

BVGer B-654/2018 vom 2. Oktober 2017

Bundesverwaltungsgericht, 2017-10-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-654_2018_d20171002

FR: TAF B-654/2018 du 2 octobre 2017

IT: TAF B-654/2018 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 vom 17. Juli 2005 (VGG, SR 173.32) i.V.m. Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes 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 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 grundsätzlich einzutreten. Die Beschwerdeführerinnen fechten die Verfügung im Hauptbegehren integral an (vgl. E. 3). Es kann auf dieses Begehren jedoch nur insoweit eingetreten werden, als sie Adressatinnen der angefochtenen Verfügung und infolgedessen im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG besonders berührt sind.

B-654/2018 Seite 12

E. 2

Zweck und Geltungsbereich des KG

E. 2.1

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. 2.2

und 2.3). Zudem auferlegte die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen Verhaltenspflichten (Dispositiv-Ziffer 1) und Verfahrenskosten (Dispositiv-Ziffer 4.2 und 4.3). Die Beschwerdeführerinnen beantragen die Aufhebung der Verfügung hinsichtlich der ihnen auferlegten Sanktion. Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist somit die Rechtmässigkeit einer Verwaltungsanktion von Fr. (...) (gegenüber den Beschwerdeführerinnen 1 [Crestageo] und 3 [Zindel]) sowie von Fr. (...) (gegenüber den Beschwerdeführerinnen 2 [Mettler Prader] und 3 [Zindel]), welche die Vorinstanz aufgrund

einer Beteiligung an Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 KG über die drei erwähnten Projekte auferlegt hat (vgl. zur Auferlegung von Verfahrenskosten der Vorinstanz E. 14). Nicht Streitgegenstand ist die Auferlegung von Verhaltenspflichten durch die Vorinstanz. Obschon die Beschwerdeführerinnen die Verfügung integral anfechten, erheben sie in der Begründung der Beschwerde hiergegen keine Rügen. Im Lichte des im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht geltenden Rügeprinzips (vgl. E. 6.7) ist auf diesen Aspekt nicht weiter einzugehen.

E. 3

Aufl. 2023, Art. 52 N. 38).

B-654/2018 Seite 13 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 (...) (Dispositiv-Ziffer

E. 4

Terminologie In terminologischer Hinsicht sind im Zusammenhang mit den den Beschwerdeführerinnen vorgeworfenen Beteiligungen an Submissionsabreden 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-

B-654/2018 Seite 14 und Tiefbau im Kanton Aargau Erne, m.w.H.). Die Beweggründe der abredeteiligen Unternehmen – insbesondere des stützenden Unternehmens – sind insoweit unerheblich (vgl. auch E. 6.4). Auf den Einwand der Beschwerdeführerinnen, Schutz könne nur gewähren, wer selbst in der Lage wäre, ein konkurrenzfähiges Angebot einzureichen (vgl. Beschwerde, Rz. 121 ff.), ist im Rahmen des Merkmals des Wettbewerbsverhältnisses (E. 7.1) einzugehen.

E. 4.2

ff., Swisscom Terminierungsgebühren; B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 E. 1448, SIX). Danach darf niemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war (Satz 1). Zudem darf

B-654/2018 Seite 61 auch keine schwerere als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden (Satz 2). Straftaten und Strafen müssen demgemäss eine hinreichend bestimmte und damit in ihrer Anwendung vorhersehbare Rechtsgrundlage aufweisen (nullum crimen, nulla poena sine lege; EGMR, Pantalon/Kroatien, Urteil vom 19. November 2020, Nr. 2953/14, § 46). Der Gesetzgeber kann jedoch nicht darauf verzichten, allgemeine Begriffe zu verwenden und deren Auslegung und Anwendung der Praxis zu überlassen. Art. 7 EMRK erlaubt demzufolge eine schrittweise erfolgende Klärung durch richterliche Auslegung (vgl. EGMR, S.W./Grossbritannien, Urteil vom 22. November 1995,

Series A Nr. 335-B, § 34 ff.; BGE 149 I 248 E. 4.6.1; Urteile des BVGer B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 E. 4.3, Swisscom Terminierungsgebühren, je m.H.; B-7633/2009 vom 14. September 2015, Swisscom ADSL, E. 591 ff.). Das vorinstanzliche Vorgehen, die Bemessungsgrundlage für den Basis- betrag anhand der Offertsumme der jeweiligen Schutznehmerin – Bezzola Denoth bei den Projekten (...) und (...) sowie Crestageo beim Projekt (...) – festzulegen, ist demzufolge bundesrechtlich nicht zu beanstanden (vgl. Urteil des BVGer B-716/2018 vom 23. November 2023 E. 9.3.7, Engadin VI Implenia). Die hiergegen gerichteten Rügen der Beschwerdeführerinnen sind deshalb unbegründet.

E. 5

Editionsantrag

E. 5.1

Die Beschwerdeführerinnen stellen den Antrag auf Edition von einzelnen Verfahrensakten aus zwei vorinstanzlichen Verfahren: aus dem Verfahren der Vorinstanz in Sachen Submissionsabsprachen Kanton Aargau (abgeschlossen durch Verfügung der Vorinstanz vom 16. Dezember 2011 [veröffentlicht in: RPW 2012/2 S. 270 ff.]) und dem Verfahren in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich (abgeschlossen durch Verfügung der Vorinstanz vom 22. April 2013 [veröffentlicht in: RPW 2013/4 S. 524 ff.]). Sie begründen den Antrag im Wesentlichen damit, dass die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung von ihrer früheren Praxis abgewichen sei, umsatzlose Beteiligungen an Submissionsabsprachen mit geringen Pauschalsanktionen zu ahnden. Die Beschwerdeführerinnen beantragen insbesondere die Edition von Unterlagen über die Offertsummen. Sie ersuchen damit um Auskunft darüber, in welcher Höhe einzelne mit Pauschalbeträgen sanktionierte Bauunternehmen seinerzeit offeriert haben. In Bezug auf zwei ebenfalls mit einem Pauschalbetrag belastete Unternehmen wird zudem Auskunft darüber beantragt, an wie vielen "Schutzgewährungen" diese beteiligt gewesen seien. Der Antrag beschränkt sich auf Angaben über Unternehmen, die gemäss dem Beweisergebnis der Vorinstanz aus ihrer Abredebeteiligung keinen Umsatz erzielt haben. Die beantragte Edition soll – so die Beschwerdeführerinnen sinngemäss – Klarheit darüber bringen, wie die Vorinstanz in den betreffenden Verfahren die Verwaltungsanktion bei umsatzlosen Beteiligungen an Submissionsabsprachen bemessen habe.

E. 5.2

Die Vorinstanz wendet gegen den Antrag ein, die von den Beschwerdeführerinnen begehrten Informationen seien für die Sanktionierung der Beschwerdeführerinnen nicht relevant. Denn es sei aus rechtlichen Grün-

B-654/2018 Seite 15 den geboten und zulässig, die Sanktionsentscheidung in Bezug auf die Beschwerdeführerinnen ohne Ansehung der konkreten Sanktionsbemessungen bezüglich anderer Parteien der genannten Verfahren zu treffen. Es bestehe mithin keine Beweiseignung. Sie verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass sie keine gefestigte Praxis zur Bemessung der Sanktion bei umsatzlosen Abredebeteiligungen habe. Zudem verweist sie auf ihre Ausführungen in der angefochtenen Verfügung, wonach die in Frage stehenden Projekte ein weit höheres Volumen haben als die den Verfügungen in Sachen Submissionsabsprachen Kanton Aargau und Kanton Zürich zugrunde liegenden Projekte (vgl. Vernehmlassung, Rz. 70 ff.).

E. 5.3.1

Der Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 29 ff. VwVG) hat mehrere Teilgehalte, die der Gesetzgeber teilweise im VwVG konkretisiert hat, das auch auf Kartellverwaltungsverfahren anwendbar ist (Art. 39 KG). So nimmt die Behörde ihr angebotene Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhaltes tauglich erscheinen (Art. 33 Abs. 1 VwVG). Sie kann dementsprechend auf die Abnahme von Beweisen verzichten, wenn diese eine rechtlich nicht erhebliche Tatsache betreffen oder offensichtlich ungeeignet sind, um eine rechtsrelevante Tatsache zu beweisen (vgl. statt vieler BGE 106 Ia 161 E. 2; 127 I 54 E. 2b, Urteil des BGer 2C_596/2019 vom 2. November 2022 E. 3.1.5, Six; Urteil des BVGer B-2597/2017 vom 19. Januar 2022 E. 4.7, Vifor Pharma). Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt ebenfalls nicht vor, wenn ein Gericht auf die Abnahme beantragter Beweismittel verzichtet, weil es auf Grund der bereits abgenommenen Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, dass seine Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (vgl. BGE 141 I 60 E. 3.3; 136 I 229 E. 5.3; vgl. Urteil des BVGer B-2798/2018 vom 16. Februar 2021 E. 14, Naxoo).

E. 5.3.2

Bei der gerichtlichen Beurteilung der Rechtmässigkeit der Bemessungsmethode ist unter anderem das allgemeine verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 BV) 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). Danach sind Sachverhalte, die in den rechtlich relevanten tatsächlichen Elementen übereinstimmen, rechtlich gleich zu behandeln (vgl. Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 9.8.3 [nicht publizierte Erwägung in BGE 143 II 297], Gaba; Urteil des BVGer

B-654/2018 Seite 16 B-807/2012 vom 25.6.2018 E. 11.5.8.12, Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau Erne). Die Rechtsgleichheit und die Rechtssicherheit können einer Änderung einer gefestigten Praxis entgegenstehen (vgl. BGE 142 II 136 E. 3.4; BGE 127 I 49 E. 3; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2022, § 23 Rz. 13). Eine Praxisänderung kann nur dann vorliegen, wenn über längere Zeit eine gefestigte Praxis bestanden hat, d.h. in mehreren Fällen gleich entschieden und so eine Erwartung mit Blick auf künftige Fälle begründet worden ist. Eine gefestigte Praxis kann damit grundsätzlich nicht auf einzelne Fälle zurückgeführt werden (vgl. Urteile des BVGer A-185/2016 vom 6. Mai 2016 E. 2.6.3, m.w.H.; B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.8.12, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht; B-716/2018 vom 23. November 2023 E. 9.2.3.2 Engadin VI Implemia). Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau vom 16. Dezember 2011 gegenüber einzelnen Unternehmen, die durch ihre Abredebeteiligungen keinen Umsatz generiert haben, Pauschalsanktionen auferlegt (vgl. Verfügung der Vorinstanz vom 16. Dezember 2011 in der Untersuchung betreffend Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau [veröffentlicht in: RPW 2012/2 S. 270 ff.], Rz. 1089 ff., 1144). Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich vom 22. April 2013 jedoch angekündigt, auf umsatzlose Abredebeteiligungen zukünftig eine andere Bemessungsmethode anzuwenden, die sich am Volumen des relevanten Markts orientiert (vgl. Verfügung der Vorinstanz vom 22. April 2013 betreffend Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich [veröffentlicht in: RPW 2013/4 S. 524 ff.], Rz. 951). Im Einzelnen führte die Vorinstanz Folgendes aus: "[...] Um dem Gesetz Nachachtung zu verschaffen, muss in solchen

Fällen von einer wortgetreuen Anwendung von Art. 3 SVKG abgesehen und die Bestimmung des Basisbetrags anderweitig vorgenommen werden. Dabei ist eine Orientierung am Volumen des relevanten Marktes – wie dies auch dem Art. 3 SVKG zu Grunde liegenden Gedanken entspricht – naheliegend" (Rz. 951). Es besteht demzufolge und entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen keine gefestigte Praxis der Wettbewerbsbehörden zur Sanktionsbemessung bei umsatzlosen Beteiligungen an Wettbewerbsabreden, wonach umsatzlose Abredebeteiligungen mit einer (tieferen) Pauschalsanktion zu

B-654/2018 Seite 17 ahnden seien (vgl. Urteil des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 9.4., Engadin II Rocca + Hotz). Nichts zu ihren Gunsten vermögen die Beschwerdeführerinnen diesbezüglich aus den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau vom 25. Juni 2018 (Urteile des BVGer B-807/2012 E. 11.5.8, Erne; B-880/2012 E. 11.4.8, Umbricht; B-829/2012 E. 10.5.8, Granella und B-771/2012 E. 9.6.8, Cellere) abzuleiten. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in den betreffenden Urteilen zwar zu den Grundsätzen der Sanktionierung und der Sanktionsbemessung bei umsatzlosen Beteiligungen an Submissionsabsprachen geäußert. Es hat jedoch offengelassen, nach welcher Methode die Bemessung der Sanktion im Rahmen dieser Grundsätze im Einzelnen zu erfolgen hat (vgl. Urteil des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 9.4.3, Engadin II Rocca + Hotz). Dies entspricht im Übrigen auch der Rechtsprechung der EU-Gerichte, wonach die EU-Kommission bei der Wahl der Bemessungsmethode ein weites Ermessen habe und insoweit eine Vielzahl von Faktoren berücksichtigen könne (EuGH, EU:C:2007:277, Rz. 81, SGL Carbon). Bei dieser Ausgangslage kann entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerinnen (vgl. Beschwerde, Rz. 207 ff.) von vornherein keine unzulässige rückwirkende Praxisänderung vorliegen. Im Übrigen sind weder das Bundesverwaltungsgericht noch das Bundesgericht bei der Auslegung und Anwendung von Rechtsnormen an die Praxis der Verwaltungsbehörden gebunden, andernfalls der verfassungsrechtlich gewährleistete Rechtsschutz auf richtige Anwendung des Rechts unterlaufen würde (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.3.3, Gaba; Urteil des BVGer B-5130/2019 vom 9. August 2021 E. 6.2.4, Strassenbau Graubünden Schlub). Die Heranziehung der im Editionsbegehren erwähnten Unterlagen ist deshalb für die Beurteilung der Rechtmässigkeit der Sanktionsbemessung im vorliegenden Verfahren (vgl. E. 12) von vornherein nicht notwendig. Die Editionsanträge sind damit abzuweisen.

E. 5.4

Die Beschwerdeführerinnen beantragen schliesslich die Edition der Akten des vorinstanzlichen Verfahrens. Das Bundesverwaltungsgericht hat diese gestützt auf Art. 57 Abs. 1 VwVG von Amtes wegen eingeholt.

B-654/2018 Seite 18

E. 6

Abstimmung über das Eingabeverhalten

E. 6.1

In materieller Hinsicht bestreiten die Beschwerdeführerinnen eine Beteiligung an je einer unzulässigen Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG bei den Projekten (...), (...) und (...). Sie machen zur Begründung im Wesentlichen geltend, es habe zwischen den angeblich abredebeteiligten Unternehmen kein Wettbewerbsverhältnis

bestanden (vgl. Beschwerde, Rz. 16 ff.).

E. 6.2

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

E. 6.3

Es sind vorab die Beweisregeln darzustellen. In deren Lichte ist anschliessend zu beurteilen, ob den Beschwerdeführerinnen eine Abstimmung mit der jeweiligen Gesellschaft der Foffa Conrad-Gruppe über das Eingabeverhalten an den in Frage stehenden Projekten rechtsgenügend nachgewiesen werden kann. Während die objektive Beweislast regelt, welche Partei die Folgen der Beweislosigkeit einer rechtlich relevanten Tatsache zu tragen hat, bestimmt die subjektive Beweislast die Beweisführungslast (vgl. Urteile des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 6.4, Buchhändler Dargaud; B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 E. 4.5.4, Altimum). Die objektive und subjektive Beweislast für das Vorliegen einer Abstimmung über das Eingabeverhalten liegt bei der Vorinstanz (vgl. BGE 130 II 482 E. 3.2; Urteile des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018 E. 6.3, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Granelle; B-552/2015 vom 14. November 2017 E. 3.2, Türbeschläge). Dass die Vorinstanz hinsichtlich der Beweislast von unzutreffenden Annahmen ausgegangen ist, legen die Beschwerdeführerinnen zu Recht nicht dar. Vorliegend ist mit der Vorinstanz vom Regelbeweismass des Überzeugungsbeweises auszugehen (vgl. Verfügung, Rz. 34). Hierfür sprechen die

B-654/2018 Seite 19 – auch in Kartellsanktionsverfahren grundsätzlich geltende – Unschuldsvermutung (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.4.3, Altimum; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 6.3, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne; vgl. auch Urteil des BGer 2C_845/2018 vom 3. August 2020 E. 4.2, Strassen und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht) und die Tatsache, dass keine besonders komplexe Beweislage vorliegt. Demnach muss ein Gericht oder eine Behörde nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt sein. Dabei genügt es, wenn das Gericht oder die Behörde keine ernsthaften Zweifel am Vorliegen eines rechtserheblichen Umstands hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (vgl. BGE 130 III 321 E. 3.2; Urteile des BVGer B-710/2014 vom 16. November 2022 E. 9.1.2, Luftfracht; B-7834/2015 vom 16. August 2022 E. 6.3.1 f., Autohändler; B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 6.4, Buchhändler Dargaud; B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.4.4.1, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne; B-552/2015 vom 14. November 2017 E. 4.4, Türbeschläge). Der Grundsatz "in dubio pro reo" greift mithin – als Beweislastregel – erst, wenn alle aus Sicht des urteilenden Gerichts notwendigen Beweise erhoben worden sind; ist der Sachverhalt nach Auffassung des Gerichts nicht ausreichend abgeklärt, sind entweder die fehlenden rechtserheblichen Tatsachen im Rechtsmittelverfahren zu erheben oder die Sache ist zur Beweisergänzung an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017 E. 3.2, Türbeschläge, m.H. auf Urteil des BGer 2C_1016/2014 vom 19. Oktober 2017 E. 2.2, Fensterbeschläge Siegenia).

Vorbehalten bleiben die Grundsätze zur Rüge- und Begründungspflicht (E. 6.7).

E. 6.4

Eine Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG (zum Wortlaut vgl. E. 6.2) 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 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 (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 7.3.3, Engadin IV Foffa Conrad). 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 vorliegend

B-654/2018 Seite 20 von der Vorinstanz angenommene Erscheinungsform der Vereinbarung erfordert eine übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung, sich auf einem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.3, Hors-Liste Medikamente Pfizer; Urteile des BVGer B-7834/2015 vom 16. August 2022 E. 8.3.1, Autohändler; B-552/2015 vom 14. November 2017 E. 4.1, Türbeschläge, B-843/2015 vom 19. Dezember 2017 E. 7; Hors-Liste Medikamente und B-3618/2013 vom 24. November 2016 Rz. 295, Ticketvertrieb Hallenstadion; zum Begriff der Wettbewerbsabrede allgemein vgl. auch BGE 144 II 246 E. 6.4.1, Altimum; Urteile des BVGer B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 E. 4.1, Altimum; B-4669/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 7.1, Buchhändler Les Editions des 5 frontières und B-8404/2010 vom 23. September 2014 E. 5.1.3, 5.3.7.1 f., Baubeschläge SFS unimarket, sowie für das EU-Recht, dem das Begriffspaar entnommen ist, EuGH, C-41/69, EU:C:1970:71, Rz. 112, ACF Chemiefarma).

E. 6.5

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

E. 6.6

Gemäss dem Beweisergebnis der Vorinstanz hat die (damalige) Prader (heute: Mettler Prader) sich bei den Projekten (...) und (...) an einer Abstimmung mit Bezzola Denoth darüber beteiligt, wer den Zuschlag für das jeweils ausgeschriebene Projekt erhalten und dementsprechend zum tiefsten Preis offerieren soll. Zudem soll sich Crestageo an einer entsprechenden Abstimmung mit Foffa Conrad über das Projekt (...) beteiligt haben.

E. 6.7

Die Beschwerdeschrift beschränkt sich insoweit zunächst auf eine pauschale Bestreitung der tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, soweit diese sich nicht mit den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen decken. Der entsprechende Passus lautet wie folgt: "Soweit sich die tatsächlichen Darstellungen in der Verfügung nicht mit den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen decken und soweit sie nicht Zugeständnisse an die Beschwerdeführerinnen enthalten, werden sie bestritten." (vgl. Beschwerde, Rz. 13) In Bezug auf die ihnen vorgeworfene Beteiligung an einer Abstimmung über die Projekte (...)

und (...) erheben die Beschwerdeführerinnen keine spezifischen Einwände (vgl. Beschwerde, Rz. 47 ff. [...]), Rz. 101 ff. [...]); Vernehmlassung, Rz. 11).

B-654/2018 Seite 21 Die in Art. 13 VwVG verankerte Pflicht der Parteien zur Mitwirkung an der Feststellung des Sachverhaltes besteht im Rechtsmittelverfahren darin, dass die beschwerdeführende Partei die ihre Rügen stützenden Tatsachen darlegen und allfällige Beweismittel einreichen muss (Art. 52 Abs. 1 VwVG; vgl. Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 5.5.3, Ni- kon; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, 3. Aufl. 2023, Art. 13 N. 3, m.H.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Ver- fahrensrecht, 2. Aufl. 2015, Rz. 677 ff.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwal- tungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 460, 463 ff.). Soll die Rechtsmittelinstanz die Ermittlung des rechtser- heblichen Sachverhalts durch die Vorinstanz überprüfen, ist die beschwer- deführende Partei gehalten, in der Begründung des Rechtsmittels konkret und unter Nennung der ihre Ausführungen untermauernden Beweismittel darzulegen, inwiefern der Sachverhalt ihrer Ansicht nach unrichtig oder un- vollständig festgestellt worden ist (vgl. SEETHALER/PORTMANN, in: Praxis- kommentar VwVG, 3. Aufl. 2023, Art. 52 N. 52 ff., 65 ff., m.H.; Urteil des BVGer B-1050/2008 vom 1. Dezember 2008 E. 1.2). Missachtet eine Partei diese ihr obliegende Mitwirkungspflicht, muss sie je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls möglicherweise Rechtsnachteile auf sich neh- men (vgl. Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.7.2.6, Wett- bewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht, m.w.H.). Von den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerinnen war vorliegend ohne Weiteres zu erwarten, dass sie dem Bundesverwaltungsgericht ihre Beanstandungen tatsächlicher Natur zu den ihnen vorgeworfenen Beteili- gungen an je einer Abstimmung über die Projekte (...) und (...) aus eigenem Antrieb substantiiert vortragen. Mit der erwähnten pauschalen Bestreitung unterbreiten die Beschwerdeführerinnen dem Bundesverwaltungsgericht mit Bezug auf das Merkmal einer Abstimmung jedoch keine konkreten Be- anstandungen. Sie führen nicht substantiiert aus, warum die vorinstanzli- che Einschätzung der Beweislage insoweit fehlerhaft sein soll (vgl. Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.7.2.7, Wettbewerbsabre- den im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht, m.w.H.). Soweit die Beschwerdeführerinnen in ihrer Beschwerde die "tatsächlichen Darstellungen in der Verfügung" lediglich pauschal bestreiten (vgl. Be- schwerde, Rz. 13), genügen sie demzufolge ihrer Begründungs- und Sub- stantiierungsobligenheit (Art. 52 Abs. 1 und Art. 13 VwVG) nicht.

B-654/2018 Seite 22 Mangels konkreter Beanstandungen gebietet es der Untersuchungsgrund- satz nicht, dass im vorliegenden Rechtsmittelverfahren von Amtes wegen eine eingehende Prüfung vorgenommen werden müsste, ob der Vorinstanz bei der Erforschung der materiellen Wahrheit hinsichtlich des Vorliegens einer nicht spezifisch bestrittenen Abstimmung der jeweiligen Zindel-Ge- sellschaft mit der jeweiligen Gesellschaft der Foffa Conrad-Gruppe mög- licherweise Fehler unterlaufen sind. Aufgrund der faktisch nicht beanstan- deten vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung rechtfertigt es sich viel- mehr, dass das Bundesverwaltungsgericht die Prüfungsdichte bei der Be- urteilung der Beweislage in diesen Fällen zurücknimmt. Die Beschwerde- führerinnen können es nicht einfach dem Bundesverwaltungsgericht als Rechtsmittelinstanz überlassen, die sie betreffenden Beweislagen in die- sen Fällen zu überprüfen. Sachverhaltserkenntnisse aus weiteren gegen die Verfügung der Vorinstanz anhängig gemachten

Beschwerdeverfahren muss das Gericht zur Gewährleistung der Verfahrenskoordination als gerichtsnotorisch in die Beurteilung der Beweislage einfließen lassen (vgl. Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.7.2.8, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht). Die in diesem Sinne erfolgte Durchsicht und Prüfung der vorliegenden Akten ergibt unter Mitberücksichtigung der (gerichtsnotorischen) Erkenntnisse aus dem Parallelverfahren B-652/2018 (Foffa-Gruppe, Verfahren der Vorinstanz in Sachen Engadin III) keine Hinweise darauf, dass die Vorinstanz die rechtserheblichen Sachverhalte mit Bezug auf das Verhalten der Beschwerdeführerin 2 in diesen Fällen unrichtig festgestellt hat. Es besteht damit kein Anlass, an der Richtigkeit des vorinstanzlichen Beweisergebnisses, wonach eine Abstimmung zwischen der (damaligen) Prader und Bezzola Denoth sowie zwischen Crestageo und Foffa Conrad ([...]) über die Projekte (...) bzw. (...) vorgelegen habe, zu zweifeln, zumal dieses auf einer sorgfältigen und schlüssigen Beweiswürdigung beruht. Wie die Vorinstanz in ihrer Beweiswürdigung jeweils überzeugend aufzeigt, kann der Informationsaustausch zwischen der (damaligen) Prader und Bezzola Denoth ([...]) sowie zwischen Crestageo und Foffa Conrad ([...]) nur vor dem Hintergrund einer zuvor erzielten Abstimmung über die Koordinierung der Angebote vernünftig verstanden werden. Sie weist zu Recht darauf hin, dass die (damalige) Prader beim Projekt (...) sowie Foffa Conrad beim Projekt (...) die ihr von der designierten Schutznehmerin (Bezzola Denoth ([...]) und ([...]) sowie Crestageo ([...])) zugesandte vorkalkulierte Offerte im Wesentlichen unverändert als ihr eigenes Angebot an der fraglichen Ausschreibung eingereicht haben. Diese haben den jeweiligen Offertpreis

B-654/2018 Seite 23 demnach gerade nicht im Sinne des Selbständigkeitspostulats unabhängig von ihrer Mitbewerberin, sondern gestützt auf die von dieser erhaltenen Informationen festgelegt (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 7.3.15, Engadin IV Foffa Conrad; E. 7.2.3.3).

E. 6.8

Hinsichtlich der Einreichung einer Offerte beim Projekt (...) führen die Beschwerdeführerinnen aus, die (damalige) Prader (heute: Mettler Prader) habe "diesen Entscheid autonom" getroffen (vgl. Beschwerde, Rz. 79). Der entsprechende Passus lautet im Einzelnen wie folgt: "5.3. Objekt "(...)" Auch bei diesem Objekt handelte es sich um Baumeisterarbeiten im Engadin, die Prader von Davos aus nicht zu konkurrenzfähigen Bedingungen anbieten konnte. Deshalb war für Prader von Anfang an klar, dass sie für dieses Objekt nicht offerieren würde. Prader traf diesen Entscheid autonom (...)."

E. 6.8.1

Mit dem Vorbringen, an der in Frage stehenden Ausschreibung gestützt auf einen "autonom getroffenen Entscheid" ein Angebot eingereicht zu haben, bringen die Beschwerdeführerinnen zum Ausdruck, dass die (damalige) Prader (heute: Mettler Prader) ihr Angebot unabhängig von den anderen Anbietern ausgearbeitet habe (vgl. Urteil des BVGer 645-2018 vom 14. August 2023 E. 17.4.10, Engadin IV Foffa Conrad). Soweit sich der Einwand der Beschwerdeführerinnen, ihr Angebot aus freiem Entschluss eingereicht zu haben, gegen das Bestehen einer Abstimmung richtet, ist er jedoch unbehelflich. Die (damalige) Prader kannte aufgrund der ihr von Bezzola Denoth mit E-Mail vom 7. April 2011 zugesandten vorkalkulierten Offerte den ungefähren Offertpreis, zu dem diese ihr Angebot einzureichen beabsichtigte. Es ist dabei aufgrund der von den Beteiligten

bekundeten Interessenlage – dem Interesse der Bezzola Denoth am Erhalt des Zuschlags stand ein offenkundiges Desinteresse der (damaligen) Prader am Zuschlag gegenüber – davon auszugehen, dass der in der Offerte aufgeführte Preis höher als der Preis war, zu dem die 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 (vgl. Urteil des BVerG B-648/2018 vom 7. Dezember 2023 E. 7.3.12, Engadin VI Bezzola Denoth). Der besagte Informationsaustausch hat demzufolge die Unsicherheit über das Verhalten des an-

B-654/2018 Seite 24 deren Unternehmens bei der fraglichen Ausschreibung beseitigt, was einem autonomen Eingabeverhalten entgegensteht (vgl. zur Abgrenzung einer abgestimmten Verhaltensweise von einem zulässigen Parallelverhalten BGE 147 II 72 E. 3.4.2, Hors-Liste Medikamente Pfizer; BGE 129 II 18 E. 6.3, Sammelrevers). Die (damalige) Prader (heute: Mettler Prader) hat die ihr zugesandte vor-kalkulierte Offerte sodann im Wesentlichen unverändert als ihr Angebot eingegeben und damit bewusst eine preislich teurere Offerte eingereicht. Sie hat den Offertpreis demnach gerade nicht im Sinne des Selbständigkeitspostulats unabhängig von ihrer Mitbewerberin, sondern gestützt auf die von dieser erhaltenen Informationen festgelegt (vgl. E. 6.7; 7.2.3.3).

E. 6.8.2

Das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, die (damalige) Prader habe ihre "pro Forma-Offerte" allein wegen des ausdrücklichen Wunsches des Tiefbauamts eingereicht (vgl. Beschwerde, Rz. 224), ist unerheblich, zumal es insoweit – wie erwähnt (vgl. E. 6.4) – nicht auf das Motiv ankommt.

E. 6.9

Im Rahmen seiner Überprüfung kommt das Bundesverwaltungsgericht damit zum Ergebnis, dass die Vorinstanz die Beteiligung der (damaligen) Prader ([...] und [...]) sowie von Crestageo ([...]) an einer Abstimmung über die betreffenden Projekte rechtsgenügend, d.h. unter Wahrung des hier anzuwendenden Beweismasses des Überzeugungsbeweises (vgl. E. 6.3), nachgewiesen hat. Demnach ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die (damalige) Prader (heute: Mettler Prader) sich bei den Ausschreibungen (...) und (...) sowie Crestageo beim Projekt (...) an einer Abstimmung über das Eingabeverhalten beteiligt haben. Hieran besteht auch für das Bundesverwaltungsgericht kein ernsthafter Zweifel. Das Verhalten der (damaligen) Prader ([...] und [...]) und der Crestageo ([...]) ist mit der Vorinstanz als Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede in Form einer Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG einzustufen.

E. 6.10

Die Beschwerdeführerinnen machen des Weiteren geltend, die Vorinstanz habe Foffa Conrad und Bezzola Denoth als Selbstanzeigerinnen in unzulässiger Weise gedrängt, wenigstens "'potentielle Auswirkungen' der ihnen vorgeworfenen Abredeteilnahmen zuzugestehen". Auf diesem Weg erzwungene – falsche – Zugeständnisse seien auch gegenüber den Beschwerdeführerinnen nicht verwertbar (vgl. Beschwerde, Rz. 37). Die

B-654/2018 Seite 25 Beschwerdeführerinnen beziehen sich auf das Schreiben der Vorinstanz an die Foffa Conrad-Gruppe vom 15. August 2017. Darin forderte die Vorinstanz diese Foffa Conrad-Gesellschaften im Rahmen ihrer Selbstanzeige zur

Beantwortung der Frage auf, ob das Verhalten der Parteien im Zusammenhang mit den Bauprojekten (...), (...) und (...) "zumindest potentielle Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse" gehabt habe. Dieses Vorbringen ist rechtlich unerheblich. So hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil in Sachen Engadin IV Foffa Conrad festgehalten, dass eine entsprechende Konstellation keinen unverhältnismässigen Zwang darstelle, der gegen das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung verstiesse (vgl. Urteile des BVer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 18.4.3, Engadin IV Foffa Conrad; B-3096/2018 vom 28. November 2023 E. 125, Engadin I Foffa Conrad). Zudem ist nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz bei ihrer Beweisführung auf die entsprechende Aussage der Foffa Conrad-Gesellschaften abgestellt hat.

E. 7

Wettbewerbsverhältnis und Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung Umstritten ist des Weiteren, ob zwischen den jeweils abredebeteiligten Gesellschaften der Zindel- und der Foffa Conrad-Gruppe 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. 7.1

Wettbewerbsverhältnis

E. 7.1.1

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, es habe zwischen der (damaligen) Prader (heute: Mettler Prader) und Bezzola Denoth ([...] und [...]) sowie zwischen Crestageo und Foffa ([...]) an einem Wettbewerbsverhältnis gefehlt. Horizontale Wettbewerbsabsreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG könnten nur vorliegen, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen. Im Fall einer Submissionsabsprache sei zusätzlich Voraussetzung, dass die Unternehmen in Bezug auf das konkret ausgeschriebene Objekt im Zeitpunkt der Ausschreibung tatsächlich miteinander im Wettbewerb stünden (vgl. Beschwerde, Rz. 31).

B-654/2018 Seite 26 Die Vorinstanz ignoriere die Tatsache, dass die (damalige) Prader bei den Objekten (...) und (...) wegen der geographischen Lage und Foffa Conrad beim Objekt (...) wegen fehlender technischer Fähigkeiten jeweils nicht in der Lage gewesen sei, in den Wettbewerb einzutreten und ein konkurrenzfähiges Angebot einzureichen (vgl. Beschwerde, Rz. 28; 121). Die Beschwerdeführerinnen werfen der Vorinstanz weiter vor, das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses nicht im wirtschaftlichen Kontext zu betrachten. Die Vorinstanz unterlasse in bundesrechtswidriger Weise eine wirtschaftliche Analyse und gehe rein theoretisch von einem Wettbewerbsverhältnis aus. Dies, obwohl die beteiligten Unternehmen einstimmig und wiederholt festgehalten hätten, dass sie in Bezug auf diese drei Objekte nicht im Wettbewerb miteinander gestanden seien und bei zwei Objekten sogar aktenkundig sei, dass dies auch der Bauherrschaft bekannt gewesen sei. Ihr Vorgehen verletze Art. 4 Abs. 1 KG sowie die gerichtliche Praxis und sei Ausdruck einer willkürlichen Beweiswürdigung (vgl. Beschwerde, Rz. 27 f.). Hinsichtlich der Ausschreibung (...) bringen die Beschwerdeführerinnen im Einzelnen Folgendes vor: Die (damalige) Prader sei von vornherein nicht daran interessiert gewesen, den Zuschlag zu erhalten (vgl. Beschwerde, Rz. 65 ff.). Sie sei von der G. _____ aber zur Offertstellung eingeladen worden. Da Prader in Davos schon verschiedentlich für G. _____ tätig gewesen sei und da G. _____ und H. _____ in Davos für Prader wichtige Bauherren

seien, habe Prader G._____ und H._____ nicht vor den Kopf stossen wollen. Dies wäre aber geschehen, hätte Prader trotz Einladung keine Offerte ein- gereicht. Die künftige Geschäftsbeziehung mit G._____ und H._____ wäre empfindlich belastet worden. Dies bestätige auch Bezzola Denoth in ihren Eingaben. Kein Bauunternehmen – schon gar nicht ein mittelständi- sches wie Prader – könne es sich leisten, einem wichtigen Auftraggeber zu signalisieren, es habe einen Auftrag nicht nötig oder interessiere sich nicht, selbst wenn dies der Realität entspreche. Wer auf Einladung hin keine Of- ferte abgebe, habe für den nächsten Auftrag schlechte Karten. Indem die Vorinstanz dies ohne weitere Abklärungen verkenne, erhebe sie den Sach- verhalt unvollständig und würdige die Zusammenhänge willkürlich (Art. 49 VwVG, Art. 9 BV; vgl. Beschwerde, Rz. 66). Die Beschwerdeführerinnen führen in Bezug auf das Projekt (...) im Einzel- nen Folgendes aus:

B-654/2018 Seite 27 "Ein gutes Einvernehmen mit den Mitarbeitern des kantonalen Tiefbauamts ist für jedes Tiefbauunternehmen essentiell. Deshalb blieb Prader nichts anderes übrig, als der Forderung des Mitarbeiters des Tiefbauamts zu entsprechen, obwohl sie kein Interesse an diesem Objekt hatte. Dies war dem Tiefbauamt von Anfang an bekannt (...). Ein kleines Unternehmen wie Prader kann es sich aus geschäftsstrategischen Gründen schlicht nicht leisten, eine solche Auffor- derung des kantonalen Tiefbauamts – des grössten Auftraggebers – einfach zu ignorieren." (vgl. Beschwerde, Rz. 90 [(...)] Die Beschwerdeführerinnen betonen des Weiteren wiederholt, Prader habe in den letzten 25 Jahren und bis heute noch nie einen Hochbau im Engadin realisiert (vgl. Beschwerde, Rz. 49). Prader sei aufgrund des langen Anfahrtswegs von Davos her schlichtweg nicht in der Lage gewesen, im Engadin Hochbauten zu realisieren, ge- schweige denn, dies im Vergleich zu lokalen Unternehmen (wie Bezzola) zu konkurrenzfähigen Bedingungen zu machen (vgl. Beschwerde, Rz. 55). Prader habe ihren Standort in Davos. Die Reisezeit mit einem Personalbus von Davos ins Unterengadin via Flüelapass betrage mindestens 60 Minu- ten pro Weg, also 120 Minuten pro Tag. Falle Schnee, was auf dem Flüela- pass mit fast 2'400 Metern über Meer nicht nur im Winter, sondern auch im Spätfrühling und Frühherbst immer wieder der Fall sei, müsse via Klosters / Vereinatunnel verladen werden, was die Reisezeit noch erhöhe und die Planung zusätzlich kompliziere. Diese Reisezeit müsste Prader den Mitar- beitern bezahlen, was bei einem Projekt von der Dauer des vorliegenden etwa einem Betrag von Fr. (...) entspreche. Hinzu kämen die Kosten für die auswärtige Verpflegung und die Transportkosten. Insgesamt resultierten Kosten von rund Fr. (...). Bevor Prader mit den Arbeiten im Engadin über- haupt beginnen könne, sei Prader bei einem solchen Objekt (...) teurer als die lokale Konkurrenz. Damit habe Prader schlicht keine Chance (vgl. Be- schwerde, Rz. 57). Sodann verweisen die Beschwerdeführerinnen auf Aus- sagen der Foffa Conrad-Gesellschaften im Untersuchungsverfahren der Vorinstanz, wonach ein Anfahrtsweg von einer Stunde bedeute, dass keine wettbewerbsfähige Offerte abgegeben werden könne, weshalb Prader keine echte Konkurrentin um das vorliegende Projekt gewesen sei (vgl. Beschwerde, Rz. 59). Prader habe deshalb kein Interesse an der Ausfüh- rung des Projekts gehabt. Zum Projekt (...) führen die Beschwerdeführerinnen aus, Prader habe diese Baumeisterarbeiten im Engadin von Davos aus nicht zu konkurrenzfähigen Bedingungen anbieten können. Deshalb sei für Prader von Anfang an klar gewesen, dass sie für dieses Objekt nicht offerieren würde. Prader könne von Davos aus solche Objekte im Engadin wegen der Distanz und den

B-654/2018 Seite 28 daraus entstehenden Versetzkosten nicht zu konkurrenzfähigen Konditio- nen anbieten. Die Beschwerdeführerinnen verweisen dabei auf die fol- gende

Zeugenaussage von D. _____, (...) der (damaligen) Prader im Bereich (...) im Zeitraum 1. Januar 2010 bis 31. Dezember 2012 auf die Frage des Sekretariats, weshalb die Prader "keine derartigen Projekte im Engadin durchgeführt" habe (vgl. Beschwerde, Rz. 79 ff. [...]): "...Von Chur ins Engadin ist es ein weiter Weg, der kostet. Wir hätten sämtliche Arbeiter jeden Tag verschieben müssen. Die Versetzkosten oder Fahrspesen sind zu hoch. Deswegen bleibt man nach Möglichkeit in der Region." (vgl. Vorinstanz, act. 26 Ziff. 202 [22-0460]). In Bezug auf das Projekt (...) machen die Beschwerdeführerinnen geltend, es habe sich hierbei um eine spezielle Arbeit gehandelt. Foffa Conrad sei nicht in der Lage gewesen, das Projekt auszuführen, zumindest nicht zu Marktpreisen; sie sei nicht in der Lage gewesen eine konkurrenzfähige Offerte einzugeben. Das Projekt sei zudem nie realisiert worden, womit eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs bei diesem Objekt per se ausgeschlossen sei (vgl. Beschwerde, Rz. 35, 102).

E. 7.1.2

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 [...], 376 [...]) gewesen. Die Vorinstanz führt weiter aus, dass es für das Vorliegen eines (tatsächlichen) Wettbewerbsverhältnisses im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG und Art. 5 Abs. 3 KG einzig darauf ankomme, dass die Dienstleistungen der Abredeteilnehmer auf dem gleichen Markt angeboten oder nachgefragt worden seien, was vorliegend in allen drei beurteilten Fällen unstreitig der Fall gewesen sei (vgl. Vernehmlassung, Rz. 30 ff., 33). Eine eingeladene Bauunternehmung stehe nämlich 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 [...]) und unabhängig davon, ob das Unternehmen diese Art Arbeiten in dieser Region bereits vorgängig ausgeführt habe (vgl. Verfügung, Rz. 98 [...], Rz. 247 [...]). Wenn das Unternehmen an der Submission teilnehme und eine Offerte einreiche, werde es eine tatsächliche Konkurrentin (vgl. Verfügung, Rz. 98

B-654/2018 Seite 29 [...], Rz. 247 [...], Rz. 373 [...]). Dies unabhängig vom Umstand, ob der Submittent über die notwendige Kompetenz oder Erfahrung in den nachgefragten Bauleistungen verfüge. Wie das Unternehmen das Projekt auszuführen gedenkt, sei nicht erheblich. Ein Unternehmen ohne entsprechende Kompetenzen oder erforderliche Kapazitäten hinsichtlich der nachgefragten Bauleistungen bedürfe zur Ausführung des Auftrages z.B. eines Subunternehmers, einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE) oder der Anstellung zusätzlichen Personals (vgl. Verfügung, Rz. 247 Fn. 136, Rz. 373 Fn. 167 [...]). 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 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. 7.1.3

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-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 6.4, 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, Baubeschlüsse SFS unimarket; AM-

B-654/2018 Seite 30 STUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Droit de la concur- rence, 2. éd. 2013, Art. 4 N. 104; BANGERTER/ZIRLICK, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 4 N. 80, 84).

E. 7.1.4

Es besteht kein sachlicher Grund, in Abweichung von der aufgezeig- ten Rechtslage und Praxis der Auffassung der Beschwerdeführerinnen zu folgen, wonach im Fall einer Submissionsabsprache zusätzlich Vorausset- zung sei, dass die Unternehmen in Bezug auf das konkret ausgeschrie- bene Objekt im Zeitpunkt der Ausschreibung tatsächlich miteinander im Wettbewerb stünden (vgl. Beschwerde, Rz. 31). So ist kein stichhaltiger Grund erkennbar, weshalb bei der Vergabe von Aufträgen ein tatsächliches Wettbewerbsverhältnis erforderlich sein soll, um den Geltungsbereich der materiellrechtlichen Tatbestände von Art. 5 KG zu eröffnen. Die materiell- rechtliche Bestimmung von Art. 5 KG soll vielmehr auch den potentiellen Wettbewerb schützen (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.4.2, Gaba). Dies zeigt sich auch darin, dass der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG ein po- tentielles Wettbewerbsverhältnis zwischen den abredebeteiligten Unter- nehmen ausreichen lässt.

E. 7.1.5

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- 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).

E. 7.1.6

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.

B-654/2018 Seite 31 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 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. _____, früherer (...) 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]; in diesem Sinne auch die Beschwerdeführerinnen, vgl. Beschwerde, Rz. 86). 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. 7.1.7

Dass die Bauherrin die (damalige) Prader (Projekte (...) und [...]) und Foffa Conrad ([...]) jeweils zur Einreichung eines Angebots eingeladen hat, kann nur so verstanden werden, dass sie die erwähnten Unternehmen 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 [...], Rz. 119 [...]) – 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). Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt (vgl. Verfügung, Rz. 98), begründet eine Einladung zur Teilnahme an der jeweiligen Ausschreibung keine Pflicht, eine Offerte einzureichen. Vielmehr stand es der (damaligen) Prader ([...] und [...]) sowie Foffa Conrad ([...]) frei, auf die Teilnahme an der Ausschreibung zu verzichten. Dass der betreffenden Gesellschaft im Fall einer Nichtbeteiligung bei künftigen Ausschreibungen Nachteile erwachsen

B-654/2018 Seite 32 wären, erscheint höchst unwahrscheinlich. Vielmehr hätte die Bauherrin objektiv betrachtet eine – sachlich begründete – Absage der (damaligen) Prader oder von Foffa Conrad gegenüber einer Stützofferte bevorzugt. Nicht gefolgt werden kann den Beschwerdeführerinnen sodann, wenn sie in Bezug auf das Projekt (...) vorbringen, die Bauherrin habe die Abgebotsrunde nur mit Bezzola und der Lazzarini AG mit Sitz in Samedan (nachfolgend: Lazzarini) durchgeführt, was beweise, dass ihr bewusst gewesen sei, dass die (damalige) Prader im Engadin keine Konkurrentin der Bezzola sei (vgl. Beschwerde, Rz. 51). Daraus, dass die Bauherrin nach Erhalt der Angebote mit einzelnen Anbietern in Verhandlungen tritt, kann nicht geschlossen werden, dass die nicht berücksichtigten Anbieter keine Wettbewerber gewesen seien.

E. 7.1.8

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 die

(damalige) Prader ([...] und [...]) so- wie Foffa Conrad ([...]) sich durch Abgabe einer – nach Art. 5 OR verbind- lichen – Offerte an der Ausschreibung beteiligt haben, haben sie zum Aus- druck gebracht, dass sie zur Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten grundsätzlich in der Lage seien. Selbst wenn die Bauherrin die von der jeweiligen Schutzgeberin bei der Eingabe gemachte Mentalreservation er- kannt hätte, würde dies an der rechtlichen Ausgangslage nichts ändern (vgl. JÄGGI/GAUCH, ZH-Komm. OR, 1979, Art. 18 N. 93; CHRISTOPH MÜL- LER, Berner Komm. OR, 2018, Art. 18 N. 317). Es wird von den Beschwer- deführerinnen im Übrigen weder substantiiert dargetan noch ist ersichtlich, dass es der jeweils abredeteiligen Gesellschaft für die Bauherrin er- kennbar 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 er- forderlichen 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) B-654/2018 Seite 33 Prader ökonomisch keinen Sinn gehabt, wenn sie von vornherein zur Pro- jektausführung nicht in der Lage gewesen wäre.

E. 7.1.9

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Zindel Gruppe ein vergleichsweise grosses Bauunternehmen im Kanton Grau- bünden und sowohl im Hoch- als auch im Tiefbau tätig ist. Auf ihren Web- seiten bezeichnen sich Mettler Prader und die Zindel Gruppe 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 be- gonnen"], wonach die Zindel-Gruppe rund 390 Mitarbeitende beschäftigt und sich der konsolidierte Jahresumsatz aus dem Baugeschäft auf 100 Mio. Franken belaufe).

E. 7.1.10

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 auszu- führen. Unerheblich ist vor diesem Hintergrund der von den Beschwerde- führerinnen in Bezug auf das Projekt (...) vorgebrachte Einwand, dass die (damalige) Prader und die Zindel-Gruppe "in den letzten 25 Jahren und bis heute" im Unterengadin nie im Hochbau tätig gewesen seien (vgl. Be- schwerde, Rz. 49 ff.). Dass es der (damaligen) Prader (heute: Mettler Prader) grundsätzlich mög- lich war, Bauprojekte im Unterengadin durchzuführen, bestätigt auch die Aussage des als Zeuge einvernommenen (...) der (damaligen) Prader AG im Bereich (...), D._____. Dieser bejahte die Frage, ob die Prader AG in der Lage gewesen sei, das Projekt (...) auszuführen, wie folgt: "Ja. Sofern die Zeit eine Ausführung zuliesse. (...) Kapazitätsmässig kann man zum Zeitpunkt der Offertstellung es nicht sagen. Zum Zeitpunkt, als die Offerte gerechnet wurde, wurden auch noch etwa 50 weitere Objekte gerechnet. Des- wegen konnte man das kapazitätsmässig noch nicht abschätzen. Technisch war die PRADER AG in der Lage. Sonst hätte die PRADER AG auf eine Ein- gabe verzichtet." (vgl. Vorinstanz, act. 26 Ziff. 85 ff. [22-0460])

E. 7.1.11

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, das 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).

B-654/2018 Seite 34

E. 7.1.12

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 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 A. _____, (...) von Crestageo, an der Befragung durch das Sekretariat der Vorinstanz bestätigt, wonach die Beschwerdeführerin 1 auch ausserhalb des Kantons Graubünden und im Ausland tätig sei (act. 16 Rz. 81 ff. [22-0460]).

E. 7.1.13

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 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 Kantons 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

B-654/2018 Seite 35 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).

E. 7.1.14

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 betreffende 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. 21) – 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. 12.3.8). 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. 17-24).

E. 7.1.15

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 (...).

B-654/2018 Seite 36 Demnach ist die Vorinstanz zu Recht von einem Wettbewerbsverhältnis zwischen der jeweils abredeteiligen Zindel-Gesellschaft und der jeweiligen Gesellschaft der Foffa Conrad-Gruppe hinsichtlich der Ausführung der in Frage stehenden Arbeiten ausgegangen. Die entsprechende Voraussetzung für eine horizontale Abrede liegt vor.

E. 7.2

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

E. 7.2.1

Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, da es jeweils an einem Wettbewerbsverhältnis gefehlt habe, hätten die "Kontakte zwischen diesen Nicht-Konkurrenten" weder eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs bezwecken noch eine solche bewirken können (vgl. Beschwerde, Rz. 20, 33).

E. 7.2.2

Die Vorinstanz führt an, es sei nicht von Belang, dass das Verhalten der (damaligen) Prader (Projekte (...) und [...]) und von Crestage (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. Somit sei die jeweilige Abrede objektiv geeignet gewesen, den Wettbewerb einzuschränken (vgl. Verfügung, Rz. 96, 100 [...], Rz. 245, 248 [...], Rz. 371, [...]).

E. 7.2.3.1

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. Urteil des BVGer 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 und 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).

B-654/2018 Seite 37 Was das Tatbestandsmerkmal des Bezweckens anbelangt, ist – wie die Vorinstanz zutreffend ausführt (vgl. Verfügung, Rz. 96 ff. [...], 245 [...], 371 [...]) – ein objektivierter 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 demzufolge eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben. Der Gegenstand der Verhaltenskoordination, d.h. der Regelungsinhalt der Abrede, besteht in einer Einschränkung des Wettbewerbs, m.a.W. wohnt der wettbewerbsbeschränkende Zweck der Verhaltenskoordination inne. Dabei muss die Abrede objektiv geeignet sein, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Beeinträchtigung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Eine dahingehende subjektive Absicht 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. 3.6, Hors-Liste Medikamente Pfizer, m.w.H.; vgl. auch Urteile des BVGer 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). Fehlt ein Bezwecken, so kann ein Verhalten allenfalls eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken. Eine Abrede zeitigt dann eine Wirkung auf dem Markt, wenn es aufgrund ihrer Umsetzung zu einer Ausschaltung oder Begrenzung eines Wettbewerbsparameters führt. So ist eine die freie Preisbildung einschränkende Abrede geeignet, eine Wettbewerbsbeeinträchtigung zu bewirken (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.6, Hors-Liste Medikamente Pfizer, m.w.H.).

E. 7.2.3.2

Vorliegend ist hinsichtlich der in Frage stehenden Bauprojekte 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]).

B-654/2018 Seite 38 Inhalt der Abstimmung zwischen der (damaligen) Prader (heute: Mettler Prader) und Bezzola Denoth bei den Projekten (...) und (...) sowie zwischen Crestageo und Foffa Conrad beim Projekt (...) war nach dem Gesagten (vgl. E. 6.9 sowie nachstehend E. 8), dass Prader ([...]) und Foffa Conrad ([...]) als designierte Schutzgeberinnen zu einem höheren Preis offerieren sollen als die jeweilige Schutznehmerin, so dass Letztere die besseren Chancen auf Erhalt des Zuschlags hat.

E. 7.2.3.3

Eine solche Abstimmung über die Festlegung der Offertpreise ist objektiv geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu bewirken (vgl. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, 2. éd. 2013, Art. 4 N. 80 f.). Die jeweilige Gesellschaft der Zindel-Gruppe und die jeweilige Gesellschaft der Foffa Conrad-Gruppe 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 (vgl. E. 9). Sie haben dem Grundanliegen des Kartellgesetzes zuwidergehandelt, wonach die auf einem Markt tätigen Unternehmen die relevanten Wettbewerbsparameter unabhängig voneinander festzulegen haben (sog. Selbständigkeitspostulat; vgl. BGE 147 II 72 E. 3.2, Hors-Liste Medikamente Pfizer; Urteile des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 6.5.5.6 ff., 6.7.1.41, 7.3.2, Engadin II Rocca + Hotz; B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 5.2, Buchhändler Dargaud; B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 9.3.13, Engadin IV Foffa Conrad).

E. 7.2.3.4

Soweit die Beschwerdeführerinnen auch gegen das Merkmal des Bezweckens einer Wettbewerbsabrede einwenden, die (damalige) Prader sei bei den Projekten (...) und (...) wegen der geographischen Entfernung und Foffa Conrad beim Projekt (...) wegen fehlender technischer Fähigkeiten nicht in der Lage gewesen, in den Wettbewerb einzutreten (vgl. Beschwerde, Rz. 28, 121 ff.), überzeugt ihr Einwand aus den zum Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses dargelegten Gründen (vgl. E. 7.1.3 ff.) nicht. Wie aufgezeigt ist vielmehr davon auszugehen, dass die jeweils abredeteilige Zindel-Gesellschaft zur Ausführung des ausgeschriebenen Projekts in der Lage war. Demzufolge war die jeweilige Abrede auch unter diesem Aspekt objektiv geeignet, den Wettbewerb zu beschränken.

E. 7.2.3.5

Die Beschwerdeführerinnen wenden gegen das Merkmal des Bezweckens einer Wettbewerbsabrede weiter ein, sie hätten keinen wettbe-

B-654/2018 Seite 39 werbswidrigen Zweck verfolgt, zumal die (damalige) Prader bei den Projekten (...) und (...) kein Interesse an einem Zuschlag gehabt habe (vgl. Beschwerde, Rz. 65 [...], Rz. 90 [...]). Dieses Vorbringen betrifft die Motive der jeweils abredeteiligen Gesellschaft. Aus welchen Motiven die (damalige) Prader und Crestageo und die jeweilige Gesellschaft der Foffa Conrad-Gruppe sich über die

Wettbewerbsparameter Preis und Geschäfts- partner abgestimmt haben, ist mit Blick auf den objektivierten Zweckbegriff jedoch unerheblich (vgl. Urteil des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 6.5.5.10, Engadin II Rocca + Hotz).

E. 7.2.3.6

Die Abrede war aus diesen Gründen objektiv geeignet, den Wettbewerb in Bezug auf einen relevanten 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 f., Ticketvertrieb Hallenstadion und B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 3.2.3, Gaba). Die gegen das Tatbestandsmerkmal des Bezweckens einer Wettbewerbsbeschränkung gerichteten Einwände der Beschwerdeführerinnen sind darum – wie die Vorinstanz in Bezug auf das Projekt (...) zutreffend ausführt (vgl. Verfügung, Rz. 98 ff.) – unerheblich.

E. 7.2.3.7

Die Beschwerdeführerinnen rügen in Bezug auf das Merkmal des Bezweckens einer Wettbewerbsabrede sodann, die Vorinstanz unterlasse in bundesrechtswidriger Weise eine wirtschaftliche Betrachtungsweise (vgl. Beschwerde, Rz. 25 ff.). Dieser Einwand geht fehl. Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise liegt der gesetzgeberischen Ausgestaltung des Kartellgesetzes im Allgemeinen und den materiellen Grundnormen von Art. 4 und 5 KG im Besonderen bereits zugrunde (vgl. Botschaft KG 95, 533 ff.). Sie kommt unter anderem dadurch zum Ausdruck, dass die Legaldefinition einer Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG alternativ auf ein Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung abstellt. Dies vor dem Hintergrund, dass bestimmte Formen der Kollusion zwischen Unternehmen bereits ihrer Natur nach schädlich sind (vgl. E. 9.2.18.3 und rechtsvergleichend EuGH, EU:C:2009:343, Rz. 29 ff., T-Mobile Netherlands, in Bezug auf das Merkmal des Bezweckens oder Bewirkens einer Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag [Art. 101 Abs. 1 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, AEUV]).

E. 7.2.3.8

Die Beschwerdeführerinnen bringen weiter vor, das Objekt (...) sei nie realisiert worden, womit eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs bei diesem Objekt per se ausgeschlossen sei (vgl. Beschwerde, Rz. 35, Rz. 116). Dieser Einwand geht mit Blick auf die vorstehenden Erwägungen

B-654/2018 Seite 40 an der Sache vorbei. Wie ausgeführt, ist es für die Beurteilung des Merkmals des Bezweckens einer Wettbewerbsbeschränkung unerheblich, ob eine Abrede tatsächliche Auswirkungen auf den Wettbewerb gehabt hat. Das Kartellrecht schützt – wie die Vorinstanz zutreffend ausführt (vgl. Verfügung, Rz. 374) – den Wettbewerb an sich und nicht ein bestimmtes Ergebnis des Wettbewerbs.

E. 7.2.3.9

Die Beschwerdeführerinnen machen sodann gegen das Merkmal des Bezweckens einer Wettbewerbsbeschränkung geltend, ihr Verhalten sei mit der Bildung einer ARGE vergleichbar. Es verhalte sich vorliegend gleich wie bei ARGE's, zu denen die Lehre festhalte, dass eine Wettbewerbsabrede nur dann vorliegen könne, wenn sich durch die Bildung einer ARGE die Anzahl Angebote reduziere. Werde die Anzahl Angebote nicht reduziert, z.B. weil die ARGE-Partner allein gar nicht offerieren würden, so liege keine bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung und damit auch keine

Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor (vgl. Beschwerde, Rz. 34). Zwar können offene, d.h. dem Auftraggeber offengelegte ARGE kartell- rechtlich zulässig sein. Eine solche ARGE erscheint insbesondere in Fällen kartellrechtlich unbedenklich, in denen mehrere Unternehmen im Sinne ei- ner Bietergemeinschaft eine gemeinsame Offerte einreichen, weil sie das Projekt nicht für sich alleine, sondern nur gemeinsam ausführen können (vgl. Urteile des BVGer 807/2012 vom 15. Juni 2018 E. 9.3.4.3, 10.3.7.4 Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne; B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 9.3.17, Engadin IV Foffa Conrad; BANGERTER/ZIRLICK, in: DIKE- Kommentar, Art. 5 N. 550 ff., 554 ff.; BIRKHÄUSER, Kartellrecht und Bussen- Verfahren der Wettbewerbskommission im Bau, BR 2014, S. 77 f.; STÜSSI/LÜTHI, Zulässige ARGE im Kartellrecht, BR 4/2015, S. 205 f.; TSCHUDIN, Bau-Kartellrecht: Wie die Dinge stehen, Baurechtstagung 2019, 224 f.; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2. Aufl 2023, N 2.132). In einem solchen Fall ermöglicht es die ARGE, dass ein zusätz- licher Wettbewerber an der Ausschreibung teilnimmt, was den Wettbewerb verstärkt (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, in: DIKE-Kommentar, Art. 5 N. 554 ff., m.w.H.). Vorliegend haben die (damalige) Prader bzw. Crestageo und Bezzola De- noth sowie Foffa Conrad jedoch gerade nicht als Mitglieder einer offenen ARGE gehandelt; vielmehr hat jedes Bauunternehmen eine eigene Offerte eingereicht und der Bauherrin vorgegeben, diese autonom ausgearbeitet

B-654/2018 Seite 41 zu haben. Soweit die Beschwerdeführerinnen die von der (damaligen) Pra- der (heute: Mettler Prader; Projekte (...) und [...]) bzw. von Foffa Conrad (Projekt [...]) abgegebene "Pro-Forma-Offerte" der Bildung einer ARGE gleichsetzen möchten, ist ihnen nicht zu folgen.

E. 7.2.4

Es ist demzufolge mit der Vorinstanz darauf zu schliessen, dass die jeweilige Abstimmung eine Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bezweckt hat. Im Übrigen wäre vorliegend eine Wettbe- werbsbeschränkung auch im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bewirkt worden, zumal die (damalige) Prader ([...] und [...]) und Foffa Conrad ([...]) in Um- setzung der jeweiligen Abrede eine preislich höhere Offerte als die desig- nierte Schutznehmerin eingereicht haben.

E. 8

Qualifikation als Preis- und Geschäftspartnerabrede Die Abstimmung zwischen den Beschwerdeführerinnen und der jeweiligen Gesellschaft der Foffa Conrad-Gruppe hatte nach dem Gesagten zum Ge- genstand, dass – bei den Projekten (...) sowie (...) – Bezzola Denoth sowie – beim Projekt (...) – Crestageo als designierte Schutznehmerin zu einem günstigeren Preis als das andere abredebeteiligte Unternehmen offerieren und so die besseren Chancen haben soll, den Zuschlag zu erhalten. Zugleich hatte die jeweilige Submissionsabsprache zum Inhalt, die zu ver- gebende Arbeit – und damit die ausschreibende Stelle als potentielle Ge- schäftspartnerin – einem der Abredebeteiligten zuzuteilen (vgl. Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.2.2, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne; B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 7.3, Enga- din II Rocca + Hotz). Die vorinstanzliche Qualifikation des Verhaltens der jeweiligen Zindel-Ge- sellschaft als Beteiligung an einer horizontalen Abrede über die Preisfest- legung 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. 9) ist im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

zutreffend (vgl. Urteile des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 7.3.2, Engadin II Rocca + Hotz; B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 11.2.5, Engadin IV Foffa Conrad, B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.2.2, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne, m.w.H.; BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 7, Strassenbeläge Tessin).

B-654/2018 Seite 42

E. 9

Beseitigung oder erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

E. 9.1

Nach Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs unter anderem bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen: – Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG); – Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG). Da die Vermutungsbasis nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG gegeben ist, greift die in Art. 5 Abs. 3 KG festgelegte Rechtsfolge, wonach die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet wird (vgl. Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 7, Strassenbeläge Tessin).

E. 9.2

Es stellt sich die Frage, ob diese Vermutung vorliegend widerlegt werden kann. Zur Widerlegung ist der Nachweis erforderlich, dass trotz der Abrede wirksamer aktueller oder potentieller Aussen- und/oder Innenwettbewerb bestand (vgl. BGE 129 II 18 E. 8.1., 8.3.2, Sammelrevers; Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 9, Strassenbeläge Tessin, m.w.H.). Es gilt dabei der Untersuchungsgrundsatz (Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG; Botschaft KG 1995, S. 564 ff.).

E. 9.2.1

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 (...) führt die Vorinstanz aus, 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 ausgehen könne, sei Lazzarini. Dieses habe ebenfalls eine Offerte eingereicht und sei als aktuelle Aussenwettbewerberin zu qualifizieren.

B-654/2018 Seite 43 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 beteiligt gewesen seien, entstehen können. Das Unternehmen, von welchem damit überhaupt ein wirksamer Aussenwettbewerb ausgehen könne, sei Klucker,

Klosters-Serneus (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 ausgehen könnte, sei Eberle Landschaftsbau mit Sitz in Herisau, Appenzell-Ausserrhoden (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 "abrededefreie" Dritte respektive der Möglichkeit dieser zur Angebotsabgabe – den Zuschlag, halte er 100% des abgesprochenen relevanten Marktes. Es liesse sich nun argumentieren, die allfällige Möglichkeit "abrededefreier" Dritter, ebenfalls Angebote einzureichen, respektive deren effektive Angebotsabgabe wirke sich disziplinierend auf die in den abgesprochenen Offerten angebotenen Preise aus. Dem könne – so die Vorinstanz – bis zu einem gewissen Grad so sein, doch entscheidend sei dies vorliegend letztlich nicht. Denn wie das Ergebnis beweise, sei dieser (aktuelle respektive potentielle) Aussenwettbewerb jedenfalls

B-654/2018 Seite 44 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 [...]). Schliesslich führt die Vorinstanz an, es habe jeweils auch kein Innenwettbewerb 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. Verfügung, Rz. 123 [...], Rz. 269 [...], Rz. 392 [...]).

E. 9.2.2

Die Beschwerdeführerinnen führen unter Hinweis darauf, dass keine Wettbewerbsabrede vorgelegen habe, aus, Erörterungen über eine allfällige Beseitigung oder erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs könnten jeweils unterbleiben (vgl. Beschwerde, Rz. 78 [...], Rz. 100 [...], Rz. 118 [...]). Soweit sie im Rahmen ihrer gegen die Bemessung der Sanktion gerichteten Eventualbegründung sinngemäss vorbringen, dass ihr Verhalten keine erheblichen Auswirkungen auf den Wettbewerb gehabt habe, sind ihre Einwände bei der Beurteilung der Frage zu behandeln, ob eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG vorliegt (vgl. E. 9.2.18).

E. 9.2.3

In Bezug auf die Wettbewerbsverhältnisse bei den einzelnen Projekten ergibt sich aus den Akten Folgendes: Beim privaten Projekt (...) hat die Bauherrin drei Unternehmen zur Offertstellung eingeladen, die jeweils ein Angebot eingereicht haben (vgl. Verfügung,

Rz. 96, 121). Es handelt sich um – die (damalige) Prader (heute: Mettler Prader), – Bezzola Denoth und – Lazzarini mit Sitz in Samedan und Zweigniederlassungen unter anderem in Scuol.

E. 9.2.4

Über das Strassenbauprojekt (...) hat der Kanton Graubünden eine offene Ausschreibung durchgeführt (vgl. Amtsblatt des Kantons Graubünden vom [...]). Gemäss den Aussagen des Zeugen D. _____ hat ein Ver-

B-654/2018 Seite 45 treter des Tiefbauamts Graubünden die (damalige) Prader an der Begehung zur Offertstellung ermuntert (vgl. E. 7.1.6). Es haben drei Unternehmen eine Offerte eingereicht (vgl. Offertöffnungsprotokoll, IX.C.60 [act. 25-0039], Beilage 8), nämlich: – die (damalige) Prader (heute: Mettler Prader), – Bezzola Denoth und – Klucker mit Sitz in Klosters-Serneus.

E. 9.2.5

Beim Projekt (...) hat die [Bauherrin] die Arbeiten im Einladungsverfahren vergeben (vgl. Verfügung, Rz. 342, 390; Protokoll der Befragung von A. _____, (...) 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 A. _____ [act. 16 Rz. 89 ff., 22-0460], wonach er nicht ausschliessen könne, dass ein weiteres Unternehmen eingeladen worden sei) nicht feststellen.

E. 9.2.6

Somit ist für alle drei Projekte festzuhalten, dass es neben den abredeteiligen Gesellschaften der Zindel- und der Foffa Conrad-Gruppe mit Lazzarini ([...]), Klucker ([...]) und Eberle ([...]) jeweils ein nicht an der Abrede beteiligtes Unternehmen gab, das als sog. Aussenseiter ebenfalls eine Offerte eingereicht hat.

E. 9.2.7

Bei den Projekten (...) und (...) hat die Bauherrin – wie dargelegt – durch Einladung zur Offertstellung diejenigen Unternehmen bestimmt, welche ein Angebot einreichen können. Potentieller oder aktueller Aussenwettbewerb konnte deshalb – wie die Vorinstanz zutreffend festhält (vgl. Verfügung, Rz. 119 [...], Rz. 390 [...]) – nur von zur Einreichung eines Angebots eingeladenen Unternehmen ausgehen (vgl. auch E. 7.1.3 ff. über das Bestehen eines potentiellen oder tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisses zwischen den abredeteiligen Unternehmen).

B-654/2018 Seite 46

E. 9.2.8

Soweit die Vorinstanz ihre Einschätzung, wonach der Aussenwettbewerb 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 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) erfolgreich erweist (vgl. zur Terminologie E. 4), kann für die Frage, ob die Vermutung 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 betreffenden 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 Wettbewerbsdruck durch (potentielle) Wettbewerber ausgesetzt waren. Ob und gegebenenfalls wie viele Aussenseiter tatsächlich ein Angebot eingereicht haben, ist dabei lediglich ein Indiz bei der Beurteilung, ob im relevanten Zeitpunkt 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. 9.2.9

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 Strassenbau Kanton Aargau Erne).

E. 9.2.10

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

B-654/2018 Seite 47 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 E. 10.4.5, Strassen und Tiefbau Kanton Aargau Erne; B-697/2018 vom 28. November 2023 E. 7.5.3, Implenia Engadin VIII).

E. 9.2.11

Bei den Projekten (...) und (...) hat der jeweilige Bauherr mit der (damaligen) Prader und Lazzarini (...) sowie mit Crestageo und Eberle (...) jeweils nicht im Unterengadin ansässige Unternehmen eingeladen, ein Angebot einzureichen. Es gibt keine Hinweise, dass die abredebeteiligten Gesellschaften davon ausgingen, sie seien die einzigen zur Offertstellung angefragten Gesellschaften. So hat A. _____, (...) der Crestageo, gegenüber der Vorinstanz ausgeführt, er könne nicht sicher sagen, wer genau eingeladen worden sei (act. 16 Rz. 89 ff.). Ebenso wenig ist ersichtlich, dass die jeweils abredebeteiligten Unternehmen um die Teilnahme und das Eingabeverhalten von Lazzarini (...) oder Eberle (...) wussten.

E. 9.2.12

Demzufolge mussten die abredeteiligen Gesellschaften der Zindel- und der Foffa Conrad-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. 9.2.13

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. 9.2.14

Hinsichtlich des Projekts (...) begründet die Vorinstanz den aus ihrer Sicht unzureichenden Aussenwettbewerb auch damit, dass die mitofferierende 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).

B-654/2018 Seite 48 Dieser Einwand ist für die Beurteilung der Frage, ob die abredeteiligen 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 abredeteiligen 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).

E. 9.2.15

Dass das Projekt (...), wie die Beschwerdeführerinnen vorbringen (vgl. Beschwerde, Rz. 116 ff.), nie realisiert wurde, vermag an der Einschätzung der Wettbewerbsverhältnisse im Zeitpunkt der Ausarbeitung und Einreichung der Angebote nichts zu ändern (vgl. auch E. 7.2.3).

E. 9.2.16

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

E. 9.2.17.1

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. 9.2.17.2

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

B-654/2018 Seite 49 des Auftrags interessiert sind, besteht mit anderen Worten in der Regel eine Ungewissheit über das Marktverhalten der potentiellen Konkurrenten.

E. 9.2.17.3

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. 9.2.17.4

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 Unterengadin 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. 9.2.17.5

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. 9.2.17.6

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. 9.2.18

Führt die jeweilige 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. 9.2.18.1

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

B-654/2018 Seite 50 Zuschlag erhalten. Das Kriterium der Erheblichkeit sei somit gegeben (vgl. Verfügung, Rz. 124 ff. [...]), Rz. 270 ff. [...], Rz. 393 ff. [...]).

E. 9.2.18.2

Die Beschwerdeführerinnen verzichten zwar unter Hinweis auf das angebliche Fehlen einer Wettbewerbsabrede auf Ausführungen zur Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung (vgl. Beschwerde, Rz. 78 [...], Rz. 100 [...], Rz. 118 [...]). Im Rahmen ihrer Eventualbegründung machen sie jedoch geltend, die jeweilige Stützofferte habe keine Auswirkungen auf den Wettbewerb gehabt, womit sie sinngemäss einen Bagatellfall behaupten.

E. 9.2.18.3

Das Merkmal der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung wird weder im Gesetz noch in der Botschaft näher umschrieben. Das Bundesgericht kam im Gaba-Urteil (vgl. BGE 143 II 297) zusammenfassend zum 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 (vgl. 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 Gegenstandes erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dar (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.2, 5.6). Dementsprechend erfüllten solche Abreden das Kriterium der Erheblichkeit ohne Bezug auf einen Markt (vgl. 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. 9.2.18.4

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 hat. Obwohl Submissionsabsprachen die Abredeteilnehmer in dieser Konsultation nur teilweise vom Konkurrenzdruck durch unbeteiligte Konkurrenten

B-654/2018 Seite 51 ten entlasten könnten, beeinträchtigten auch solche Submissionsabsprachen den angestrebten Vergabewettbewerb derart, dass die Erheblichkeitsschwelle von Art. 5 Abs. 1 KG als überschritten erachtet werden müsse. Denn auch solche – nur gewisse Offerenten umfassenden – Submissionsabsprachen verkleinerten

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

E. 9.2.18.5

Diese Erwägungen gelten auch für den vorliegenden Fall einer Preis- und Geschäftspartnerabrede der jeweiligen Zindel-Gesellschaft mit der jeweiligen Gesellschaft der Foffa Conrad-Gruppe nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG (vgl. E. 8 f.). Eine solche Abrede ist entsprechend der dargelegten Rechtsprechung grundsätzlich allein aufgrund ihres Gegenstandes erheblich. Dass bei den vorliegend in Frage stehenden Projekten jeweils ein nicht an der Abrede beteiligtes Unternehmen ebenfalls eine Offerte eingereicht hat, führt nach dem Gesagten nicht zur Annahme eines Bagatellfalles (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.4.2, 5.6, Gaba; BGE 144 II 194 E. 4.3.2, BMW).

E. 9.2.18.6

Vorliegend hat die Abstimmung den Wettbewerb nicht nur potentiell, sondern auch tatsächlich beeinträchtigt. Denn die jeweilige Schutzgeberin hat sich an die Abrede gehalten und eine Stützofferte (vgl. zur Terminologie E. 4) eingereicht, womit der Innenwettbewerb zwischen ihr und der designierten Schutznehmerin in Bezug auf die erwähnten Wettbewerbsparameter beseitigt war (vgl. auch Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.3.3, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne). Insgesamt besteht vorliegend – auch mit Blick auf das jeweils hohe ([...] und [...]) oder zumindest nicht mehr geringe ([...]) Projektvolumen (vgl. E. 12.2.2) – kein Grund, unter Annahme eines Bagatellfalls die Erheblichkeit der jeweiligen Wettbewerbsbeeinträchtigung ausnahmsweise zu verneinen. Dies gilt umso mehr, als die designierte Schutznehmerin jeweils aufgrund ihres Wissens, dass sie von der designierten Schutzgeberin nicht unterboten wird,

B-654/2018 Seite 52 und des damit verbundenen geringeren Wettbewerbsdrucks zu einem tendenziell höheren Preis offeriert haben dürfte (vgl. Urteil des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 6.5.5.8, Engadin II Rocca + Hotz). Demzufolge ist darauf zu schliessen, dass die jeweilige Abrede zwischen der betreffenden Zindel-Gesellschaft und der jeweiligen Gesellschaft der Foffa Conrad-Gruppe den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zwar nicht beseitigt, aber erheblich beeinträchtigt hat. Soweit das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, das ihnen vorgeworfene Verhalten habe keine Auswirkungen gehabt, sich gegen das Merkmal der erheblichen Wettbewerbsbeschränkung richtet, ist es unbegründet.

E. 10

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

tionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen und (Bst. b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Grundsätzlich ist eine Abrede dann gerechtfertigt, wenn das Resultat effizienter ist als ohne die Abrede und wirksamer Wettbewerb nicht beseitigt wird. Der Effizienzbegriff des Kartellgesetzes ist volkswirtschaftlich zu verstehen (vgl. Botschaft KG 1995, 516; BGE 147 II 72 E. 7.2, Hors-Liste Medikamente Pfizer, m.H.; KRAUSKOPF/SCHALLER, in: 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 bzw. pro-kompetitiven Effekte ihrer Abredeteiligungen stichhaltig geltend; solche sind auch nicht auszumachen. Soweit sie vorbringen, ihr Verhalten sei mit einer kartellrechtlich zulässigen ARGE vergleichbar, kann ihnen aus den bereits zum Merkmal des Bezweckens einer Wettbewerbsabrede dargelegten Gründen nicht gefolgt werden (vgl. E. 7.2.3).

E. 11

Zwischenergebnis Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz bei den Projekten (...), (...) und (...) 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 Zindel-Gesellschaft und der jeweiligen Gesellschaft der Foffa Conrad-

B-654/2018 Seite 53 Gruppe ausgeht, welche die Abgabe einer – preislich höheren – Stützofferte durch die (damalige) Prader (heute: Mettler Prader; (...) und [...]) sowie Foffa Conrad ([...]) zum Gegenstand hatte und den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt hat.

E. 12

Sanktionierung Die Beschwerdeführerinnen erheben eventualiter mehrere Einwände gegen die Sanktionierung und die Sanktionsbemessung. Sie machen zunächst geltend, es sei ihnen keine Sanktion aufzuerlegen, weil sie bei den ihnen vorgeworfenen Abredeteiligungen keinen Umsatz erzielt hätten und die anwendbaren Rechtsgrundlagen keine Sanktionierung von umsatzlosen Abredeteiligungen vorsähen. Sodann verstosse die Höhe des Sanktionsbetrags gegen die Rechtsgleichheit und die Verhältnismässigkeit (vgl. Beschwerde, Rz. 124 ff.). Es ist daher zu beurteilen, ob die Vorinstanz die Beschwerdeführerinnen rechtmässig mit einer Verwaltungssanktion von Fr. (...) (Mettler Prader und Zindel für die Projekte (...) und [...]) und Fr. (...) (Crestageo und Zindel für das Projekt [...]) belastet hat. Dabei ist zunächst die Sanktionierbarkeit des in Frage stehenden Verhaltens der Beschwerdeführerinnen zu prüfen, bevor die konkrete Sanktionsbemessung beurteilt wird.

E. 12.1

Sanktionierbarkeit

E. 12.1.1

Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist

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

E. 12.1.2

Nach den vorstehenden Erwägungen hat die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen die Beteiligung an einer unzulässigen Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG über die Projekte (...), (...) und (...) rechtsgenügend nachgewiesen. Damit ist der objektive Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt. Umstritten und zu beurteilen ist, ob B-654/2018 Seite 54 auch Stützofferten ([...] und [...]) und aus weiteren Gründen umsatzlose Abredebeiträge ([...]) mit einer Verwaltungsanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG zu ahnden sind.

E. 12.1.3

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 BVerfG B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 9.1.3, Engadin II Rocca + Hotz; B-2798/2018 vom 16. Februar 2021 E. 12.1.2, Naxoo; B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.2.1, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne; B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 8.2, Nikon; B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 654 ff., 674 ff., Swisscom ADSL; B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 14.3.5, Gaba). Für die Beurteilung der subjektiven Zurechenbarkeit und damit der Vorwerfbarkeit im engeren Sinne ist ein objektiver Sorgfaltsmassstab anzusetzen (vgl. Urteil des BVerfG B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.2.4, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne, m.w.H.). Die Vorinstanz führt aus, die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen gehandelt und die kartellrechtswidrige Submissionsabsprache getroffen hätten, hätten dies zumindest eventualvorsätzlich getan. Sodann seien die handelnden natürlichen Personen für die jeweiligen Unternehmen zeichnungsberechtigt und hätten jeweils mindestens dem mittleren oder oberen Kader oder der Geschäftsleitung angehört. Ihr Vorsatz bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen sei daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen (vgl. Verfügung, Rz. 140). Die Beschwerdeführerinnen wenden nichts gegen diese Beurteilung ein. Aufgrund der vorliegenden Aktenlage ist denn auch davon auszugehen, dass die für die Beschwerdeführerinnen handelnden Personen in Ausübung der ihnen ordentlich zugewiesenen geschäftlichen Tätigkeiten gehandelt und sich durch den bewussten Abschluss der vorliegenden Submissionsabsprachen pflichtwidrig und damit schuldhaft verhalten haben. Vorliegend ist das pflichtwidrige Verhalten der Mitarbeitenden den Beschwerdeführerinnen subjektiv zuzurechnen, zumal die handelnden Personen mit der betroffenen Geschäftstätigkeit ordnungsgemäss betraut waren.

B-654/2018 Seite 55 Insgesamt besteht keine Veranlassung, das von der Vorinstanz bejahte subjektive Tatbestandsmerkmal des Verschuldens im Sinne von Vorwerfbarkeit bei den Beschwerdeführerinnen zu beanstanden.

E. 12.1.4

Die Beschwerdeführerinnen sind als Aktiengesellschaften zulässige Adressatinnen einer Verfügung, mit der ihnen die Vorinstanz eine Verwaltungsanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG auferlegt (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.1, Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau Erne). Die Mettler Prader (Beschwerdeführerin 2) ist Nachfolgerin der an den unzulässigen Wettbewerbsabreden über die Projekte (...) und (...) direkt beteiligten Prader (vgl. Sachverhalt, A; Verfügung, Rz. 80, 230). Deren Verhalten ist ihr praxismässig zuzurechnen (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4, Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau Erne). Dass die Vorinstanz die Verwaltungsanktion in Bezug auf die Projekte (...) und (...) sowohl Mettler Prader als auch Zindel als deren Muttergesellschaft einerseits sowie hinsichtlich des Projekts (...) Crestageo und deren Muttergesellschaft Zindel andererseits in jeweils solidarischer Mithaftung auferlegt (vgl. Sachverhalt, A), steht im Einklang mit der Rechtsprechung (vgl. Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 3.4 [in BGE 139 I 72 nicht publiziert] Publigroupe); Urteile des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 Rz. 35 ff., Six, B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.2.4, 11.4, Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau Erne, und B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 8.2.6, Nikon, jeweils m.w.H.). Die Beschwerdeführerinnen wenden hiergegen zu Recht nichts ein.

E. 12.1.5

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, umsatzlose Beteiligungen an Abreden dürften nicht mit einer Verwaltungsanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG geahndet werden. Vielmehr verbiete die bundesrechtskonforme Auslegung und Anwendung von Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 3 ff. SVKG eine Belastung der Beschwerdeführerinnen mit Sanktionen. Denn sie hätten mit den drei Objekten keine Umsätze erzielt. Ein solches Vorgehen verletze vielmehr das – Verfassungsrang aufweisende – strafrechtliche Legalitätsprinzip, wie es in Art. 1 des Strafgesetzbuchs (StGB) und in Art. 7 EMRK festgehalten werde. Es sei zudem unverhältnismässig, für die (damalige) Prader in Bezug auf die Projekte (...) und (...) fiktive Umsätze und Gewinne zu schaffen (vgl. Beschwerde, Rz. 15, 124 ff.).

B-654/2018 Seite 56

E. 12.1.6

Die Vorinstanz führt an, Prader habe keinen Umsatz erzielt, da ihr die Rolle der Schutzgeberin zugedacht gewesen sei. Art. 49a Abs. 1 KG sehe eine Sanktionierung von Unternehmen vor, welche sich an einer Abrede beteiligt hätten. Das Entfallen der Belastung sei auf Gesetzesstufe nur aus den in Art. 49a Abs. 3 KG abschliessend aufgeführten Gründen vorgesehen. Eine rein auf der Basis des eigenen Umsatzes zu bemessende Sanktion würde bei Abredeteiligen, deren Schutznahme erfolglos geblieben sei oder die durch eine Stützofferte den designierten Zuschlagsempfänger schützen sollten, aufgrund fehlenden Umsatzes zu einer Nichtsanktionierung führen, die in Art. 49a KG nicht vorgesehen sei. Dieses Ergebnis entspreche nicht dem Sinn und Zweck der Regelung von Art. 3 SVKG und könne vom Verordnungsgeber nicht gewollt gewesen sein (vgl. Verfügung, Rz. 144 ff. [...], Rz. 290 [...], Rz. 412 ff. [...]).

E. 12.1.7

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinen Urteilen in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau festgehalten, dass Art. 49a Abs. 1 KG zur Sanktionierung auch von umsatzlosen Beteiligungen an Submissionsabsprachen nach Art. 5 Abs. 3 KG in Form von Stützofferten verpflichte (vgl. Urteile des BVGer B-771/2012, B-807/2012, B-829/2012,

B-880/2010, je vom 25. Juni 2018 E. 9.6.8.3, E. 11.5.8.3, E. 10.5.8.3, E. 11.4.8.3 Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Cellere, Erne, Granella, Umbricht; bestätigt in B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 15.1.7, Engadin IV Foffa Conrad). Demnach bildet Art. 49a Abs. 1 KG für die Sanktionierung von umsatzlosen Beteiligungen an Submissionsabsprachen die hinreichende formell- gesetzliche Rechtsgrundlage (vgl. TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 49; ZIRLICK/BRUCH, Ausgewählte Verfahrensrechtliche Fragen, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz [Hrsg.], Verfahrensrecht, staatliche Wirtschaftstätigkeit und algorithmenbasierte Kartelle, 2019, S. 19 ff.). Ein Spielraum für eine davon abweichende Regelung auf Verordnungs- stufe besteht nicht. Vielmehr hat der Gesetzgeber die grundlegenden Vo- raussetzungen für einen ganzen oder teilweisen Verzicht auf die Belastung mit einer Sanktion ebenfalls abschliessend auf Gesetzesstufe geregelt. So kann nach Art. 49a Abs. 2 KG auf eine Belastung eines Unternehmens mit einer Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs.1 KG ganz oder teilweise ver- zichtet werden, wenn dieses an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt. Und nach Art. 49 Abs. 3 KG entfällt die Belastung, wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet (Bst. a), die Wettbewerbsbeschrän-

B-654/2018 Seite 57 kung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr aus- geübt worden ist (Bst. b) oder der Bundesrat eine Wettbewerbsbeschrän- kung nach Art. 8 KG zugelassen hat (Bst. c). Mit Art. 60 KG wird dem Bundesrat lediglich die Kompetenz zum Erlass der "Ausführungsbestimmungen" zum Kartellgesetz eingeräumt (vgl. Botschaft KG 1995, 626). Eine Delegation für den Erlass gesetzesvertretender Ver- ordnungsbestimmungen – welche eine (über die Bonusregelung gemäss Art. 49a Abs. 2 KG hinausgehende) Sanktionsbefreiung von nach Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionierenden Kartellrechtsverstössen vorsehen würden – besteht nicht (vgl. Urteile des BVGer B-771/2012, B-807/2012, B-829/2012, B-880/2010, je vom 25. Juni 2018 E. 9.6.8.3, E. 11.5.8.3, E. 10.5.8.3, E. 11.4.8.3 Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Cellere, Erne, Granella, Umbricht; ZIRLICK/BRUCH, a.a.O., S. 19 ff.). Die KG-Sanktionsverordnung (SVKG) respektiert die Grenzen der Geset- zesdelegation denn auch fraglos. Gemäss Art. 1 SVKG beschränkt sich die Verordnung ausdrücklich darauf, Folgendes zu regeln: – die Voraussetzungen und das Verfahren beim gänzlichen oder teilwei- sen Verzicht auf eine Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 2 KG (vgl. Bst. b), – die Voraussetzungen und das Verfahren der Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG (vgl. Bst. c), – die Bemessungskriterien bei der Verhängung von Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG (vgl. Bst. a). Nicht zum Regelungsgegenstand der SVKG zählt es, Fallkonstellationen wie jene der Stützofferten und der erfolglosen Schutznahmen, welche die Voraussetzungen für die direkte Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG erfüllen, von der gesetzlichen Sanktionierungspflicht auszunehmen; vorbe- halten ist immerhin eine vollständige Sanktionsbefreiung gestützt auf Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b und Art. 8 ff. SVKG. Diese Ein- schränkung ergibt sich bereits aus der Umschreibung des Regelungsge- genstands der Verordnung in Art. 1 Bst. a SVKG, wo von der blossen Re- gelung der "Bemessungskriterien" die Rede ist. Aber auch der systemati- sche Aufbau der Verordnung bestätigt ("2. Abschnitt: Sanktionsbemes- sung"), dass der Bundesrat sich beim Erlass dieser Ausführungsbestim- mungen auf die Konkretisierung der Bemessungskriterien bei der Verhän- gung von Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG beschränkt hat (vgl. Urteil

B-654/2018 Seite 58 des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.8.4, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht).

E. 12.1.8

Aus diesen Gründen sind die Wettbewerbsbehörden aufgrund von Art. 49a Abs. 1 KG nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, umsatzlose Beteiligungen an Submissionsabsprachen in Form einer Stützofferte zu sanktionieren. Nichts anderes kann in Fällen gelten, in denen – wie beim Projekt (...) – ein von einer Abrede betroffenes Projekt nicht realisiert worden ist. Die gegen die Sanktionierbarkeit ihrer umsatzlosen Abredebeteiligungen gerichteten Einwände der Beschwerdeführerinnen sind deshalb unbegründet. Davon ausgehend ist nachfolgend zu prüfen, ob die Vorinstanz den Basisbetrag rechtmässig festgelegt hat. Dabei ist zunächst auf die Bemessungsgrundlage einzugehen, bevor die Höhe des Basisbetrags beurteilt wird.

E. 12.2

Methode der Bemessung

E. 12.2.1

Die Vorinstanz führt zur Bemessungsgrundlage für den Basisbetrag aus, vor dem Hintergrund, dass auch Stützofferten nach Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren seien, sei vorliegend – unter Berücksichtigung der vom Gesetz- und Verordnungsgeber in Art. 49a KG und Art. 3 SVKG getroffenen Wertungen – ein Basisbetrag zu bestimmen, der einerseits den von der Submissionsabrede betroffenen Umsatz einbeziehe und andererseits die Schwere und Art des Verstosses berücksichtige.

E. 12.2.2

Vorliegend zog die Vorinstanz als Basisumsatz für die abredebeteiligten 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 [(...)]). Es handle sich hierbei jeweils um den Umsatz, den die geschützte Gesellschaft beim Bauprojekt erzielte oder gemäss der Abrede hätte erzielen sollen. Denn dieser Betrag reflektiere die wirtschaftliche Bedeutung der fraglichen Submission und damit des entsprechenden Markts und gebe dadurch Aufschluss über die Tragweite und das Schädigungspotential des Kartellrechtsverstosses. Konkret ergebe sich daraus für den Basisbetrag

B-654/2018 Seite 59 eine Obergrenze von Fr. (...) ([...]) und Fr. (...) ([...]) sowie Fr. (...) ([...]; vgl. Verfügung, Rz. 148, 292 ff., 414).

E. 12.2.3

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. 12.1.1) festgelegten – Sanktionsrahmens präzisiert. Ausgangspunkt ist die Festlegung eines Basisbetrags. Die diesbezügliche Bestimmung von Art. 3 SVKG lautet wie folgt: "Der Basisbetrag der Sanktion bildet je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat."

E. 12.2.4

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

E. 12.2.5

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 Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) insbesondere und in erster Linie auch die vom Kartellgesetz selber aufgestellten Anforderungen an die Sanktionsbemessung zu beachten (vgl. Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.8.7, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht; B-716/2018 vom 23. November 2023 E. 9.3.4, Engadin VI Implenja).

E. 12.2.6

So schreibt Art. 49a Abs. 1 KG weiter vor, dass ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist, mit einem Betrag bis maximal 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet werden kann. Dabei ist anerkannt, dass Kartellsanktionen schmerzen, aber ein Unternehmen auch nicht in den Konkurs treiben sollen. Der finanzielle Nachteil soll jedoch so gross sein, dass sich eine Beteiligung an der Zuwiderhandlung nicht lohnt (vgl. Urteile des BVGer B-2798/2018 vom 16. Februar 2021 E. 12.2.2, Na-xoo; B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.8.7, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne, jeweils m.H. auf BGE 143 II 297 E. 9.7.2 m.H., Gaba;

B-654/2018 Seite 60 Erläuterungen der Vorinstanz zur KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 2 Abs. 2, nachfolgend: Erläuterungen KG-Sanktionsverordnung).

E. 12.2.7

Indem die Vorinstanz auf die Offertsumme von Bezzola Denoth als erfolgreiche Schutznehmerin ([...] und [...]) 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. Dasselbe gilt auch für die Anknüpfung an den Offertbetrag von Crestageo beim Projekt (...) (vgl. zur volkswirtschaftlichen Schädlichkeit auch Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.8.9, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne). Eine solche Bemessungsmethode trägt dem Grundgedanken von Art. 3 SVKG Rechnung, wonach die Bemessungsgrundlage für den Basisbetrag anhand eines tatnahen Umsatzes zu bestimmen ist (vgl. in diesem Sinne Urteile des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 9.5.2, Engadin II Rocca + Hotz; B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 18.3.3, Buchhändler Dargaud, m.w.H.). Sie entspricht im Übrigen auch der Praxis der EU-Wettbewerbsinstanzen (vgl. EuGH, C-580/12, EU:C:2014:2363, Rz. 57, Guardian Industries; EuG, T-211/08, EU:T:2011:289, Rz. 58 ff., belgisches Umzugskartell Putters, jeweils mit Hinweisen auf Ziff. 13 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäss Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a der Verordnung Nr. 1/2003 [ABl. 2006, C 210, S. 2]).

E. 12.2.8

Die von der Vorinstanz gestützt hierauf gewählte Methode zur Festlegung der Bemessungsgrundlage für den Basisbetrag ist schlüssig und nachvollziehbar und mit den allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen – insbesondere mit den Grundsätzen der Gesetz- und der Verhältnismässigkeit nach Art. 5 Abs. 1 und 2 BV – sowie mit den kartellgesetzlichen Vorgaben nach Art. 49a Abs. 1 KG vereinbar (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 15.2.7, Engadin IV Foffa Conrad). Aufgrund des Gesagten und entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen wahrt die gewählte Methode auch das strafrechtliche Legalitätsprinzip nach Art. 7 Abs. 1 EMRK, das auf Kartellrechtssanktionen anwendbar ist (vgl. Urteile des BVGer B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 E.

E. 12.3

Basisbetragsatz

E. 12.3.1

Es ist sodann die Rechtmässigkeit des Basisbetragsatzes zu beurteilen. Beim Projekt (...) legt die Vorinstanz den Basisbetragsatz bei Bezzola Denoth als erfolgreicher Schutznehmerin 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 Basisbetrag von Fr. (...) als angemessen (vgl. Verfügung, Rz. 152 f.). Hieraus ergibt sich ein Basisbetragsatz von knapp 5% (4,95%). Beim Projekt (...) legt die Vorinstanz den Basisbetragsatz gegenüber Bezzola Denoth als erfolgreicher Schutznehmerin ebenfalls 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 Basisbetrag von

B-654/2018 Seite 62 Fr. (...) als angemessen (vgl. Verfügung, Rz. 296 f.). Hieraus ergibt sich ein Basisbetragsatz von knapp 5% (4,98%). Beim Projekt (...) legt die Vorinstanz gegenüber Crestageo als erfolgloser Schutznehmerin den Basisbetrag auf Fr. (...) fest. Dies entspricht knapp 5% (4,98%) der Offertsumme von Fr. (...).

E. 12.3.2

Die Beschwerdeführerinnen beanstanden die konkrete Höhe der Sanktion als bundesrechtswidrig. Sie machen im Einzelnen geltend, die Sanktion müsse deutlich tiefer sein, um bundesrechtskonform zu sein. Die von der Vorinstanz festgelegte Höhe missachte sowohl die Geringfügigkeit des jeweiligen Verstosses als auch die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Verhältnismässigkeit (vgl. Beschwerde, Rz. 15, 167 ff.).

E. 12.3.3

Die Vorinstanz führt zur Begründung des jeweiligen Basisbetragsatzes an, Bezzola Denoth als Schutznehmerin und die (damalige) Prader (heute: Mettler Prader) als schützendes Unternehmen ([...] und [...]) sowie Crestageo als erfolglose Schutznehmerin und Foffa Conrad als schützendes Unternehmen ([...]) hätten sich jeweils an einer Abrede beteiligt, welche den Preis und auch die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand gehabt habe. Die erwähnten Unternehmen hätten dabei vorsätzlich gehandelt. Diese Art Wettbewerbsabrede laufe den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie sei das Schädigungspotential von Abreden über den Preis

und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend seien zudem mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen (vgl. Verfügung, Rz. 150 ff. [...], Rz. 294 ff. [...], Rz. 416 [...]). Bei allen drei Projekten habe die Abrede sodann den Wettbewerb beseitigt (vgl. Verfügung, Rz. 123 [...], Rz. 294 [...], Rz. 374 [...]). Die Abreden über die Projekte (...) und (...) seien deshalb schwerwiegend (vgl. Verfügung, Rz. 151 [...], Rz. 295 [...]). Beim Projekt (...) sei unter dem Aspekt der Schwere des Verstosses dem Umstand Rechnung zu tragen, dass das Projekt wegen äusserer Umstände, nämlich (...), nicht ausgeführt werden können. Der betreffende Verstoss sei demnach als mittelschwer zu werten (vgl. Verfügung, Rz. 417 f.).

B-654/2018 Seite 63

E. 12.3.4

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

E. 12.3.5

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 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. 12.3.6

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

E. 12.3.7

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 über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002 2022 ff., 2036, nachfolgend Botschaft KG 2002; BGE 135 II 60 E. 2.1, Domestic Interchange Fee; BGE 143 II 297 E. 5.2.4, Gaba; Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 8, Strassenbeläge Tessin, m.w.H.; ANDREAS HEINEMANN, in: Festschrift für Roland von Büren, S. 613; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 25, 50).

E. 12.3.8

Mit einer öffentlichen oder privaten Ausschreibung schaffen Ausschreiber eine Wettbewerbssituation unter den vom konkreten Vergabeverfahren angesprochenen Marktteilnehmern. Diese sollen in einen Wirtschaftlichkeits-Wettbewerb treten, wobei sie sich darum bemühen sollen, Mitbewerber mit einem insgesamt attraktiveren Angebot zu übertreffen.

B-654/2018 Seite 64 Dies im Wissen, dass nur der auf die Zuschlagskriterien bezogene günstigste Anbieter den Zuschlag erhält. Der Vergabewettbewerb soll es einem Ausschreiber ermöglichen, Leistungen zu vergleichen und das Angebot mit dem besten Preis-/Leistungsverhältnis und damit das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot wählen zu können. Der angestrebte Vergabewettbewerb spielt aber nur dann, wenn die Offerenten unabhängig voneinander um die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung wetteifern, indem sie ihr Angebot je individuell und im Sinne der Bedürfnisse des Ausschreibers zu optimieren versuchen. Die Ermittlung des wirtschaftlich vorteilhaftesten Angebots aus mehreren Angeboten obliegt allein dem Ausschreiber. Dieser tritt mit jedem teilnahmeberechtigten Anbieter in je ein Verhandlungsverhältnis im Hinblick auf einen allfälligen späteren Vertragsabschluss. Die Verhandlungsverhältnisse beinhalten dabei immer ein Vertrauensverhältnis, welches neben dem Ausschreiber auch jeden teilnahmeberechtigten Anbieter zu einem Verhalten nach Treu und Glauben verpflichtet (Art. 2 ZGB; vgl. PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl. 2011, Rz. 470, 474). Als Ausfluss dieses Vertrauensverhältnisses und des zentralen Wettbewerbscharakters der Ausschreibung haben sowohl private als auch öffentliche Ausschreiber berechtigterweise ein hohes Vertrauen darin, dass Anbieter tatsächlich jeweils selbständig und unabhängig voneinander um den Vertragsabschluss wetteifern. Anbieter unterlaufen jedoch die Wettbewerbszielsetzung des Vergaberechts, wenn sie die zur Erzielung des wirtschaftlich vorteilhaftesten Angebots vorausgesetzte freie Willensbildung des Ausschreibers eigenmächtig durch Kontaktaufnahmen untereinander manipulieren oder auch nur zu manipulieren versuchen. Anbieter, welche ihr Angebot verdeckt, nicht selbständig und unabhängig ausarbeiten, spiegeln dem Ausschreiber treuwidrig eine unabhängige Offerteingabe und damit einen vermeintlich unverfälschten Wettbewerb vor. Das zentrale Hauptziel des Vergaberechts, den wirksamen Wettbewerb unter den Anbietern zu fördern, wird bei dieser Sachlage verfehlt (vgl. Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018 E. 7.3.2, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Celere, m.w.H.).

E. 12.3.9

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 erzielern. Aufgrund marktfremder Preissteigerungen auf Kosten der Allgemeinheit, eines geringeren Effizienz- und Innovationswettbe-

B-654/2018 Seite 65 werbs sowie verzögerter oder ausbleibender Strukturanpassungen verursachen Submissionsabsprachen vielmehr auch mittel- und langfristige hohe volkswirtschaftliche Kosten und Schäden (vgl. Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.6.4, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht, m.w.H.). Die besonders schädliche Qualität der vorliegenden – unter Art. 5 Abs. 3 KG fallenden – Submissionsabsprachen bleibt denn auch im Fall einer Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bestehen (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.2.4, 9.4.4, Gaba).

E. 12.3.10

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

E. 12.3.11

Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Schädlichkeit der vorliegenden Submissionsabsprachen anders zu beurteilen wäre. Dies umso mehr, als die jeweilige Abrede durch Abgabe einer Stützofferte auch umgesetzt worden ist. Hinzu kommt, dass Bezzola Denoth bei den Projekten (...) und (...) sowie Crestageo beim Projekt (...) als designierte Schutznehmerin den Zuschlag auch tatsächlich erhalten haben. An dieser Beurteilung nichts zu ändern vermag der Umstand, dass die jeweilige Schutznehmerin das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot eingereicht hat (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.6.5, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne). Es besteht kein ernsthafter Zweifel daran, dass die designierte Schutznehmerin im Wissen um die Stützofferte einer anderen Anbieterin zu einem höheren Preis als unter Wettbewerbsbedingungen offeriert haben dürfte. Das Kartellrecht will nicht bestimmte Ergebnisse sicherstellen, sondern einen funktionierenden Wettbewerb als dynamischen Prozess fördern.

E. 12.3.12

Dass es neben den abredeteiligen Unternehmen sog. Aussen-seiter gab – Lazzarini beim Projekt (...), Klucker beim Projekt (...) und Eberle beim Projekt (...) –, die an der jeweiligen Ausschreibung ebenfalls eine Offerte eingereicht haben und dabei zu einem höheren Preis offerierten als die designierte Schutznehmerin, ändert nichts an der Schädlichkeit des fraglichen Verhaltens für das Funktionieren des Wettbewerbs (vgl. E. 9.2.18.4).

B-654/2018 Seite 66

E. 12.3.13

Die Vorinstanz begründet den im Vergleich zur erfolgreichen Schutznehmerin ([...] und [...]) um die Hälfte reduzierten Basisbetragsatz damit, dass die (damalige) Prader als Schutzgeberin aus ihrer Abredeteiligung – im Gegensatz zu Bezzola Denoth als Schutznehmerin – keinen Umsatz erzielt habe (vgl. Verfügung, Rz. 144 [...], Rz. 289 f. [...]).

E. 12.3.14

Die von der Vorinstanz vorgenommene hälftige Reduzierung des Basisbetragsatzes gegenüber Mettler Prader und Zindel im Vergleich zu Bezzola Denoth als Schutznehmerin bei den Projekten (...) und (...) erscheint vertretbar und angemessen und ist deshalb bundesrechtlich nicht zu beanstanden. Indem die Vorinstanz bei der Beurteilung der Schwere des kartellrechtswidrigen Verhaltens auch die Rolle des jeweiligen abredeteiligen Unternehmens berücksichtigt, übt sie ihr Ermessen pflichtgemäss aus (vgl. in diesem Sinne Botschaft KG 2002, 2034, 2039; KRAUS-KOPF/SENN, Die Teilrevision des Kartellrechts – Wettbewerbspolitische Quantensprünge, sic! 2003, S. 21). Sie berücksichtigt dadurch auch, dass der mit der Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1

KG auferlegte finanzielle Nachteil – zur Sicherstellung einer wirksamen Abschreckung – so gross sein soll, dass sich eine (auch umsatzlose) Beteiligung an einer Zuwiderhandlung wirtschaftlich nicht lohnt (vgl. in diesem Sinne Urteile des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 630, Swisscom ADSL; B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 8.1.4, 9.2.3, Nikon; Erläuterungen KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 5 Abs. 1; ZIRLICK/BRUCH, a.a.O., S. 19 ff., 23; vgl. E. 12.2.6). Bei Submissionsabsprachen ist davon auszugehen, dass eine erfolgreiche Schutznehmerin eine Kartellrente erzielt (vgl. OECD-Report, Competition and Procurement, 2011, Key Findings); diese Kartellrente ist – soweit sie abgeschätzt werden kann – gemäss Art. 49a Abs. 1 KG angemessen zu berücksichtigen und somit abzuschöpfen. Da diese Zwecksetzung bei umsatzlosen Abredebeiträgen in Form einer Stützofferte entfällt, erscheint es im Lichte der erwähnten rechtsstaatlichen Grundsätze (vgl. E. 12.2.5) regelmässig sachgerecht, Stützofferten mit einem im Vergleich zu erfolgreichen Schutznahmen tieferen Basissatz zu ahnden (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 15.3.14, Engadin IV Foffa Conrad).

E. 12.3.15

Damit übereinstimmend führen die EU-Gerichte aus, es seien bei der Festsetzung der Höhe von Geldbussen sämtliche Faktoren zu berücksichtigen, die für die Beurteilung der Schwere von Zuwiderhandlungen eine Rolle spielen, wie das Verhalten jedes einzelnen Unternehmens, die Rolle, die jedes Unternehmen bei der Abstimmung der Verhaltensweisen gespielt

B-654/2018 Seite 67 habe, der Gewinn, den die Unternehmen aus diesen Verhaltensweisen hätten ziehen können, ihre Grösse und der Wert der betroffenen Waren sowie die Gefahr, die derartige Zuwiderhandlungen für die Ziele der EU bedeuten (EuGH, C-389/10, EU:C:2011:816, Rz. 123 ff., KME; EuG, T-391/09, EU:T:2014:22, Rz. 238, Evonik Degussa).

E. 12.3.16

Die Beschwerdeführerinnen wenden gegen die Bemessungsmethode der Vorinstanz weiter ein, diese ziehe ohne rechtliche Grundlage denselben Umsatz mehrfach heran, um die Sanktion für mehrere Unternehmen zu berechnen (vgl. Beschwerde, Rz. 152 ff.). Dieser Einwand beruht auf unzutreffenden rechtlichen Annahmen. Die Zwecksetzung der Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG ist nicht auf die Abschöpfung einer mutmasslichen Kartellrente (vgl. hierzu Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 630, Swisscom ADSL) begrenzt. Vielmehr liegen ihr weitere präventive und vergeltende Zwecke zugrunde (vgl. Botschaft KG 2002, 2033 ff.; KRAUSKOPF/SENN, Die Teilrevision des Kartellrechts – Wettbewerbspolitische Quantensprünge, sic! 2003, S. 11 ff.; PATRICK SOMMER, Praktische Verfahrensfragen bei Inanspruchnahme der Bonusregelung, Jusletter vom 17. Oktober 2005, Rz. 2; ZIRLICK/BRUCH, a.a.O., S. 19 f.). Dementsprechend verpflichtet Art. 49a Abs. 1 KG – wie aufgezeigt – zur Sanktionierung auch von umsatzlosen Beteiligungen an Submissionsabsprachen nach Art. 5 Abs. 3 KG (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 15.3.16, Engadin IV Foffa Conrad). In diesem Sinne halten auch die EU-Gerichte fest, zwar müsse die Höhe der gegen ein Unternehmen festgesetzten Geldbusse in einem angemessenen Verhältnis zur Dauer der Zuwiderhandlung und zu den anderen Faktoren stehen, die für die Beurteilung der Schwere des Verstosses eine Rolle spielten, darunter zu dem Gewinn, den das betreffende

Unternehmen aus seinem Verhalten habe ziehen können. Diese Erwägung könne jedoch nicht dahingehend ausgelegt werden, dass dieser Gewinn eine Obergrenze für die Geldbusse darstelle. Vielmehr stehe die Tatsache, dass ein Unternehmen aus der Zuwiderhandlung keinen Vorteil gezogen habe, der Verhängung einer Geldbusse nicht entgegen, soll diese ihren abschreckenden Charakter nicht verlieren (vgl. EuG, T-53/03, EU:T:2008:254, Rz. 441, BPB; EuG, T-391/09, EU:T:2014:22, Rz. 239, 241, Evonik Degussa).

B-654/2018 Seite 68

E. 12.3.17

Bei den Projekten (...), (...) und (...) geht die Vorinstanz – wie aufgezeigt zu Unrecht (vgl. E. 9.1 ff.) – jeweils 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 (vgl. E. 12.3.5) durch eine Reduktion des – in der angefochtenen Verfügung auf jeweils rund 5% festgelegten (vgl. E. 12.3.1) – Basisbetragsatzes Rechnung zu tragen. Dieser ist unter Würdigung aller relevanten Umstände auf 4% herabzusetzen.

E. 12.3.18

Bei einem Basisbetragsatz von 4% ergeben sich die folgenden Sanktionsbeträge: – Fr. (...) ([...]) sowie Fr. (...) ([...]) für Mettler Prader und Zindel, woraus eine Gesamtsanktion für Mettler Prader (unter solidarischer Mithaftung von Zindel) von insgesamt Fr. (...) resultiert. Diese ist um rund 1/5 tiefer als der von der Vorinstanz festgelegte Sanktionsbetrag von Fr. (...) – Fr. (...) für Crestageo und Zindel ([...]). Die Beschwerdeführerinnen machen eventualiter gestützt auf das Grundrecht auf Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) eine weitergehende Reduktion des Sanktionsbetrags geltend. Sie verweisen auf tiefere Sanktionsbeträge, welche die Vorinstanz in früheren Entscheidungen für umsatzlose Beteiligungen an Submissionsabsprachen verhängt habe. Wie aufgezeigt, besteht jedoch keine gefestigte Praxis der Wettbewerbsbehörden zur Sanktionsbemessung bei Submissionsabsprachen, auf die sich die Beschwerdeführerinnen unter dem Titel der Rechtsgleichheit allenfalls berufen könnten (vgl. E. 5.3). Soweit die Beschwerdeführerinnen gestützt auf eine entsprechende Praxis der Vorinstanz eine unverhältnismässige Bemessung der Sanktion rügen, kann ihnen schon aus diesem Grund nicht gefolgt werden.

E. 12.4

Erschwerungs- und Milderungsgründe

E. 12.4.1

Die angefochtene Verfügung nimmt weder Erschwerungs- noch Milderungsgründe an.

E. 12.4.2

Die angefochtene Verfügung führt in Bezug auf das Projekt (...) aus, es sei vorliegend zwar erstellt, dass die (damalige) Prader (heute: Mettler Prader) Bezzola Denoth bei diesem Projekt im Hinblick auf die Angebotskoordinierung kontaktiert habe. Für die Bejahung einer anstiftenden Rolle genüge die Herstellung des Erstkontakts jedoch nicht. Vielmehr seien wei-

B-654/2018 Seite 69 tere Elemente, wie etwa ein motivierendes Verhalten oder eine Anreizsetzung, erforderlich. Solche zusätzlichen Elemente liessen sich den erhobenen Beweismitteln nicht entnehmen. Eine Straferhöhung infolge einer anstiftenden Rolle im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG scheidet damit aus (vgl. Verfügung, Rz. 166).

E. 12.4.3

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. 12.4.4

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 (damaligen) Prader ersichtlich.

E. 12.4.5

Mildernde Umstände nach Art. 6 SVKG sind nicht ersichtlich und zudem auch nicht geltend gemacht.

E. 12.5

Verhältnismässigkeit des Sanktionsbetrags

E. 12.5.1

In der Beschwerde wird in verschiedener Hinsicht geltend gemacht, der Sanktionsbetrag sei nicht verhältnismässig. So stehe die Gesamtsanktion in keinem vernünftigen Verhältnis zum volkswirtschaftlich verursachten Schaden (vgl. Beschwerde, Rz. 162).

E. 12.5.2

Bei der Festsetzung der Sanktion ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten (Art. 5 Abs. 2 BV, Art. 5 Abs. 2 SVKG). Der Sanktionsbetrag muss deshalb in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere des Wettbewerbsverstosses stehen (vgl. E. 12.2.5). Zudem hat er für das sanktionierte Unternehmen tragbar zu sein (vgl. Erläuterungen KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 2 Abs. 2; Urteil des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 9.8, Engadin II Rocca + Hotz).

B-654/2018 Seite 70 Die gegenüber der angefochtenen Verfügung herabgesetzten Sanktionsbeträge tragen der – vorstehend aufgezeigten (vgl. E. 9.2.18.3 ff.; 12.2.7) – Schwere des jeweiligen Verstosses Rechnung und erscheinen unter Würdigung der Umstände des Einzelfalls verhältnismässig und angemessen. Die Beschwerdeführerinnen legen zudem weder stichhaltig dar noch ist ersichtlich, dass der Sanktionsbetrag für diese nicht tragbar ist. Vor diesem Hintergrund sind die weiteren – insbesondere auf die Verhältnismässigkeit gestützten – Rügen der Beschwerdeführerinnen gegen die Höhe der

Sanktionen – soweit sie rechtserheblich sind – unbegründet.

E. 13

Zusammenfassung Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführerinnen eine Beteiligung an je einer unzulässigen Wettbewerbsabrede über die Projekte (...), (...) und (...) rechtsgenügend nachgewiesen. Diese ist gemäss Art. 49a Abs. 1 KG als Preis- und Geschäftspartnerabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG zu sanktionieren. Da die jeweiligen Abredeteilungen der Beschwerdeführerinnen den Wettbewerb nicht beseitigt, sondern bloss erheblich beeinträchtigt haben, sind die vorinstanzlich festgelegten Sanktionsbeträge im Umfang von 1/5 zu reduzieren.

E. 14

Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens

E. 14.1

Die Beschwerde richtet sich sinngemäss auch gegen die Auferlegung von Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens (vgl. Urteil des BVGer B-716/2018 vom 23. November 2023 E. 17 Engadin VI Implenia). Diese belaufen sich auf Fr. 64'730.–. Der Betrag setzt sich zunächst aus einem Zeitaufwand von 99 Stunden zu einem Stundenansatz Fr. 200.– und von

E. 14.2

Die Wettbewerbsbehörden erheben Gebühren für Verfügungen über die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen nach den Art. 26 ff. KG (Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG). Die Auferlegung von Kosten im vorinstanzlichen Verfahren richtet sich nach der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz vom 25. Februar 1998 (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2). Entsprechend dem Verursacherprinzip ist gemäss Art. 2 Abs. 1 GebV-KG unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Keine Gebührenpflicht besteht gemäss Art. 3 Abs. 2 GebV-KG für Beteiligte, die eine Vorabklärung oder eine Untersuchung verursacht haben, sofern sich keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergeben 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. 14.3

Die Beschwerdeführerinnen haben das der vorliegend angefochtenen Verfügung zugrunde liegende Untersuchungsverfahren mitverursacht, nach dessen Abschluss die Vorinstanz zu Recht auf ihre Beteiligung an 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 in Frage stehenden Abreden waren des Weiteren bereits Gegenstand des ursprünglichen Verfahrens Nr. 22-0433 (Bauleistungen Graubünden). Da die vorinstanzlichen Verfahrenshandlungen zum grossen Teil vor der

B-654/2018 Seite 72 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 innerhalb der Zindel-Gesellschaften festgelegte Kostenverteilung sachgerecht.

15. Kosten des Beschwerdeverfahrens und Parteientschädigung

15.1 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. 1 Abs. 1 VGKE). Nach Art. 4 VGKE beträgt die Gerichtsgebühr in Streitigkeiten mit Vermögensinteresse bei einem Streitwert zwischen Fr. 200'000.– und Fr. 500'000.– maximal Fr. 14'000.–. Das Gericht kann bei der Bestimmung der Gerichtsgebühr über die Höchstbeträge nach Art. 4 VGKE hinausgehen, wenn besondere Gründe, namentlich ausserordentlicher Aufwand, es rechtfertigen (Art. 2 Abs. 2 VGKE).

15.2 Die vorliegend angefochtene Sanktion beläuft sich auf Fr. (...) für Mettler Prader (Beschwerdeführerin 2) sowie auf Fr. (...) für Crestageo (Beschwerdeführerin 1), jeweils unter solidarischer Mithaftung von Zindel als Muttergesellschaft (Beschwerdeführerin 3). Angesichts des Streitwerts und der Komplexität der zu beurteilenden Fragen ist die Gerichtsgebühr entsprechend dem einverlangten Kostenvorschuss auf Fr. 19'000.– 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. 15'200.– ist diesen anteilmässig und jeweils unter solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag (Art 6a VGKE) wie folgt aufzuerlegen: -
Beschwerdeführerin 1 Fr. 2'000.–

B-654/2018 Seite 73 - Beschwerdeführerin 2 Fr. 5'600.– - Beschwerdeführerin 3 Fr. 7'600.–
Der Betrag wird nach Rechtskraft dieses Urteils dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 19'000.– entnommen. Der Restbetrag von Fr. 3'800.– wird den Beschwerdeführerinnen zurückerstattet.

15.3 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 Sanktionsbeträge 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 28. Juli 2020 einen Aufwand von Fr. 42'546.25 (inkl. MwSt.) geltend. Dieser setzt sich zusammen aus einem Aufwand von 32.4 Stunden à Fr. 400.– (Partner; Fr. 12'960.–) und von 71.5 Stunden à Fr. 350.– (angestellter Anwalt; Fr. 25'025.–) sowie einer Spesenpauschale von 4% in Höhe von Fr. 1'519.40. Der in einer detaillierten Zusammenstellung ausgewiesene Aufwand ist mit Blick auf die Komplexität der Angelegenheit nicht zu beanstanden. Somit ist den Beschwerdeführerinnen zulasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 8'000.– (gerundet) zu-

zusprechen. 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.

E. 15

Kosten des Beschwerdeverfahrens und Parteientschädigung

E. 15.1

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. 1 Abs. 1 VGKE). Nach Art. 4 VGKE beträgt die Gerichtsgebühr in Streitigkeiten mit Vermögensinteresse bei einem Streitwert zwischen Fr. 200'000.- und Fr. 500'000.- maximal Fr. 14'000.-. Das Gericht kann bei der Bestimmung der Gerichtsgebühr über die Höchstbeträge nach Art. 4 VGKE hinausgehen, wenn besondere Gründe, namentlich ausserordentlicher Aufwand, es rechtfertigen (Art. 2 Abs. 2 VGKE).

E. 15.2

Die vorliegend angefochtene Sanktion beläuft sich auf Fr. (...) für Mettler Prader (Beschwerdeführerin 2) sowie auf Fr. (...) für Crestageo (Beschwerdeführerin 1), jeweils unter solidarischer Mithaftung von Zindel als Muttergesellschaft (Beschwerdeführerin 3). Angesichts des Streitwerts und der Komplexität der zu beurteilenden Fragen ist die Gerichtsgebühr entsprechend dem einverlangten Kostenvorschuss auf Fr. 19'000. 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. 15'200. ist diesen anteilmässig und jeweils unter solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag (Art 6a VGKE) wie folgt aufzuerlegen: - Beschwerdeführerin 1 Fr. 2'000. - Beschwerdeführerin 2 Fr. 5'600. - Beschwerdeführerin 3 Fr. 7'600. Der Betrag wird nach Rechtskraft dieses Urteils dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 19'000.- entnommen. Der Restbetrag von Fr. 3'800. wird den Beschwerdeführerinnen zurückerstattet.

E. 15.3

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 Sanktionsbeträge 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 28. Juli 2020 einen Aufwand von Fr. 42'546.25 (inkl. MwSt.) geltend. Dieser setzt sich

zusammen aus einem Aufwand von 32.4 Stunden à Fr. 400. (Partner; Fr. 12'960.) und von 71.5 Stunden à Fr. 350. (angestellter Anwalt; Fr. 25'025.) sowie einer Spesenpauschale von 4% in Höhe von Fr. 1'519.40. Der in einer detaillierten Zusammenstellung ausgewiesene Aufwand ist mit Blick auf die Komplexität der Angelegenheit nicht zu beanstanden. Somit ist den Beschwerdeführerinnen zulasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 8'000. (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.

E. 17

Stunden zu einem Ansatz Fr. 290.– zusammen, was einen Betrag von Fr. 24'730.– ergibt. Die Vorinstanz rechnet sodann vom ursprünglichen Verfahren Nr. 22-0433 (Bauleistungen Graubünden) Verfahrenskosten von Fr. 40'000.– hinzu. Die Vorinstanz reduziert den Betrag von Fr. 64'730.– um ein Viertel (Fr. 16'184.–), weil die Untersuchung in Bezug auf das Projekt Punt Pedra eingestellt worden sei. Sie auferlegt den Beschwerdeführerinnen und der Foffa Conrad-Gruppe deshalb Verfahrenskosten von Fr. 48'547.50 zu gleichen Teilen, woraus ein Betrag von Fr. 24'273. – pro Unternehmen resultiert.

B-654/2018 Seite 71 Die Vorinstanz führt weiter aus, innerhalb der Zindel-Gesellschaften seien die Verfahrenskosten von den einzelnen Gesellschaften nach Massgabe 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 Mettler Prader an zwei Wettbewerbsverstössen beteiligt habe und Crestageo an einem Verstoss. Vor diesem Hintergrund hätten Crestageo und Zindel solidarisch einen Anteil an den Verfahrenskosten von Fr. 8'091.– zu tragen, Mettler Prader und Zindel seien Verfahrenskosten von Fr. 16'182.– solidarisch aufzuerlegen.

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