürdigung ergeben hat (vgl. E. 7.3.6 ff.). Für die vorliegende Beurteilung von Bedeutung ist des Weiteren, dass die Beschwerdeführerinnen im Beschwerdeverfahren – wie bereits in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag – keine spezifischen Einwände gegen den Beweiswert der von ihnen vorgelegten E-Mails an die (damalige) Prader vom 17. und

E. 17.4.16

Die Beschwerdeführerinnen bestreiten demzufolge die äusseren Tatsachen, aus denen die Vorinstanz wie auch das Bundesverwaltungsgericht eine Abstimmung herleiten (vgl. E. 7.3), nämlich die Übersendung je einer vorkalkulierten Offerte an die (damalige) Prader durch Bezzola Denoth (...) und (...), ausdrücklich nicht. Vielmehr bestreiten sie im Beschwerdeverfahren lediglich den daraus gezogenen Schluss der Vorinstanz, dass ein Konsens im Sinne einer übereinstimmenden Willensäusserung über das Eingabeverhalten vorgelegen habe. Sie bestreiten 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 bringen diesbezüglich vor, die (damalige) Prader ([...]) und ([...]) und Foffa Conrad ([...]) hätten je- weils einen einseitigen Entschluss getroffen, sich "formell" an der Aus- schreibung zu beteiligen (vgl. Beschwerde, Rz. 26 f., 29, 48, 62 f.; Replik, Rz. 19; Stellungnahme zum Verfügungsantrag, Rz. 10). Die Beschwerde- führerinnen vertreten demnach im Beschwerdeverfahren eine andere Sachverhaltsdarstellung, was die inneren Tatsachen anbelangt, und inso- weit 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 Beschwerdeführerinnen [Hervorhebungen hinzugefügt]: "Der Sachverhalt, wie er von der Weko im Projekt (...) aufgrund der Auskünfte und Aussagen der Parteien erstellt wurde (Verfügung, Rz. 38-54), ist unbe- stritten. Die von der Weko vorgenommene Beweiswürdigung (Verfügung, Rz. 55 ff.) ist jedoch falsch und verstösst gegen die geschilderten Grundsätze der Beweisführungspflicht [...]. Aus den getroffenen Feststellungen der Weko ergibt sich vielmehr, dass eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG nicht erwiesen ist" (Beschwerde, Rz. 21) "Das Beweisergebnis der WEKO (...) ist infolgedessen vom erstellten Sach- verhalt nicht gedeckt [...]." (Beschwerde, Rz. 47 [(...))

B-652/2018 Seite 102 "Der Sachverhalt, wie er von der Weko aufgrund der Auskünfte und Aussagen der Parteien erstellt wurde (Verfügung, Rz. 195-208), ist wie beim Projekt (...) unbestritten. Die von der Weko vorgenommene Beweiswürdigung (Verfügung, Rz. 209 ff.) ist jedoch erneut falsch und verstösst gleichfalls gegen die geschil- derten Grundsätze der Beweisführungspflicht (III.1.1). Aus den getroffenen Feststellungen der Weko ergibt sich, dass eine unzulässige Wettbewerbsab- rede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG nicht bewiesen ist." (Beschwerde, Rz. 44 [(...))

E. 17.4.18

Aus dem Gesagten folgt, dass die Beschwerdeführerinnen den Wert der Ermittlungshilfe, die sie im vorinstanzlichen Verfahren als Selbst- anzeigerinnen erbracht haben, zwar geschmälert haben, indem sie im Be- schwerdeverfahren eine Abstimmung in Abrede stellten, was – wie erwähnt (vgl. E. 17.4.13) – zu einem zusätzlichen Prüfungs- und Begründungsauf- wand des Bundesverwaltungsgerichts geführt hat. Dieser erwies sich indes als eher gering, zumal der Einwand der Beschwerdeführerinnen aufgrund der Akten leicht entkräftet werden kann. So stellt sich das in diesem Zu- sammenhang angeführte Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, die (da- malige) Prader ([...]) und ([...]) und Foffa Conrad ([...]) hätten ihr Angebot aus freiem Entschluss eingereicht, als unbehelflich heraus (vgl. E. 7.3.11).

E. 17.4.19

Dementsprechend erscheint der (Mehr-)Wert der Ermittlungshilfe auch im jetzigen Zeitpunkt weiterhin erheblich, zumal der Einwand sich auf die Bewertung der äusseren Tatsachen beschränkt und sich nicht spezi- fisch gegen den Beweiswert der erwähnten E-Mails richtet. Vielmehr führen die Beschwerdeführerinnen für den Fall, dass jeweils von einer Wettbe- werbsabrede ausgegangen werde, an, die übergebenen Beweismittel und getätigten Aussagen hätten ausgereicht, um es der Vorinstanz zu ermögli- chen, einen Wettbewerbsverstoss festzustellen (vgl. Beschwerde, Rz. 108). Damit räumen sie ein, dass

den betreffenden E-Mails ([...] und [...]) ein erheblicher Wert als Beweismittel zukommt. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz im Beschwerdeverfahren kann daher nicht die Rede davon sein, dass das Verhalten der Beschwerdeführerinnen in der Sache einem Rückzug der Selbstanzeige gleichkomme. 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.

B-652/2018 Seite 103

E. 17.4.20

Inwieweit die Einwände der Beschwerdeführerinnen in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag den zuvor im Verfahren der Wettbewerbsbehörden erbrachten Mehrwert geschmälert haben, braucht deshalb nicht abschliessend beurteilt zu werden. Denn die Vorinstanz zeigt weder schlüssig auf noch ist ersichtlich, dass die Einwände der Beschwerdeführerinnen zu einem wesentlichen zusätzlichen Prüf- und Begründungsaufwand der Vorinstanz geführt haben. Nicht näher zu prüfen ist die Bedeutung des Einwands der Beschwerdeführerinnen für die Anwendung der Bonusregelung, die jeweilige Foffa Conrad-Gesellschaft habe keine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt. Dieser Einwand betrifft die Motive der Beschwerdeführerinnen, die – wie aufgezeigt (vgl. E. 9.2 ff.) – bei der Beurteilung, ob das Tatbestandsmerkmal des Bezweckens einer Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt, grundsätzlich unerheblich sind. Der Einwand hatte für die gerichtliche Beurteilung im vorliegenden Beschwerdeverfahren denn auch keinen relevanten Mehraufwand zur Folge. Es ist zudem nicht ersichtlich, dass seine Behandlung im vorinstanzlichen Verfahren einen erheblichen Aufwand bewirkt hat. Wenn der entsprechende Einwand für die Beurteilung, ob eine Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt, unerheblich ist, vermag er den erbrachten Mehrwert nicht in erheblicher Weise zu beeinträchtigen. Umso weniger kann er – auch im Lichte der Verteidigungsrechte (vgl. E. 16.3.32) – einen Verzicht auf jede Reduktion der Sanktion rechtfertigen. (3) Treu und Glauben

E. 17.4.21

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

E. 17.4.22

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

B-652/2018 Seite 104 oder rechtsmissbräuchlich verhält (vgl. BGE 137 V 394 E. 7 [Staatshaf-tungsanspruch]; 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 verletzt, ist mithin den völker- und verfassungsmässigen Garantien eines wirksamen Rechtsschutzes von Art. 29a BV und Art. 6 und 13 EMRK Rechnung zu tragen (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 17.4.22, Engadin IV Foffa Conrad; vgl. auch E. 16.3.32).

E. 17.4.23

Einzugehen ist in diesem Zusammenhang zunächst auf den Einwand der Vorinstanz, es komme einer "Fünfer und Weggli"-Konstellation gleich, die mit dem Sinn und Zweck der Bonusregelung nicht vereinbar sei, wenn eine Selbstanzeigerin sich zunächst im erstinstanzlichen Verfahren einen Sanktionserlass oder eine Sanktionsreduktion sichere und später im Beschwerdeverfahren ohne Folgen den von ihr selbst angezeigten Sachverhalt bestreite. Die Vorinstanz gibt den Sachverhalt jedoch verkürzt wieder: Die Beschwerdeführerinnen machen – was die Vorinstanz in ihrer Duplik auch festhält (Rz. 26) – im Beschwerdeverfahren einen Anspruch auf vollständigen Erlass der Sanktion nach der Bonusregelung lediglich eventueliter geltend. Sie begründen ihren Hauptantrag auf Aufhebung der ihnen auferlegten Sanktion (vgl. Sachverhalt, P) in erster Linie damit, dass eine "Wettbewerbsabrede nicht bewiesen" sei (vgl. Beschwerde, Rz. 10, 21 ff.) und erheben zur Hauptsache Einwände gegen die tatsächliche und rechtliche Würdigung ihres Verhaltens als unzulässige Wettbewerbsabrede. Nur im Sinne einer Eventualargumentation machen sie geltend, selbst wenn hypothetisch angenommen werde, dass die rechtliche Beurteilung der Vorinstanz zutreffe und eine unzulässige Wettbewerbsabrede vorliege, hätte

B-652/2018 Seite 105 ihnen die Sanktion gestützt auf die Bonusregelung erlassen werden müssen, weil sie alle Voraussetzungen für einen Sanktionserlass nach der Bonusregelung erfüllt hätten (vgl. Beschwerde, Rz. 98 ff.).

E. 17.4.24

Im Einzelnen führen die Beschwerdeführerinnen in ihrer Replik Folgendes aus [Hervorhebungen hinzugefügt]: "(55) Die Vorinstanz verkennt, dass der Anspruch der Beschwerdeführerin auf einen vollständigen Sanktionserlass nach der Bonusregelung vor allem dann begründet ist, wenn der Informationsaustausch für die Abgabe der 'Pro-Forma-Angebote' bei den relevanten Projekten jeweils als unzulässige Wettbewerbsabrede zu qualifizieren ist. Die Beschwerdeführerin hat das in der Beschwerde hypothetisch angenommen (Rz. 98-110). (56) 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. 57-59). 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 unzulässigen Wettbewerbsabreden ausgegangen wird." (Replik, Rz. 55 f.) Daraus ergibt sich, dass die Beschwerdeführerinnen – wie erwähnt – im Beschwerdeverfahren einen Anspruch auf vollständigen Erlass der Sanktion nach der Bonusregelung lediglich für den Fall geltend machen, dass bei den in Rede stehenden Projekten jeweils von einer unzulässigen Wettbewerbsabrede auszugehen sei.

E. 17.4.25

Schliesslich wird von der Vorinstanz weder stichhaltig dargelegt noch ist ersichtlich, dass das Verhalten der Beschwerdeführerinnen sonstwie gegen Treu und Glauben verstossen hat. Dass die Beschwerdeführerinnen eine andere Bewertung der – nicht bestrittenen – äusseren Tatsachen (Informationsaustausch in Form der Zusendung je einer vorkalkulierten Offerte an die [damalige] Prader [(...) und (...)] und einer von Crestageo vorkalkulierten Offerte an Foffa Conrad [(...)] als die Vorinstanz geltend machen, begründet noch kein offenkundig treuwidriges Prozessverhalten, zumal die Einwände der Beschwerdeführerinnen sich – wie erwähnt (vgl. E. 17.4.15) – nicht spezifisch gegen den Beweiswert der von ihnen vorgelegten E-Mails an die (damalige) Prader ([...] und [...]) und des Faxschreibens von Crestageo an Foffa Conrad ([...]) als zentrale Beweismittel für eine Abstimmung über das Eingabeverhalten richten.

B-652/2018 Seite 106 (4) Bemessung der Sanktionsreduktion

E. 17.4.26

Ausgehend davon, dass die Beschwerdeführerinnen bei den in Frage stehenden Projekten einen Anspruch auf Sanktionsreduktion unter dem Aspekt der Bonusregelung haben, stellt sich die Frage nach deren Bemessung.

E. 17.4.27

Während die Regelung in der SVKG – wie aufgezeigt – neben der Kategorie des vollständigen Erlasses nach Art. 8 ff. SVKG einzig die Möglichkeit der Reduktion bis 50% nach Art. 12 ff. SVKG vorsieht, ermächtigt die formell-gesetzliche Grundnorm von Art. 49a Abs. 2 KG die 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. 17.4.28

Bei dieser Ausgangslage muss es den Wettbewerbsinstanzen in Ausnahmefällen möglich sein, in Abweichung von den Kategorien in der SVKG, die wie erwähnt (Art. 60 KG; E. 16.3.17) 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 (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 7.4.28, Engadin IV Foffa Conrad, m.w.H.).

B-652/2018 Seite 107 (5) Reformatio in peius

E. 17.4.29

Indem die Vorinstanz im vorliegenden Beschwerdeverfahren beantragt, es sei der Sanktionsbetrag um lediglich 20% zu reduzieren, regt sie eine reformatio in peius an (vgl. zur Rechtsnatur des vorinstanzlichen Antrags BGE 107 Ib 167 E. 1). Nach Art. 62 Abs. 2 VwVG kann die Beschwerdeinstanz die angefochtene Verfügung zuungunsten einer Partei ändern, soweit diese Bundesrecht verletzt oder auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des 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. 9.2.17 ff., Autoleasing CA Auto Finance Suisse; B-6888/2018 vom 18. Februar 2019 E. 11; B-3328/2015 vom

E. 17.4.30

Der Wert der von den Beschwerdeführerinnen erbrachten Aufklärungs- und Ermittlungshilfe als "Beitrag zum Verfahrenserfolg" (Art. 12 Abs. 2 SVKG) ist aufgrund des Gesagten nach wie vor, d.h. auch unter Berücksichtigung ihres Verhaltens im Beschwerdeverfahren, erheblich. Insgesamt haben die Beschwerdeführerinnen – wie aufgezeigt (vgl. E. 17.4.15 ff.) – den erbrachten objektiven Mehrwert, den sie im vorinstanzlichen Verfahren zur Aufklärung des jeweiligen Verstosses geleistet haben, durch ihre Einwände im Beschwerdeverfahren nur geringfügig geschmälert. Nach dem Gesagten erweist sich die Gewährung einer Sanktionsreduktion im Umfang von 85% mit Blick auf das Ermessen der Wettbewerbsinstanzen (vgl. E. 15.3.6) im Ergebnis nicht als bundesrechtswidrig. Damit fehlt es an der ersten Voraussetzung für eine Verschlechterung der Rechtslage der Beschwerdeführerinnen. 17.4.31 Selbst wenn man die Voraussetzungen der Bemessung der Sanktionsreduktion anders beurteilen würde, wären die weiteren Voraussetzungen einer reformatio in peius nicht erfüllt. Von einer solchen ist – insbesondere in Fällen, in denen die Vorinstanz ein Ermessen hat – zurückhaltend Gebrauch zu machen. Diese ist auf Fälle zu beschränken, in denen der angefochtene Entscheid offensichtlich unrichtig und die Korrektur von erheblicher Bedeutung ist (vgl. BGE 105 Ib

348 E. 18; Urteile des 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-3328/2015 vom 18. Oktober 2017 E. 3.1; B-6888/2018 vom 18. Februar 2019 E. 11). 17.4.32 Nach der Einschätzung des Bundesverwaltungsgerichts steht die in der angefochtenen Verfügung unter dem Gesichtspunkt der Bonusregelung vorgenommene Herabsetzung der Sanktion um 85% (...) und (...) nicht in einem offenkundigen Missverhältnis zum Umfang des erbrachten Mehrwerts. Es ist vielmehr zu berücksichtigen, dass die Wettbewerbsinstanzen – wie erwähnt – bei der Bemessung der Sanktionsreduktion nach der Bonusregelung ein weites Ermessen haben. Eine in jeder Hinsicht

B-652/2018 Seite 109 exakte Beurteilung des Werts der Aufklärungs- und Ermittlungshilfe ist nicht möglich (vgl. E. 16.3.25). Eine Sanktionsreduktion im oberen Drittel des Spektrums erscheint vor diesem Hintergrund angesichts des erbrachten erheblichen Mehrwerts nicht als offensichtlich fehlerhaft. 17.4.33 Die so bemessene Sanktionsreduktion liegt zudem hinreichend deutlich unter der Obergrenze von 100%, welche die Bonusregelung für Erstanzeiger vorsieht, die die weiteren Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass erfüllen. Sie birgt insgesamt und entgegen der von der Vorinstanz im Beschwerdeverfahren geäußerten Auffassung (vgl. Vernehmung, Rz. 17, 25) keine Gefahr, dass die Wirksamkeit der Bonusregelung – insbesondere der angestrebte Wettbewerb um den vollständigen Erlass (vgl. E. 16.3.12) – geschmälert wird. 17.4.34 Die in der angefochtenen Verfügung unter dem Aspekt der Bonusregelung vorgesehene Reduktion der Sanktion um 85% erscheint aus diesen Gründen weder offensichtlich unrichtig noch besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse an einer Herabsetzung des Bonus bzw. einer Erhöhung der Sanktion. Vielmehr spricht das öffentliche Interesse an einer attraktiven und damit wirksamen Bonusregelung gegen eine restriktive Handhabung derselben. Für eine reformatio in peius besteht demzufolge kein Anlass. Die in der angefochtenen Verfügung unter dem Gesichtspunkt der Bonusregelung vorgenommene Sanktionsreduktion um 85% ist im Ergebnis deshalb nicht zu beanstanden.

E. 18

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

E. 18.1

Die Beschwerdeführerinnen sehen im Schreiben des Sekretariats im Auftrag des Präsidenten der Vorinstanz vom 15. August 2017, mit dem diese die Beschwerdeführerinnen zur Stellungnahme dazu aufforderte, ob das Verhalten der Parteien im Zusammenhang mit dem in Frage stehenden Projekt zumindest potentielle Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse gehabt habe (vgl. Sachverhalt, L), und "vor allem" im teilweisen Entzug des Sanktionserlasses wegen angeblicher Distanzierung von der Selbstanzeige eine Ausübung missbräuchlichen Zwangs. Sie führen in Bezug auf das fragliche Schreiben aus, eine aus ihrer Sicht wahrheitswidrige

B-652/2018 Seite 110 Aussage, wonach sie mit dem Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt hätten, habe die Vorinstanz auf keinen Fall erzwingen dürfen, zumal es sich hierbei um eine Aussage mit Geständnischarakter handle (vgl. Beschwerde, Rz. 79 ff.; Replik, Rz. 47 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 Beschwerdeführerinnen auf die Folgen ihrer mangelhaften Selbstanzeige hingewiesen habe (vgl. Vernehmlassung, Rz. 13, 29, 53 ff.).

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

B-652/2018 Seite 111 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 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.). Das Bundesgericht orientiert sich dabei weitgehend an der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 EMRK, zumal es den Garantien der Bundesverfassung insoweit keinen weitergehenden Gehalt beimisst (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 BVerfG 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 BVerfG B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 5.3.2, Nikon).

E. 18.4.1

Die Beschwerdeführerinnen beanstanden 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 [Hervorhebungen hinzugefügt]:

B-652/2018 Seite 112 "Wir beziehen uns auf die Stellungnahme der Foffa Conrad-Gruppe vom 14. Juni 2017 zum Antrag des Sekretariats der Wettbewerbskommission vom 29. März 2017 (Art. 30 Abs. 2 KG). Darin stellen die Bezzola Denoth AG und die Foffa Conrad AG unter anderem in Frage, dass das Verhalten der Parteien im Zusammenhang mit den Bauprojekten (...) (2011), (...) (2011) sowie (...) (2008) eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt habe." Diese Ausführungen stellen die Qualifikation der bisherigen Eingaben der Bezzola Denoth AG und der Foffa Conrad AG als Selbstanzeige in Frage. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts i.S. Gaba genügt es, wenn Abreden den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen können, um den Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG zu erfüllen [...]. Zwecks Klärung der Frage bezüglich Qualifikation der Selbstanzeige ersuchen wir die Foffa Conrad AG bzw. die Bezzola Denoth AG im Auftrag des Präsidenten der Wettbewerbskommission, 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 Beschwerdeführerinnen zum Verfügungsantrag vom 14. Juni 2017 (vgl. Sachverhalt, K) einen Verzicht auf die Herabsetzung der Sanktion unter dem Titel der Bonusregelung in Erwägung gezogen haben.

E. 18.4.2

In ihrer Antwort vom 21. August 2017 (vgl. Sachverhalt, M) bejahten die Beschwerdeführerinnen die ihnen gestellte Frage einerseits und wiesen andererseits darauf hin, dass es jeweils einen Aussenseiter gegeben habe, der ein wettbewerbsfähiges Angebot eingereicht habe. Sie führten im Einzelnen in Bezug auf die in Frage stehenden Projekte jeweils aus: "Ja, das Verhalten der Parteien hatte zumindest potentielle Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse." Des Weiteren erklärten sich die Beschwerdeführerinnen in ihrem Schreiben "überrascht", dass ihre Stellungnahme zum Verfügungsantrag vom 14. Juni 2017 die Qualifikation der bisherigen Eingaben als Selbstanzeige in Frage stellen soll. Sie führen 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-

B-652/2018 Seite 113 sige Wettbewerbsabreden gegeben hat, muss es im Interesse einer wahrheitsgetreuen Beurteilung der angezeigten Sachverhalte erlaubt sein, bei einzelnen Projekten auf Aspekte hinzuweisen, die eine Beurteilung als 'typische' verbotene Wettbewerbsabrede fraglich erscheinen lassen [...]." Aus dem Schreiben der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerinnen vom 21. August 2017 geht nicht hervor und dieses lässt sich auch nicht so interpretieren, dass sie ein Aussageverweigerungsrecht geltend gemacht haben. Vielmehr haben sie das Auskunftsbegehren der Vorinstanz inhaltlich beantwortet. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) sind verfahrensrechtliche Einwände dieser Art so früh wie möglich zu erheben. Es ist dementsprechend unter Umständen treuwidrig, formelle Rügen, die in einem früheren Prozessstadium hätten geltend gemacht werden können, erst bei ungünstigem Ausgang des Verfahrens vorzubringen (vgl. BGE 143 V 66 E. 4.3; BGE 132 II 485 E. 4.3 m.w.H.). Es ist nicht ersichtlich, dass die Beschwerdeführerinnen ihre Rüge, wonach das Auskunftsbegehren den nemo tenetur-Grundsatz verletze, im Untersuchungsverfahren nicht haben vorbringen können. Ihre erst im Beschwerdeverfahren erhobene Rüge ist damit verspätet (vgl. BGE 143 V 66 E. 4.3; BGE 111 Ia 161 E. 1; Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 5.3.2, Nikon, m.w.H.).

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, Engadin IV Foffa Conrad; B-3096/2018 vom 28. November 2023 E. 125, Engadin I Foffa Conrad; in diesem Sinne TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 139h; EuGH, C-411/15, EU:C:2017:11, Rz. 83 ff., Timab Industries; EuG, T-311/94, EU:T:1998:93, Rz. 322 ff., BPB Karton; zur Tragweite des nemo tenetur-Grundsatzes im Rahmen der Bonusregelung vgl. auch 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).

B-652/2018 Seite 114 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. 16.3.19), dass die EU-Gerichte in einer entsprechenden Konstellation bislang nicht von einer Anwendbarkeit des nemo tenetur-Grundsatzes ausgegangen sind. So hat das EuG in seinem Urteil in Sachen Mayr-Melnhof festgehalten, es könne "nicht schon als Ausübung von Druck" auf eine Untersuchungsad-ressatin 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. 16.3.19) 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 nicht auf die Antwort der Beschwerdeführerinnen vom 21. August 2017 abgestellt hat.

B-652/2018 Seite 115 Bei dieser Ausgangslage braucht auch nicht näher auf die Rüge der Beschwerdeführerinnen 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. 79 ff.). Stichhaltige Gründe für diese Ansicht werden nicht vorgebracht und sind auch nicht ersichtlich. Es ist nicht einsichtig, inwieweit die Bemessung der Sanktionsreduktion in der angefochtenen Verfügung einen unverhältnismässigen Druck auf die Beschwerdeführerinnen im Untersuchungsverfahren ausgeübt haben soll. Aus diesen Gründen liegt keine Verletzung des nemo tenetur-Grundsatzes im vorinstanzlichen Verfahren vor.

E. 19

Zusammenfassung und Sanktionsbemessung Die angefochtene Verfügung bejaht bei den in Frage stehenden Projekten zutreffend eine unzulässige Wettbewerbsabrede. Diese hat den Wettbewerb jeweils erheblich beeinträchtigt und nicht – wovon die Vorinstanz ausgeht – beseitigt. Dies ist bei den Projekten (...) und (...) durch eine Reduktion des Basisbetragsatzes auf 8% zu berücksichtigen; eine Reduktion des von der Vorinstanz auf 2,5% festgelegten Basisbetragsatzes beim Projekt (...) ist nicht angemessen. Daraus resultiert ein Basisbetrag von insgesamt Fr. (...) (vgl. E. 15.3.14). Die Herabsetzung dieses Sanktionsbetrags 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 recht- mässig. Die Beschwerdeführerinnen haben zwar keinen Anspruch auf ei- nen vollständigen Erlass der Sanktion unter dem Aspekt der Bonusrege- lung, zumal sie im Beschwerdeverfahren eine Abstimmung mit der (dama- ligen) Prader ([...], [...]) bzw. Crestageo ([...]) über das Eingabeverhalten an der in Frage stehenden Ausschreibung bestritten haben. Sie haben jedoch gleichwohl einen erheblichen Mehrwert bei der Aufklärung des jeweiligen Verstosses erbracht. Wird der nach Art. 3-7 SVKG bemessene Sanktionsbetrag von Fr. (...) dem- zufolge um 85% reduziert, führt dies zu einem Sanktionsbetrag von insge- samt Fr. (...). Der so bemessene Sanktionsbetrag liegt damit um rund 1/5 (80,22%) tiefer als der von der Vorinstanz festgelegte Betrag von Fr. (...). Dieser entsprechend herabgesetzte Sanktionsbetrag trägt im Übrigen auch der aufgezeigten Schwere des jeweiligen Verstosses (vgl. E. 15.3.5 ff.) hin-

B-652/2018 Seite 116 reichend Rechnung und erscheint unter Würdigung der Umstände des Ein- zelfalls verhältnismässig (Art. 5 Abs. 2 BV, Art. 2 Abs. 2 SVKG) und ange- messen. Die Beschwerde ist somit im Sanktionspunkt teilweise gutzuheissen.

E. 20

Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens

E. 20.1

Die Beschwerde richtet sich auch gegen die Auferlegung von Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens. Diese belaufen sich auf Fr. 64'730.–. Der Betrag setzt sich zunächst aus einem Zeitaufwand von 99 Stunden zu ei- nem Stundenansatz Fr. 200.– und von 17 Stunden zu einem Ansatz Fr. 290.– zusammen, was einen Betrag von Fr. 24'730.– ergibt. Die Vor- instanz rechnet sodann vom ursprünglichen Verfahren Nr. 22-0433 (Bau- leistungen Graubünden) Verfahrenskosten von Fr. 40'000.– hinzu.

E. 20.2

Die Vorinstanz reduziert den Betrag von Fr. 64'730.– um einen Viertel (Fr. 16'184.–), weil die Untersuchung in Bezug auf das Projekt Punt Pedra eingestellt worden sei. Sie auferlegt der Foffa Conrad-Gruppe und der Zin- del-Gruppe deshalb Verfahrenskosten von Fr. 48'547.50 zu gleichen Tei- len, woraus ein Betrag von Fr. 24'273. – pro Unternehmen resultiert. Die Vorinstanz führt weiter aus, innerhalb der Foffa Conrad-Gesellschaften seien die Verfahrenskosten von den einzelnen Gesellschaften nach Mass- gabe ihrer Beteiligung an den Wettbewerbsverstössen zu tragen, wobei die Muttergesellschaft mit dem gesamten auf ihr Unternehmen fallenden Anteil an den Verfahrenskosten zu belasten sei. Dabei sei zu beachten, dass sich Bezzola Denoth an zwei Wettbewerbsverstössen beteiligt habe. Vor die- sem Hintergrund habe Foffa Conrad einen Anteil an den Verfahrenskosten von Fr. 24'273.– zu tragen, davon Fr. 16'182.– solidarisch mit Bezzola De- noth.

E. 20.3

Die Wettbewerbsbehörden erheben Gebühren für Verfügungen über die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen nach 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 Kar- tellgesetz vom 25. Februar 1998 (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2). Im Sinne des Verursacherprinzips ist gemäss Art. 2 Abs. 1 GebV- KG unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verur- sacht. Keine Gebührenpflicht besteht gemäss Art. 3 Abs. 2 GebV-KG für Beteiligte, die eine

Vorabklärung oder eine Untersuchung verursacht ha-

B-652/2018 Seite 117 ben, sofern sich keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergeben oder 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 [Allg-GebV; 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).

E. 20.4

Die Beschwerdeführerinnen haben das der vorliegend angefochtenen Verfügung zugrundeliegende Untersuchungsverfahren mitverursacht, nach dessen Abschluss die Vorinstanz zu Recht auf eine Beteiligung der Bezzola Denoth ([...] und [...]) und der Foffa Conrad ([...]) an je einer unzulässigen Wettbewerbsabrede geschlossen hat. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass die angefochtene Verfügung den Beschwerdeführerinnen die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens anteilmässig auferlegt. Die betreffenden Abreden waren 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. 40'000.– hinzurechnet. Sodann erscheint auch die von der Vorinstanz zwischen den Foffa Conrad-Gesellschaften festgelegte Kostenverteilung sachgerecht.

E. 21

Kosten des Beschwerdeverfahrens und Parteientschädigung

E. 21.1

Die Beschwerdeführerinnen unterliegen mit ihren Begehren weitgehend, weshalb ihnen die Kosten des Beschwerdeverfahrens zum Teil aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Die Bemessung richtet sich nach dem gestützt auf Art. 16 Abs. 1 Bst. a VGG erlassenen Reglement des Bundesverwaltungsgerichts über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 (VGKE, SR 173.320.2). Danach bemisst sich die Gerichtsgebühr nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 2 Abs. 1 VGKE). Nach Art. 4 VGKE beträgt

B-652/2018 Seite 118 die Gerichtsgebühr in Streitigkeiten mit Vermögensinteresse bei einem Streitwert zwischen Fr. 100'000.– und Fr. 200'000.– maximal Fr. 10'000.–.

E. 21.2

Die vorliegend angefochtene Sanktion beläuft sich auf Fr. (...) für Bezzola Denoth und Foffa Conrad unter solidarischer Haftung. Aufgrund des grösseren Umfangs der Streitsache und der relativ hohen Komplexität der zu behandelnden Rechtsfragen in Zusammenhang mit der Bonusregelung ist die Gerichtsgebühr entsprechend den einverlangten Kostenvorschüssen von je Fr. 5'000.– auf Fr. 10'000.– festzulegen. In Übereinstimmung mit der Reduktion der Sanktionsbeträge um 1/5 im vorliegenden Verfahren sind die den Beschwerdeführerinnen aufzuerlegenden Verfahrenskosten im selben Umfang zu

reduzieren. Der daraus resultierende Betrag von Fr. 8'000.– ist diesen zu gleichen Teilen und jeweils unter solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag (Art. 6a VGKE) wie folgt aufzuerlegen: – Beschwerdeführerin 1 Fr. 4'000.– – Beschwerdeführerin 2 Fr. 4'000.– Der Betrag wird nach Rechtskraft dieses Urteils dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 10'000.– entnommen. Der Restbetrag von Fr. 2'000.– wird den Beschwerdeführerinnen zurückerstattet.

E. 21.3

Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE). Soweit eine Parteientschädigung nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann, wird sie der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat (Art. 64 Abs. 2 VwVG). Die Beschwerde erweist sich insoweit als begründet, als die Sanktionsbeiträge um 1/5 herabzusetzen sind. Angesichts dieses Ausgangs des Verfahrens ist den Beschwerdeführerinnen eine um 4/5 reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen. Die Beschwerdeführerinnen machen mit Kostennote vom 16. September 2019 einen Aufwand von Fr. 28'766.– (ohne MwSt.) geltend. Dieser setzt sich zusammen aus einem Aufwand von 75,7 Stunden à Fr. 380.–. Der in einer detaillierten Zusammenstellung ausgewiesene Aufwand ist mit Blick auf die Komplexität der Angelegenheit nicht zu beanstanden. Somit ist den

B-652/2018 Seite 119 Beschwerdeführerinnen zulasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 6'000.– (gerundet) zuzusprechen. Die Parteientschädigung umfasst vorliegend keinen Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE, weil die im Register der mehrwertsteuerpflichtigen Personen eingetragenen Beschwerdeführerinnen als vorsteuerabzugsberechtigte Parteien zu behandeln sind.

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