

WEKO Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II vom 27. Mai 2019

WEKO, 2019-05-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_Hoch-_und_Tiefbauleistungen_Engadin_II

FR: WEKO Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II du 27 mai 2019

IT: WEKO Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II del 27 maggio 2019

Erwägungen

E. 20

Die nachfolgenden Ausführungen zum Sachverhalt sind wie folgt aufgebaut: Zunächst werden in den Vorbemerkungen die Grundlagen der Beweisführung dargelegt (Rz 21 ff. hier- nach). Anschliessend wird das Beweisthema erörtert (Rz 39 f. hiernach), bevor schliesslich die kartellrechtlich relevanten Sachverhaltsfragen im Zusammenhang mit den zu beurteilenden zehn Hoch- und Tiefbaubauprojekten im Oberengadin im Zeitraum von 2008 bis 2012, bei denen Anhaltspunkte auf eine Angebotskoordinierung zwischen den Untersuchungsadressaten bestehen (Rz 41 ff. hiernach), im Einzelnen behandelt werden.

B.2 Vorbemerkungen zum Beweis

B.2.1 Beweiswürdigung und Beweismass

E. 21

Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)²³ anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Auch im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i. V. m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP²⁴).

E. 22

Der Beweis einer Tatsache ist im Allgemeinen erbracht, wenn die Wettbewerbsbehörden nach objektiven Gesichtspunkten von deren Verwirklichung überzeugt sind. Die Verwirklichung der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit (also ohne Zweifel) festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel unerheblich erscheinen.²⁵ Bloss abstrakte und theoretische Zweifel sind nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt werden kann. Es muss sich um erhebliche und unüberwindliche Zweifel handeln, d.h. um solche, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen.²⁶ Hinsichtlich bestimmter Tatsachen, namentlich komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte, sind im Einklang mit der Rechtsprechung keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen. Vielmehr schliesst die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, eine strikte Beweisführung regelmässig aus.²⁷

E. 23

Diesen Grundsätzen ist im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen zum Sachverhalt Rechnung zu tragen.

B.2.2 Verwertbarkeit der Aussagen von H.____ vom 14. März 2016

E. 24

Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

E. 25

Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2 f., Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.2 f., Siegenia-Aubi AG/WEKO; vgl. auch etwa Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24.3.2003, E. 3.5; RPW 2009/4, 341 Rz 15, Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB).

E. 26

Vgl. z.B. BGE 124 IV 86, E. 2a.

E. 27

Die vorliegend strittigen Protokollstellen resultieren aus einer Parteieinvernahme der Rocca + Hotz AG. Dabei unterstand die einvernommene Person keiner Aussage- oder Wahrheitspflicht. Vielmehr war sie frei, ihre Aussage ohne Begründung generell oder in Bezug auf einzelne Fragen zu verweigern. Auf dieses Schweigerecht machte das Sekretariat die einvernommene Person zu Beginn der Einvernahme ausdrücklich aufmerksam. Eine Verletzung des nemo-tenetur-Grundsatzes liegt nicht vor.

E. 28

Act. 93 (22-0459).

E. 29

Anders verhält es sich im Strafrecht. Hier ist sind die Beweisverwertungsverbote in Art. 140 f. StPO explizit geregelt.

E. 30

Vgl. zur Thematik der Beweisverwertungsverbote im Verwaltungsverfahren auch PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2016, Art. 12 N 198 ff.

E. 31

Vgl. SEBASTIAN LUBIG, Beweisverwertungsverbote im Kartellverfahrensrecht der Europäischen Gemeinschaft, eine Untersuchung zu den gemeinschaftsrechtlichen Grenzen einer Beweisverwertung in behördlichen Kartellverfahren, 2007, 28; ferner auch PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 12 N 188, die darauf hinweisen, dass sich die Behörde als Grundlage ihrer (belastenden) Entscheiden nur auf rechtmässig erlangte Informationen stützen dürfe.

E. 32

Vgl. zu diesem Prüfschritt im Zusammenhang mit Beweisverwertungsverboten auch Urteil des BVGer A-7342/2008 und A-7426/2008 vom 5.3.2009, E. 8.3.

E. 33

Zur Begründung dieser Beweisanträge führte sie im Wesentlichen aus, dass die erste Angebotsrunde in den meisten Fällen erst der Auftakt zu weiteren Preisverhandlungen gebildet habe. In der Regel habe der Architekt bzw. die Bauleitung (teilweise auch der Bauherr) des jeweiligen Bauprojekts die jeweiligen Anbieter kontaktiert und diese

unabhängig voneinander aufgefordert, den jeweiligen Angebotspreis noch einmal zu reduzieren.

E. 34

Urteil des BGer 6B_1163/2016 vom 21.4.2017, E. 2.5.

E. 35

Urteil des BGer 6B_1163/2016 vom 21.4.2017, E. 2.5.

E. 36

Act. 93 (22-0459), Rz 61.

E. 37

Act. 90 (22-0459).

22-00034/COO.2101.111.4.382004 15 34. Anlässlich der Anhörung der Rocca + Hotz AG vom 13. Mai 2019 lehnte die WEKO den Antrag der Rocca + Hotz AG, zusätzliche Beweismassnahmen durchzuführen, ab. Bezüglich der Begründung verwies sie auf die vorliegende Endverfügung.^{38 35.} Nach Art. 33 Abs. 1 VwVG nimmt die Behörde die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen. Das Recht auf Beweisabnahme steht den Betroffenen nicht voraussetzungslos zu. Vielmehr ist es an gewisse formelle und materielle Bedingungen geknüpft, die in Bezug auf den betreffenden Beweisantrag kumulativ erfüllt sein müssen. In formeller Hinsicht erfordert das Beweisantragsrecht gemäss Art. 33 VwVG, dass die Betroffenen einen frist- und formgerechten Antrag stellen und dadurch das betreffende Beweismittel «anbieten». Aus dem Beweisantrag muss sodann hervorgehen, welche rechtserheblichen Tatsachen der Antragsteller damit zu beweisen gedenkt. Insofern hat der Beweisantrag eine (kurze) Begründung zu enthalten (vgl. analog Art. 52 Abs. 1 VwVG), namentlich zur Relevanz des Beweismittels.³⁹ In materieller Hinsicht muss das angebotene Beweismittel im betreffenden Verfahren zulässig, verfügbar und beweistauglich sein. Verlangt ist, dass das angebotene Beweismittel geeignet ist, den rechtserheblichen Sachverhalt zu erhellen⁴⁰ oder im Sinne eines Indizienbeweises zumindest einen Sachumstand betrifft, der einen logischen Rückschluss auf eine rechtserhebliche Tatsache erlaubt.⁴¹ Zudem kann die Behörde im Einzelfall im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs von der Beweisabnahme absehen, wenn der rechtserhebliche Sachverhalt bereits hinreichend geklärt ist, selbst wenn die Voraussetzungen für die Gutheissung eines Beweisantrags an sich erfüllt sind. Insofern kommt der Instruktionsbehörde bei der Auswahl der abzunehmenden Beweise ein gewisses Ermessen zu.^{42 36.} Mit der Eingabe vom 20. Februar 2019 erfüllt die Rocca + Hotz AG die formellen Voraussetzungen an Beweisanträge. In materieller Hinsicht ist jedoch Folgendes zu beachten: Der Vorwurf an die Rocca + Hotz AG beinhaltet vorliegend, ihre Angebote bei einzelnen Bauprojekten im Oberengadin in den Jahren 2008 bis 2012 mit der Foffa Conrad AG koordiniert zu haben, in einem Fall zusätzlich mit der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau. Der Vorwurf betrifft somit im Wesentlichen bilaterale Angebotskoordinierungen. Bei den strittigen Ausschreibungen haben in der Regel auch weitere Bauunternehmen Angebote eingereicht (sog. Aussenwettbewerber). Dies ist unbestritten (vgl. Rz 214 hiernach). Dass die Rocca + Hotz AG ihre Angebote auch mit diesen weiteren Bauunternehmen koordiniert haben soll, wird ihr nicht vorgeworfen. Vielmehr nimmt die Behörde an, dass es sich hierbei um Angebote handelte, die unter Konkurrenz zustande

gekommen sind. Dies gilt auch für die Abgebotsrunden. In diesem Punkt decken sich die behördlichen Sachverhaltsfeststellungen mit der Sachverhaltsdarstellung der Rocca + Hotz AG. Aus diesem Grund erübrigen sich hierzu weitere Beweismassnahmen, zumal diese Sachverhaltsfragen gar nicht strittig sind. Dass es bei meisten der fraglichen Ausschreibungen weitere Bewerber gab, berücksichtigt die Behörde vorliegend sowohl bei der rechtlichen Beurteilung als auch bei der Sanktionierung. Namentlich geht sie in diesen Fällen

E. 38

Act. 106 (22-0459), Zeilen 21–27.

E. 39

Beabsichtigt die Behörde, auf die beantragte Beweisabnahme zu verzichten, braucht sie der Partei in der Regel nicht nochmals Gelegenheit einzuräumen, sich zur Relevanz des Beweismittels zu äussern; PATRICK SUTTER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2018, Art. 33 VwVG N 3.

E. 40

Urteil BGer 2A.266/2005 vom 5.9.2005, E. 2.1.

E. 41

Zum Ganzen BERNHARD W ALDMANN/JÜRIG BICKEL, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2016, Art. 33 VwVG N 6 ff.; ferner auch Urteil BGer 2A.770/2006 vom 26.4.2007, E. 3.2.

E. 42

BGE 131 I 153, 157 E. 3; Urteil BGer, 2A.266/2005 vom 5.9.2005, E. 2.1; BVGE 2013/19, 246 f. E. 7.1, BVGE 2012/33, 610 E. 6.2.4; THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 1997, Art. 18 VRPG N 8.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 16 nicht von einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs aus, sondern von einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung (Rz 214 f. hiernach), was Folgen bei der Sanktionierung hat.

37. Wie im Einzelnen zu zeigen ist, sind die vorgeworfenen Angebotskoordinierungen der Rocca + Hotz AG mit der Foffa Conrad AG und der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau erwiesen. Diesbezüglich hat sie die erforderlichen Beweismassnahmen getroffen (eingehend zur Beweisführung Rz 21 ff. hiernach). Insbesondere hat sie abgeklärt und erachtet es als erstellt, dass die Foffa Conrad AG auch im Rahmen von allfälligen Abgebotsrunden nicht versucht hat, die Rocca + Hotz AG im Nachhinein zu unterbieten, um den Auftrag zu erhalten. Die Eingabe der Foffa Conrad AG vom 11. April 2019 lässt daran keine vernünftigen Zweifel. Das Gegenteil wird von der Rocca + Hotz AG im Übrigen auch nicht behauptet. Soweit die Beweisanträge der Rocca + Hotz AG überhaupt auf diesen Sachverhaltsaspekt zielen, durfte die Behörde diese in antizipierter Würdigung abweisen. 38. Nach dem Gesagten war die Behörde berechtigt, auf die von der Rocca + Hotz AG beantragten Beweisvorkehren zu verzichten.

B.3 Beweisthema 39. Nachfolgend ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob zwischen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich der zehn strittigen Bauprojekte im

Oberengadin in den Jahren 2008 bis 2012 (vgl. die Übersicht unter Rz 1 hiervor) zu koordinieren (Vorliegen eines natürlichen Konsens). Bezüglich des Bauprojekts «[...]», S-chanf (2008), richtet sich der Vorwurf der Angebotskoordination auch an die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau. Der Sachverhalt ist in Bezug auf die einzelnen Bauprojekte gesondert darzulegen. Ist eine Angebotskoordination zu bejahen, ist jeweils für jedes Bauprojekt zu prüfen, welchen Zweck die Unternehmen mit der Angebotskoordination verfolgten sowie ob sich die Unternehmen tatsächlich entsprechend ihrem Konsens über die Angebotskoordination verhielten und welche Auswirkungen dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte. Dabei wird in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht die volkswirtschaftliche Wirkung der Verhaltensweisen untersucht. Darüber brauchen die Wettbewerbsbehörden keinen Beweis zu führen.⁴⁴ Vielmehr prüfen die Wettbewerbsbehörden, ob sich die Verfahrensparteien entsprechend ihrem Konsensverhalten haben und den Wettbewerb untereinander eingeschränkt haben. Diese Aspekte sind – sofern tatbestandsmässige und sanktionierbare Verhaltensweisen vorliegen – bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen. ⁴⁰. Der Fokus der Sachverhaltsfeststellungen liegt damit im Verhalten der Parteien bei den einzelnen strittigen Ausschreibungen. Vorliegend ist nicht erwiesen, dass die nachstehend untersuchten Angebotskoordinationen von einem projektübergreifenden Konsens der Parteien getragen worden sind bzw. dass sie ihr Bieterverhalten umfassender aufeinander abgestimmt haben (Gesamtkonsens). Wie zu zeigen ist, ist zwar eine gewisse Häufung von Angebotskoordinationen zwischen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG bei Bauprojekten im Oberengadin in den Jahren 2008 bis 2012 zu beobachten. Im vorliegenden Fall ist jedoch kein hinreichend klares Muster zu erkennen, um auf einen Gesamtkonsens zu schliessen.⁴⁵ Namentlich sind keine Treffen, Korrespondenz, gemeinsame Strategieüberlegungen oder organisatorische Vorkehren der Parteien bekannt, die auf eine projektübergreifende, systematische Koordination hindeuten.

E. 43

Act. 99 (22-0459).

E. 44

Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016, Colgate-Palmolive Europe Sàrl (ehemals Gaba International AG)/WEKO, E. 5.1.4.

E. 45

Anlässlich der Einvernahme vom 29. Oktober 2015 gab H.____ zu Protokoll, dass es sich beim Bauprojekt «[...]» um ein kleines Projekt gehandelt habe, welches aber für die Offertberechnung relativ viel Zeit beansprucht habe. J.____, der den handschriftlichen Vermerk auf dem Faxschreiben vom 18. Februar 2008 angebracht habe, sei ein ehemaliger Bauführer der Foffa

E. 46

Act. IX.C.35, pag. 9.

E. 47

Act. VI.047, pag. 22.

E. 48

Act. IX.C.24, pag. 13.

E. 49

Bei dieser Beweislage ist erstellt, dass die Foffa Conrad AG und Rocca + Hotz AG übereingekommen waren, ihre Angebote bei der Ausschreibung «[...]» zu koordinieren. Konkret sollte die Foffa Conrad AG der Vergabestelle ein höheres Angebot als die Rocca + Hotz AG unterbreiten, um deren Chancen auf die Zuschlagserteilung zu begünstigen. Im Lichte der objektiven Beweismittel, insbesondere des Faxschreibens vom 18. Februar 2018, sowie der Auskünfte der Parteien bestehen daran keine vernünftigen Zweifel.

B.4.2.2 Verfolgter Zweck

E. 50

Zum Ganzen Act. IV.026, Zeilen 185 ff. 51 Act. IX.C.35, pag. 9.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 19 + Hotz AG und der Foffa Conrad AG höchstens ein weiteres Unternehmen an der Ausschreibung teilnahm (vgl. auch Rz 54 hiernach).

51. Damit ist erwiesen, dass die Foffa Conrad AG und die Rocca + Hotz AG mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei der Ausschreibung «[...]» nicht zu konkurrenzieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

B.4.2.3 Umsetzung und Auswirkungen

52. Dem Vergabeentscheid [...] betreffend das Bauprojekt «[...]», [...]52, ist zu entnehmen, dass sich die Rocca + Hotz AG in der Ausschreibung mit ihrem Angebot von CHF [...] durchsetzte. Die Foffa Conrad AG offerierte der Bauherrschaft den Preis von CHF [...] (exkl. MWST).53 53. Damit ist erwiesen, dass sich die Foffa Conrad AG und die Rocca + Hotz AG an die getroffene Abmachung hielten. Konkret reichte die Foffa Conrad AG ein höheres Angebot als die Rocca + Hotz AG ein. Ebenso ist erstellt, dass sie sich bei der strittigen Ausschreibung nicht konkurrenzieren. Daran bestehen im Lichte der umgesetzten Angebotskoordination keine vernünftigen Zweifel. 54. Schliesslich ist erwiesen, dass die Rocca + Hotz AG den Zuschlag erhielt und das Bauprojekt «[...]» ausführte. Wie die Rocca + Hotz AG ausführte, nahm neben den beiden Parteien möglicherweise die [...] an der Ausschreibung teil.54 Aufgrund der erhobenen Beweise kann dies nicht ausgeschlossen werden. Im Zweifel ist die für die beschuldigten Unternehmen günstigere Sachverhaltsvariante anzunehmen (Grundsatz in dubio pro reo). Im Ergebnis ist daher anzunehmen, dass die [...] tatsächlich an der Ausschreibung teilgenommen hat (vgl. zu den rechtlichen Implikationen Rz 214 hiernach).

B.4.3 Beweisergebnis

55. Nach dem Gesagten ist erwiesen, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG ein natürlicher (tatsächlicher) Konsens vorlag, ihre Angebote beim Bauprojekt «[...]» im Jahr 2008 zu koordinieren. Konkret sollte die Foffa Conrad AG ein höheres Angebot einreichen als die Rocca + Hotz AG. Damit bezweckten sie, sich bei diesem Bauprojekt nicht zu konkurrenzieren. Ebenso ist erstellt, dass sie sich in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – verhielten und sich nicht konkurrenzieren. Wie beabsichtigt, erhielt die Rocca + Hotz AG den Zuschlag zum Preis von CHF [...] (exkl. MWST). Als weiterer Mitbewerber nahm wohl die [...] an der Ausschreibung teil; dies ist jedenfalls im Lichte des Grundsatzes in dubio pro reo anzunehmen.

52 Act. VI.047, pag. 22. 53 Vgl. Act. IX.C.24, pag. 13. 54 Act. IV.026, Zeilen 204 ff.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 20 B.5 [...], la Punt Chamues-ch (2008) 56. Im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», la Punt Chamues-ch (2008), richtet sich der Vorwurf der Angebotskoordinierung an die Foffa Conrad AG und Rocca + Hotz AG.

B.5.1 Beweismittel

57. Im Folgenden werden die Beweismittel genannt, auf die sich die Behörde bei der Würdigung der in diesem Abschnitt zu beurteilenden Sachverhaltsfragen stützt.

B.5.1.1 Urkunden

58. Zur Beurteilung der vorliegenden Sachverhaltsfragen sind folgende Urkunden zu würdigen:

■ Faxschreiben der Rocca + Hotz AG an die Foffa Conrad AG vom 12. März 2008⁵⁵. Daraus ist ersichtlich, dass die Rocca + Hotz AG der Foffa Conrad AG ihren Offertentwurf für die Baumeisterarbeiten betreffend das Bauprojekt «[...]» zustellte. Der Angebotspreis der Rocca + Hotz AG ist im Offertentwurf mit CHF [...] (inkl. MWST) angegeben. Die beiden Positionen «Regiearbeiten» (CHF [...]) und Garten- und Landschaftsbau (CHF [...]) sind handschriftlich durchgestrichen.

■ Offerten der Rocca + Hotz AG vom 7. März 2008 betreffend das Bauprojekt «[...]» (Baumeisterarbeiten, verputzte Aussenwärmedämmung und innere Verputzarbeiten)⁵⁶. Den Offerten ist zu entnehmen, dass die Rocca + Hotz AG der Bauherrschaft die Baumeisterarbeiten zum Preis von CHF [...] (inkl. MWST), die verputzte Aussenwärmedämmung zum Preis von CHF [...] (inkl. MWST) sowie die inneren Verputzarbeiten zum Preis von CHF [...] (inkl. MWST) offerierte. Das Angebot für alle diese Arbeiten belief sich auf gesamthaft CHF [...] (inkl. MWST).

■ Schreiben der Foffa Conrad AG an K.____ mit dem Offertdeckblatt vom 25. März 2008 betreffend das Bauprojekt «[...]»⁵⁷ mit handschriftlichen Korrekturen.

■ Werkvertrag zwischen K.____ und der Rocca + Hotz AG vom [...] betreffend das Bauprojekt «[...]»⁵⁸.

B.5.1.2 Auskünfte der Parteien

B.5.1.2.1 Foffa Conrad AG

59. In ihrer Eingabe vom 30. November 2012 kennzeichnete die Foffa Conrad AG das Bauprojekt «[...]», la Punt Chamues-ch, als «abgesprochenes» Projekt.⁵⁹ Sie bestätigte dies in der Eingabe vom 1. Februar 2013.⁶⁰

55 Act. IX.C.35, pag. 10. 56 Act. 15 (22-0459), Beilagen 1. 57 Act. 15 (22-0459), Beilage 2. 58 Act. 15 (22-0459), Beilage 3. 59 Act. IX.C.24, pag. 13. 60 Act. IX.C.35, pag. 10.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 21 60. An der Befragung vom 27. Oktober 2015 gab E.____ zu Protokoll, dass die Devisierung beim betreffenden Bauprojekt relativ aufwändig gewesen sei, insbesondere wenn ein Unternehmen kein grosses Interesse am Auftrag gehabt habe. Er nehme an, dass der Kontakt im Hinblick auf die Absprache von der Rocca + Hotz AG ausgegangen sei. Die Foffa Conrad AG habe die Rocca + Hotz AG daraufhin um den Devis gebeten. Sie habe diesen angepasst und entsprechend höher als die Rocca + Hotz AG eingegeben.⁶¹

B.5.1.2.2 Rocca + Hotz AG

61. Anlässlich seiner Einvernahme vom 29. Oktober 2015 wurde H.____ mit dem Faxschreiben der Rocca + Hotz AG an die Foffa Conrad AG vom 12. März 2008⁶² konfrontiert. Daraufhin sagte H.____ aus, dass er sich an das Bauprojekt «[...]», la Punt Chamues-ch, nicht erinnern könne. Welches Unternehmen dieses Bauprojekt ausgeführt habe, wisse er nicht. Die Frage, ob die Rocca + Hotz AG den Zuschlag erhalten habe, verneinte er.⁶³

B.5.1.3 Auskunft von K.____ (Bauherr)

62. Der Bauherr des strittigen Bauprojekts, K.____, erteilte der Behörde auf deren Ersuchen folgende Auskünfte⁶⁴:

■ Er habe für die [...] in La Punt-Chamues-ch zunächst lediglich die Rocca + Hotz AG zur Offertstellung eingeladen. Die erste Offerte der Rocca + Hotz AG vom [...] in der Höhe von CHF [...] habe er jedoch als zu hoch erachtet. Er habe die Rocca + Hotz AG daher um die Abgabe eines günstigeren Angebots ersucht. Die Rocca + Hotz AG habe ihm daraufhin ein Angebot in der Höhe von insgesamt CHF [...] unterbreitet.

■ Im Zuge der Vergabe für die Zimmermannsarbeiten habe K.____ die Foffa Conrad AG kennengelernt. Dabei habe er festgestellt, dass die Foffa Conrad AG an der Ausführung der Baumeisterarbeiten ebenfalls interessiert gewesen sei. Er habe sich daher entschieden, die Foffa Conrad AG zur Einreichung einer Konkurrenzofferte einzuladen. Am [...] habe er von der Foffa Conrad AG ein entsprechendes Angebot erhalten. Nach seiner Erinnerung habe der ausgehandelte Angebotspreis der Foffa Conrad AG zwischen CHF [...] und CHF [...] betragen. Da ihr Angebot günstiger gewesen sei als dasjenige der Rocca + Hotz AG, habe er die Baumeisterarbeiten unbedingt durch die Foffa Conrad AG ausführen lassen wollen. Er habe um einen Zeichnungstermin für den Werkvertrag gebeten. Aus ihm unerfindlichen Gründen sei diese Unterzeichnung des Werkvertrags anschliessend aber über Wochen hinweg nicht zustande gekommen.

■ Im Rahmen eines Telefonats habe ihm E.____ daraufhin «etwas umständlich» erklärt, dass dieser mit H.____ seine Anfrage beim Golfspielen diskutiert habe und dass die Rocca + Hotz AG ihm bestimmt noch etwas entgegenkommen würde. Schliesslich habe er sich mit der Rocca + Hotz AG auf einen Pauschalbetrag von CHF [...] gemäss Werkvertrag vom [...] geeinigt.

61 Act. IX.C.61, Zeilen 135 ff. 62 Act. IX.C.35, pag. 10. 63 Act. IV.026, Zeilen 271 ff. 64 Zum Ganzen Act. 15 (22-0459), Antwort auf Frage 2.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 22 B.5.2 Beweiswürdigung

B.5.2.1 Natürlicher (tatsächlicher) Konsens

63. Zunächst ist das Faxschreiben der Rocca + Hotz AG an die Foffa Conrad AG vom 12. März 2008⁶⁵ zu würdigen. Daraus geht hervor, dass die Rocca + Hotz AG der Foffa Conrad AG die eigene Offerte für das Bauprojekt zustellte. Bereits daraus ist zu schliessen, dass die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG den gemeinsamen Willen geäussert haben mussten, ihre Angebote in Bezug auf das Bauprojekt «[...]» zu koordinieren. Im Kontext von Submissionen läuft es den üblichen Abläufen und Verhaltensweisen zuwider, wenn ein Unternehmen einem Konkurrenzunternehmen seine Offerte zustellt, namentlich wenn es sich unabhängig von Konkurrenten verhalten will. Damit deckt es seine Absichten zum Eingabeverhalten auf und riskiert, vom Konkurrenzunternehmen in der Ausschreibung unterboten zu werden. Dass die Rocca + Hotz AG der Foffa Conrad AG während der laufenden privaten Vergabe ihre Offerte zusandte, ist daher mit typischem Verhalten in

Konkurrenzverhältnissen nicht vereinbar. Vielmehr lässt sich dieses nur durch den gemeinsamen Willen zur Koordination der Angebote erklären. 64. Vorliegend wurde dies zudem von der Foffa Conrad AG ausdrücklich bestätigt. Sie räumte ein, ihr Angebot mit der Rocca + Hotz AG koordiniert zu haben. Diese Aussagen erscheinen schlüssig und im Einklang mit den objektiven Beweismitteln. Schliesslich ist auch den Auskünften des Bauherrn, K.____, zu entnehmen, dass Gespräche zwischen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG betreffend das Bieterverhalten stattgefunden haben.⁶⁶ Kaum Beweiskraft ist dagegen den Aussagen der Rocca + Hotz AG beizumessen. H.____ konnte sich offenbar nicht mehr an das strittige Projekt erinnern. 65. Damit ist erstellt, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihr Bieterverhalten bezüglich des Bauprojekts «[...]» in la Punt Chamues-ch im Jahr 2008 zu koordinieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Wie den Beweismitteln zu entnehmen ist, trat die Foffa Conrad AG nicht nur hinter die Rocca + Hotz AG zurück. Vielmehr fand auch eine preisliche Abstimmung statt. Dies zeigen der Versand der Offerte der Rocca + Hotz AG an die Foffa Conrad AG und die Aussagen von E.____.

B.5.2.2 Verfolgter Zweck 66. Wie erstellt ist (Rz 65), kamen die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG überein, ihre Angebote bezüglich der strittigen Ausschreibung zu koordinieren. Einer solchen Angebotskoordination ist immanent, dass sie darauf zielt, den Wettbewerb zwischen den Beteiligten zu verhindern. Andere Gründe sind hierfür nicht ersichtlich. Den Angaben des Bauherrn ist zu entnehmen, dass die Foffa Conrad AG zunächst Interesse an der Ausführung des Projekts gezeigt hat und der Abschluss des Werkvertrags offenbar kurz bevorstand. Infolge des Kontakts mit der Rocca + Hotz AG trat sie aber hinter deren Interessen zurück. 67 67. Damit ist erwiesen, dass die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG mit ihrem Verhalten bezweckten, sich beim Bauprojekt «[...]» nicht zu konkurrenzieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

65 Act. IX.C.35, pag. 10. 66 Vgl. Act. 15 (22-0459), Antwort auf Frage 2. 67 Act. 15 (22-0459), Antwort auf Frage 2.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 23 B.5.2.3 Umsetzung und Auswirkungen

68. Die Angaben von E.____ und des Bauherrn zeigen, dass die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG ihr Bieterverhalten in Bezug auf das Bauprojekt «[...]» tatsächlich koordiniert haben. Konkret hielten sie sich an ihre Abmachung, dass die Foffa Conrad AG hinter die Rocca + Hotz AG zurücktrete. Damit verzichteten sie im Einvernehmen, sich bei der strittigen Ausschreibung zu konkurrenzieren. Auch dies ist erstellt. Den Zuschlag erhielt – wie vorgesehen – die Rocca + Hotz AG zum Preis von CHF [...].

B.5.3 Beweisergebnis

69. Nach dem Gesagten ist erwiesen, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG ein natürlicher (tatsächlicher) Konsens vorlag, ihre Angebote beim Bauprojekt «[...]» im Jahr 2008 zu koordinieren. Konkret sollte die Foffa Conrad AG ein höheres Angebot einreichen als die Rocca + Hotz AG. Damit bezweckten sie, sich bei diesem Bauprojekt nicht zu konkurrenzieren. Ebenso ist erstellt, dass sie sich in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – verhielten und sich nicht konkurrenzieren. Wie beabsichtigt, erhielt die Rocca + Hotz AG den Zuschlag. Weitere Mitbewerber gab es nicht.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 24 B.6 [...], [...] (2008) 70. Im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», [...] (2008), richtet sich der Vorwurf der Angebotskoordinierung an die Foffa Conrad AG, P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau und Rocca + Hotz AG.

B.6.1 Beweismittel

B.6.1.1 Urkunden 71. Zur Beurteilung der vorliegend relevanten Sachverhaltsfragen stützt sich die Behörde auf folgende Urkunden:

■ E-Mail von H.____, Rocca + Hotz AG, vom 3. Oktober 2008 an M.____, P. Lenatti AG, und E.____, Foffa Conrad AG, mit dem Betreff «[...]»⁶⁸;

■ Offertöffnungsprotokoll der [...] betreffend das Bauprojekt «[...]»⁶⁹. Daraus geht hervor, dass folgende Unternehmen Angebote für das zu beurteilende Bauprojekt einreichten:

Unternehmen Offertsumme (inkl. MWST, gerundet)

[...] CHF [...]

[...] CHF [...]

Rocca + Hotz AG, Zuo CHF [...]

Foffa Conrad AG, Zernez CHF [...]

P. Lenatti AG, Bever CHF [...]

[...] keine Eingabe

68 Act. IX.C.035, pag. 15 und 16 sowie Act. III.C.001, pag. 6. 69 Act. IX.C.035, pag. 16 sowie Act. III.C.001, pag. 6.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 25 B.6.1.2 Auskünfte von Parteien

B.6.1.2.1 Foffa Conrad AG

72. In ihrer Eingabe vom 30. November 2012 kennzeichnete die Foffa Conrad AG das Bauprojekt «[...]», [...] (2008), als «abgesprochenes» Projekt.⁷⁰ Sie bestätigte dies in der Eingabe vom 1. Februar 2013.⁷¹ 73. An der Befragung vom 27. Oktober 2015 gab E.____ zu Protokoll, dass es bei diesem Bauprojekt eine Absprache zwischen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG gegeben habe. H.____ habe das Projekt kalkuliert und der Foffa Conrad AG mitgeteilt, dass sie «etwas höher» eingeben solle.⁷² Die Foffa Conrad AG habe kein Interesse an der Ausführung dieses Projekt gehabt. Sie habe aber trotzdem eingeben wollen.⁷³ Solche E-Mails wie dasjenige vom 3. Oktober 2008 von H.____ habe er nie ohne vorgängigen Kontakt erhalten. Er habe nie einfach so etwas von einem Konkurrenten gekriegt, ohne dass er gewusst habe, um was es gegangen sei. In seinen Worten wäre das ja «hirnverbrannt». Man schicke nicht einfach so Zahlen rum. Er erachte daher die Wahrscheinlichkeit als klein, dass H.____ seine Eingabe an die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau geschickt habe, ohne vorgängig mit ihr Kontakt gehabt zu haben.⁷⁴

B.6.1.2.2 Rocca + Hotz AG 74. Anlässlich der Einvernahme vom 29. Oktober 2015 sagte H.____ aus, dass er seine Offerte der Foffa Conrad AG und der P. Lenatti, Hoch- und Tiefbau habe zukommen lassen, weil die beiden Unternehmen den Aufwand für die Offerterstellung gescheut hätten. Das Preisniveau in [...] sei unrealistisch tief. Unter diesen Umständen sei der Aufwand und Ertrag bei der Erstellung einer eigenen Offerte in keinem realistischen Verhältnis.⁷⁵ 75. Dass er ohne vorgängige Kontaktaufnahme

Konkurrenten die Offerte der Rocca + Hotz AG geschickt hätte, schloss er aus.⁷⁶

B.6.1.3 Zeugenaussagen von M.____ 76. Anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 20. Oktober 2015⁷⁷ konfrontierte die Be- hörde M.____, [...] der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau, mit der E-Mail von H.____ vom 3. Oktober 2008 (Rz 71 hiervor). M.____ führte dazu aus, dass er Zweifel am Erhalt dieser E-Mail habe. Aus dem Eröffnungsprotokoll gehe hervor, dass die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau eine ca. 50% höhere Offerte als Rocca + Hotz AG eingereicht habe. Hätte er wirklich Kenntnis vom Angebotspreis der Rocca + Hotz AG gehabt, hätte er nicht eine solch hohe Offerte ein- gereicht. Er habe sich mit diesem hohen Preis der Lächerlichkeit preisgegeben.⁷⁸ Insofern

70 Act. IX.C.24, pag. 19. 71 Act. IX.C.35, pag. 5 und 15. 72 Act. IX.C.061, Zeilen 298–303. 73 Act. IX.C.061, Zeilen 305–307. 74 Act. IX.C.061, Zeilen 315 ff. 75 Act. IV.026, Zeilen 318–322. 76 Act. IV.026, Zeilen 328–336. 77 Act. IV.024. 78 Act. IV.024, Zeilen 181 ff und 199 ff.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 26 habe er Zweifel, diese E-Mail überhaupt erhalten bzw. davon Kenntnis genommen zu haben.⁷⁹ Es treffe aber zu, dass es sich bei der auf der E-Mail vom 3. Oktober 2008 angegebenen Adresse um seine handle. Die E-Mailadresse sei korrekt geschrieben. Er habe keine Kennt- nisse davon, dass er in anderen Fällen, in denen E-Mails an diese Adresse geschickt worden seien, er diese nicht erhalten habe.⁸⁰ 77. Weiter gab M.____ zu Protokoll, dass es sich bei der E-Mail von H.____ vom 3. Oktober 2008 um eine Anfrage um Schutzgewährung der Rocca + Hotz AG gehandelt habe. Allerdings habe er Zweifel am Erhalt bzw. der Kenntnisnahme dieser E-Mail.⁸¹ 78. Auf die Frage nach der Häufigkeit der Anfragen von H.____ um Schutzgewährung per E-Mail antwortete M.____: «Hätten Sie mir dieses E-Mail nicht vorgehalten, hätte ich «nie» ge- sagt.»⁸² Allerdings habe man sich gut gekannt und miteinander gesprochen. Dabei sei es nicht unbedingt um «Schutzofferten» gegangen, sondern um Auftragsbesprechungen. Er habe sich mit H.____ etwa im [...] oder woanders getroffen. Die Mitglieder des GBV Sektion Oberengadin seien auch zusammen vier Tage an der Expo Mailand gewesen. Dass man dort auch über Aufträge spreche, liege auf der Hand.⁸³

B.6.2 Beweiswürdigung

B.6.2.1 Natürlicher (tatsächlicher) Konsens 79. Anhand der genannten Beweismittel ist zu beurteilen, ob zwischen der Rocca + Hotz AG, Foffa Conrad AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau übereinstimmende wirkliche Wil- lenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich des Bauprojekts «[...]» in [...] im Jahr 2008 zu koordinieren. 80. Die E-Mail von H.____ vom 3. Oktober 2008 an E.____ und M.____ stellt ein objektives Beweismittel dar, das in unmittelbarem und konkretem Bezug zur vorgeworfenen Verhaltens- weise steht. Darin liess die Rocca + Hotz AG der Foffa Conrad AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau ihre Offerte für das strittige Bauobjekt zukommen. Die Aufforderung von H.____ «Ich bitte Euch um Anhebung der Offerte um 5–10 %» lässt keinen anderen Schluss zu, als dass die Rocca + Hotz AG die Foffa Conrad AG und P. Lenatti, Hoch- und Tiefbau darum ersuchte, höhere Offerten einzugeben bzw. sie bei diesem Bauprojekt nicht zu konkurrenzien. 81. Aus der E-Mail ist dagegen nicht unmittelbar ersichtlich, ob die Foffa Conrad AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau mit der von H.____ beabsichtigen Koordination des Bieter- verhaltens einverstanden waren. Dem Ersuchen der Rocca + Hotz AG haben jedenfalls weder die Foffa Conrad AG noch die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau schriftlich zugestimmt. Zu prüfen ist daher, ob ein natürlicher Konsens zur Angebotskoordination

zwischen den beteiligten Unternehmen mündlich oder durch konkludentes Verhalten zustande gekommen ist. 82. Die Foffa Conrad AG räumte ein, dass sie sich beim vorliegenden Projekt mit der Rocca + Hotz AG geeinigt habe, eine höhere Offerte einzureichen. Auch die Rocca + Hotz AG stellte dies nicht in Abrede. Ihre Aussagen sind schlüssig und decken sich mit den objektiven Beweismitteln, konkret der E-Mail vom 3. Oktober 2008 und dem Offertöffnungsprotokoll der Gemeinde S-chanf. Aus Letzterem ist ersichtlich, dass die Foffa Conrad AG tatsächlich ein leicht höheres Angebot eingereicht hat als die Rocca + Hotz AG. Bei dieser Beweislage ist

79 Act. IV.024, Zeilen 179 ff. 80 Act. IV.024, Zeilen 254–261. 81 Act. IV.024, Zeile 173 f. und Zeilen 226–230. 82 Act. IV.024, Zeile 233. 83 Act. IV.024, Zeilen 217 ff.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 27 erstellt, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG ein natürlicher (tatsächlicher) Konsens vorlag, ihre Angebote beim Bauprojekt «[...]» im Jahr 2008 zu koordinieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. 83. Näher zu beleuchten ist, ob auch zwischen der Rocca + Hotz AG und der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau ein Konsens zur Angebotskoordination zustande gekommen ist. Dabei gilt es zu beachten, dass die Behörde eine Tatsache nur dann als erwiesen erachten darf, wenn sie an deren Vorhandensein keine vernünftigen Zweifel hat. M.____ hat Zweifel geäußert, die E-Mail von H.____ vom 3. Oktober 2008 erhalten zu haben bzw. hiervon Kenntnis genommen zu haben. Für den Erhalt der E-Mail spricht, dass seine E-Mailadresse korrekt geschrieben ist und M.____ keine (anderweitigen) Fälle bekannt sind, in denen er E-Mails an die betreffende E-Mailadresse nicht erhalten habe. Allerdings hat die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau ein um rund 40 % höheres Angebot eingereicht als die Rocca + Hotz AG. Die Aufforderung von H.____ bestand darin, die Offerte nur um 5–10 % anzuheben. In den Worten von M.____ habe sich die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau mit dem überhöhten Angebot der «Lächerlichkeit» preisgeben. Vor diesem Hintergrund ist es tatsächlich denkbar, dass er die E-Mail von H.____ vom 3. Oktober 2008 nicht zur Kenntnis genommen und bei seiner Preiskalkulation nicht berücksichtigt hat. Damit bestehen konkrete Zweifel daran, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau ein Konsens zur preislichen Angebotskoordination zustande gekommen ist. Im Einklang mit dem Grundsatz in dubio pro reo ist das Vorliegen von übereinstimmenden Willenserklärungen in diesem Punkt zu verneinen. 84. Allerdings lässt dieses Beweisergebnis nicht den Schluss zu, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau in gar keiner Hinsicht ein Konsens vorlag. So muss vor Versand der fraglichen E-Mail vom 3. Oktober 2008 ein Kontakt zwischen der Rocca + Hotz AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau stattgefunden haben. Dies untermauert die Aussagen von H.____ und E.____. H.____ verneinte, dass er jemals vor Ablauf der Eingabefrist einer Konkurrentin ohne vorgängigen Kontakt die Offerte der Rocca + Hotz AG zukommen liess. E.____ bezeichnete es gar als «hirnverbrannt», wenn dies ein Unternehmen tun würde. Weiter ist der Kontext zu berücksichtigen, indem sich Unternehmen bei einer Ausschreibung befinden. Anlässlich des Kontakts mit der Rocca + Hotz AG muss die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau zum Ausdruck gebracht haben, dass sie hinter deren Interessen zurückstehe, sei es durch Einreichung eines höheren Angebots («Schutzofferte»), sei es durch Angebotsverzicht. Die Rocca + Hotz AG ihrerseits hätte der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau ihre Offerte nicht zugesandt, wenn sie nicht mit einem solchen Entgegenkommen der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau gerechnet hätte, zumal sie ansonsten riskiert hätte, von ihr unterboten zu werden. Die E-Mail von H.____ vom 3.

Oktober 2008 an M.____ (und E.____) lässt sich nur durch den gemeinsamen Willen zur Koordination des Bieterverhaltens erklären. 85. Vor diesem Hintergrund ist erstellt, dass (auch) im Verhältnis zwischen der Rocca + Hotz AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau ein natürlicher Konsens zustande gekommen ist, sich bei der Ausschreibung «[...]» nicht zu konkurrenzieren. Dieser Konsens bezog sich aber (in dubio pro reo) nicht auf eine konkrete preisliche Angebotskoordination. Die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau sollte beim strittigen Projekt aber ihr Eingabeverhalten (durch einen hohen Preis oder Angebotsverzicht) so gestalten, dass sie eine mögliche Zuschlagerteilung an die Rocca + Hotz AG nicht gefährden würde. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. 86. Dass die Foffa Conrad AG und die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau – wie dies von der Rocca + Hotz AG geltend gemacht wird (vgl. Stellungnahme vom 13. März 2019, Rz 14 ff. und 19 ff.) – zum Vornherein kein Interesse am betreffenden Bauprojekt gehabt hätten, ist nicht relevant. Die Rocca + Hotz AG war damit einverstanden, diesen beiden Unternehmen ihre Offerte zur Verfügung zu stellen. Gleichzeitig forderte sie auf, höher einzugeben⁸⁴. Diesem Ersuchen kamen die beiden Unternehmen anschliessend auch nach. Damit steht fest, dass zwischen der Rocca + Hotz AG, der Foffa Conrad AG und der P. Lenatti, Hoch- und Tiefbau

84 Act. IX.C.035, pag. 15 und 16 sowie Act. III.C.001, pag. 6.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 28 Einigkeit darüber bestand, das Bieterverhalten zu koordinieren. Dabei wäre es der Rocca + Hotz AG ohne Weiteres freigestanden, sich an der fraglichen Angebotskoordination nicht zu beteiligen. Die Behauptung, dass das Zusenden der Offerte lediglich eine «nette Geste unter Kollegen» gewesen sei⁸⁵, ändert daran nichts. Insbesondere blendet die Rocca + Hotz AG damit die Optik der Bauherrschaft aus, die durch das Einreichen von koordinierten Angeboten getäuscht worden ist. 87. Im Übrigen unterscheiden sich auch so genannte «Pro-Forma-Offerte» oder «Alibiofferten» (ohne Interesse an der Ausführung) bzw. absichtlich zu hoch eingegebene Offerten nicht von normalen Offerten. Im Kontext privater Submissionen handelt sich hierbei um einen Antrag zum Abschluss eines Vertrages. An seinen Antrag bzw. seine Offerte ist das Bauunternehmen gebunden (Art. 5 Abs. 1 OR). Die Kenntnis des Bauherrn, ob die Submittentin eine «Pro-Forma-Offerte» (ohne Interesse an der Ausführung) oder eine Offerte mit Ausführungsintention einreicht, ist nicht entscheidend. In beiden Fällen liegen verbindliche Offerten vor, welche in die Auswahl der Offerten einhergehen und bei Annahme durch den Bauherrn zum Vertragsabschluss führen.

B.6.2.2 Verfolgter Zweck

88. Wie erstellt ist (vgl. Rz 79 ff. hiervor), kamen die Rocca + Hotz AG, Foffa Conrad AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau überein, ihr Bieterverhalten bei der Ausschreibung «[...]» zu koordinieren. Einem Konsens über einen solchen Inhalt ist immanent, dass die Beteiligten (auch) darauf zielen, sich nicht zu konkurrenzieren. Dass die Foffa Conrad AG zum Vornherein kein Interesse am betreffenden Bauprojekt gehabt habe und sich lediglich den Aufwand für die Offerterstellung ersparen wollen, wie dies die Rocca + Hotz AG vorbringt,⁸⁶ ist nicht relevant. Der Anfahrtsweg von Zernez nach S-chanf beträgt rund 15 km und wäre zu bewältigen gewesen. So hat die Foffa Conrad AG nach Aussagen von H.____ in der Vergangenheit Bauleistungen selbst im entfernteren Zuoz erbracht.⁸⁷ Auch sonst bestanden für die Foffa Conrad AG keine grundsätzlichen Hindernisse, ein Projekt dieser Art und Grössenordnung auszuführen. Daher konnte die Rocca + Hotz AG nicht ausschliessen, dass sich Foffa Conrad AG um den Zuschlag für das entsprechende

Bauprojekt bemühen wollte. Dies erschloss sich ihr erst durch den Informationsaustausch im Hinblick auf die Angebotskoordination. So konnte sie sichergehen und -stellen, dass die Foffa Conrad AG kein Konkurrenzangebot einreichen würde. 89. Nach dem Gesagten bestand der Zweck der Angebotskoordination – neben möglichen weiteren Zielen – auch darin, sich nicht zu konkurrenzieren. Dass die Beteiligten mit ihrem Verhalten ausschliesslich andere Zwecke verfolgten, kann bei den vorliegend zu beurteilenden Verhaltensweisen ausgeschlossen werden. Darüber hinaus ist zu beachten, dass sie der Bauherrschaft die Angebotskoordination verschwiegen.⁸⁸ Insofern handelten sie auch mit Täuschungsabsicht.

B.6.2.3 Umsetzung und Auswirkungen

90. Aus dem Offertöffnungsprotokoll der [...] (Rz 71 hiervor) ist ersichtlich, dass die Rocca + Hotz AG die Ausführung des Bauprojekts «[...]» zum Preis von CHF [...] (inkl. MWST), die Foffa Conrad AG zum Preis von CHF [...] (inkl. MWST) und die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau zum Preis [...] (inkl. MWST) offerierten. Damit ist erstellt, dass sie sich an die getroffenen Abmachungen hielten. Die Foffa Conrad AG unterbreitete der Bauherrschaft ein um rund 5,6 % höheres Angebot als Rocca + Hotz AG, das Angebot der P. Lenatti AG, 85 Act. 93 (22-0459), Rz 21. 86 Act. 93 (22-0459), Rz 26 ff. 87 Act. IV.026, Zeilen 622 ff. 88 Vgl. Act. IV.026, Zeilen 576–578; Act. 18 (22-0458), Zeilen 99–101, 179–181 und 193–205 (je Aussagen von H.____).

22-00034/COO.2101.111.4.382004 29 Hoch- und Tiefbau ist rund 40 % höher als dasjenige der Rocca + Hotz AG. Erwiesen ist damit auch, dass sich die Rocca + Hotz AG, Foffa Conrad AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau in Bezug auf das vorliegende Bauprojekt nicht konkurrenzieren. Dies gilt auch für allfällige Abgebotsrunden. So verneinte die Foffa Conrad AG, zur Abgabe eines Abgebots eingeladen worden zu sein.⁸⁹ Dies muss umso mehr für die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau gelten, deren Angebot weit über demjenigen der Foffa Conrad AG lag. 91. Den Zuschlag erhielt allerdings nicht, wie beabsichtigt, die Rocca + Hotz AG, sondern die Angelini Hoch- & Tiefbau AG.⁹⁰

B.6.3 Beweisergebnis

92. Nach dem Gesagten ist erwiesen, dass zwischen der Rocca + Hotz AG, Foffa Conrad AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau ein natürlicher (tatsächlicher) Konsens vorlag, ihr Bieterverhalten beim Bauprojekt «[...]» im Jahr 2008 zu koordinieren. Konkret sollten die Foffa Conrad AG und die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau ihr Bieterverhalten so gestalten, dass sie eine mögliche Zuschlagserteilung an die Rocca + Hotz AG nicht gefährden würden. Im Verhältnis zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG beinhaltete der Konsens auch eine preisliche Koordination der Angebote. Erstellt ist sodann, dass sich die beteiligten Unternehmen in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – verhielten und sich nicht konkurrenzieren. Der Zuschlag erging allerdings nicht, wie beabsichtigt, an die Rocca + Hotz AG, sondern an die [...].

89 Act. 99 (22-0459). 90 Vgl. Act. IX.C.53, Zeile 273 f. (Aussage von I.____).

22-00034/COO.2101.111.4.382004 30 B.7 [...], Zuoz (2009) 93. Im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», Zuoz (2009), richtet sich der Vorwurf der Angebotskoordinierung an die Foffa Conrad AG und die Rocca + Hotz AG.

B.7.1 Beweismittel

B.7.1.1 Urkunden

94. Zur Beurteilung der relevanten Sachverhaltsfragen sind folgende Urkunden zu würdigen:

■ E-Mail von H. ___ an E. ___ vom 21. Dezember 2009 betreffend «[...]»⁹¹;

■ Werkvertrag zwischen [...] und der Rocca + Hotz AG vom [...]⁹².

B.7.1.2 Auskünfte der Parteien

B.7.1.2.1 Foffa Conrad AG

95. Mit ihrer Eingabe vom 30. November 2012 zeigte die Foffa Conrad AG ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem «[...]» in Zuoz im Jahr 2009 an. Konkret bezeichnete sie dieses Projekt als «abgesprochen».⁹³ Sie bestätigte diesbezüglich ihre Selbstanzeige mit Eingabe vom 1. Februar 2013.⁹⁴ 96. An der Befragung vom 27. Oktober 2015 sagte E. ___ aus, dass die Foffa Conrad AG kein Interesse an der Ausführung dieses Projekt gehabt habe und sich die Arbeit für die Erstellung einer Offerte habe ersparen wollen. Aufgrund der Absprache habe es einen Mitbewerber weniger für die Rocca + Hotz AG gegeben. Die Aufforderung von H. ___ in seiner E-Mail

91 Act. IX.C.35, pag. 20. 92 Act. 23 (22-0459), pag. 25 ff. 93 Act. IX.C.24, pag. 30. 94 Act. IX.C.35, pag. 5 und 20.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 31 vom 21. Dezember 2009 habe bedeutet, dass die Foffa Conrad AG mindestens 4 % höher als die Rocca + Hotz AG eingeben sollen. Er nehme an, dass die Foffa Conrad AG ihre Offerte aufgrund der E-Mail von H. ___ nach oben angepasst habe.⁹⁵

B.7.1.2.2 Rocca + Hotz AG

97. H. ___ gab am 29. Oktober 2015 zu Protokoll, dass es sich beim «[...]» um eine spezielle Ausschreibung gehandelt habe. Die Rocca + Hotz AG habe das Projekt mit einer [...] %-igen Kostenüberschreitung ausgeführt. Bereits im Vorhinein habe sie grosse Vorbehalte beim Architekten angebracht. Bei dieser komplizierten und unklaren Ausschreibung hätten sich seines Wissens viele Unternehmer distanziert. Es sei deshalb für die anderen Unternehmen nicht lohnenswert gewesen, eine eigene Offerte zu kalkulieren. Er nehme deshalb an, dass ihn die Foffa Conrad AG um die Zusendung einer Offerte angefragt habe. Seine Aufforderung in der E-Mail vom 21. Dezember 2009 an E. ___ sei nicht zwingend so zu verstehen, dass eine Anhebung des Preises um mindestens 4 % gemeint gewesen sei. Der Preis habe keine primäre Rolle gespielt, weil die Offerte aufgrund der Komplexität des Projekts noch hätte angepasst werden müssen. Er wisse nicht, welche weitere Unternehmen noch eingegeben hätten, aber bestimmt fünf bis sechs andere Unternehmen. Es sei nicht darum gegangen, dass die Foffa Conrad AG die Rocca + Hotz AG «schützen» sollte. Den Zuschlag habe die Rocca + Hotz AG erhalten.⁹⁶

B.7.1.3 Auskunft von N. ___ 98. Die Behörde ersuchte O. ___, Bauherr des vorliegenden Projekts, um Sachverhaltsauskünfte. An seiner Stelle antwortete [...], N. ___. Sie erteilte der Behörde mit E-Mail vom 5. Juni 2016 im Wesentlichen folgende Auskünfte⁹⁷: 99. Der Bauherr O. ___ (später [...]) habe das Architekturbüro [...] für die Ausschreibung des Hauses an [...] in Zuoz beauftragt. Es sei klar gewesen, dass die Aufträge nach Möglichkeit im Dorf Zuoz oder in der Region vergeben werden sollten. Es habe – soweit sie sich erinnern könne – zwei zusätzliche Offerten für die Baumeisterarbeiten gegeben. Die Rocca

+ Hotz AG, welche bereits Umbauarbeiten für sie in den Jahren 2000 bis 2002 ausgeführt habe, habe den Zuschlag gemäss Werkvertrag vom [...] erhalten. Für die Schreinerarbeiten sei ein Unternehmen aus Samedan aus preislichen Gründen einem Schreiner aus Zuoz vorgezogen worden, der Dachdecker sei aus preislichen Gründen sogar aus Zürich beigezogen worden.

B.7.2 Beweiswürdigung

B.7.2.1 Natürlicher (tatsächlicher) Konsens

100. Vorliegend ist unstrittig, dass H.____ der Foffa Conrad AG mit E-Mail vom 21. Dezember 2009 die Offerte der Rocca + Hotz AG für das Bauprojekt «[...]» zukommen liess. In der E-Mail forderte H.____ die Foffa Conrad AG auf, die Preise um mindestens 4 % anzupassen. Gemäss seinen Aussagen sei dies jedoch nicht so zu verstehen gewesen, dass er die Foffa Conrad AG um eine höhere Offerte gebeten habe. In ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats wiederholt die Rocca + Hotz AG diesen Standpunkt.⁹⁸

101. Diese Vorbringen der Rocca + Hotz AG sind nicht glaubhaft. Wenn es der Rocca + Hotz AG gleichgültig gewesen wäre, in welche Richtung die Foffa Conrad AG ihre Offerte angepasst

95 Act. IX.C.61, Zeilen 433–451. 96 Act. IV.026, Zeilen 399–441. 97 Act. 23 (22-0459). 98 Act. 93 (22-0459), Rz 39 f.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 32 hätte, hätte sie nicht eine konkrete Änderung der Preise um mindestens 4 % verlangt. Um gegenüber der Bauherrschaft zu verdecken, dass die Foffa Conrad AG sich bei ihrer Offerte auf die Preisangaben der Rocca + Hotz AG stützte, wäre keine Mindestdifferenz erforderlich gewesen. E.____ bestätigte dies. Nach seinen Aussagen sei es darum gegangen, dass die Foffa Conrad AG höher eingeben. Er nehme an, dass die Foffa Conrad AG ihre Offerte aufgrund der E-Mail von H.____ nach oben angepasst habe. Zudem ist der Kontext von Submissionen zu berücksichtigen. Vorliegend war die Rocca + Hotz AG an der Zuschlagserteilung interessiert. Dies zeigt sich daran, dass sie in der Ausschreibung obsiegt und das Projekt ausgeführt hat. Bei dieser Interessenlage hätte die Rocca + Hotz AG einer Konkurrentin die eigene Eingabesumme nicht offengelegt. Denn damit hätte sie riskiert, von dieser unterboten zu werden. Entgegen den Vorbringen der Rocca + Hotz AG spielte für die Bauherrschaft der Preis bei der Vergabe sehr wohl eine Rolle. Dies zeigt sich nur schon daran, dass sie gewisse Arbeiten aus preislichen Gründen an weiter entfernte Anbieter vergeben hat, obwohl sie grundsätzlich mit lokalen Unternehmen zusammenarbeiten wollte.

102. Damit ist erstellt, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG ein Konsens zustande gekommen ist, ihre Angebote beim Bauprojekt «[...]» zu koordinieren. Konkret sollte die Foffa Conrad AG ein höheres Angebot einreichen als die Rocca + Hotz AG. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

B.7.2.2 Verfolgter Zweck 103. E.____ legte dar, dass für die Rocca + Hotz AG der Nutzen an der «Absprache» darin bestanden habe, dass mit der Foffa Conrad AG eine Konkurrentin weggefallen sei. Diese Aussage zeigt ein klares Bild der Beweggründe der beteiligten Unternehmen für ihr Verhalten. Die Foffa Conrad AG sollte hinter die Rocca + Hotz AG zurücktreten und deren Chancen auf die Zuschlagserteilung durch ein höheres Angebot begünstigen. Insofern beabsichtigten die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG mit der Angebotskoordination, sich in Bezug auf das Bauprojekt «[...]» nicht zu

konkurrenzieren. Dass ihre Angebotskoordination ausschliesslich von anderen Motive getragen war, kann ausgeschlossen werden. Selbst wenn für die Foffa Conrad AG im Vordergrund gestanden hätte, ein (nicht konkurrenzfähiges) Angebot einzureichen, um bei einer weiteren Ausschreibung allenfalls berücksichtigt zu werden (vgl. die Behauptung der Rocca Hotz AG in ihrer Stellungnahme zum Antrag vom 13. März 201999), ändert dies nichts daran, dass die Angebotskoordination beim vorliegenden Projekt vom Gedanken getragen war, sich nicht zu konkurrenzieren. Darüber hinaus handelten die abredeteiligen Unternehmen auch mit Täuschungsabsicht (dazu Rz 89 hiavor).

B.7.2.3 Umsetzung und Auswirkungen

104. Die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG verhielten sich entsprechend ihrem Konsens. So bestätigte E.____, dass die Foffa Conrad AG ein höheres Angebot als die Rocca + Hotz AG einreichte. Erwiesen ist damit auch, dass sich die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG in Bezug auf das vorliegende Bauprojekt nicht konkurrenzieren. Dies gilt auch für allfällige Abgebotsrunden, sofern die Foffa Conrad AG hierzu überhaupt eingeladen worden ist. So bestätigte die Foffa Conrad AG, dass sie nicht beabsichtigte, den Zuschlag für das vorliegende Bauprojekt im Rahmen von Abgebotsrunden zu erhalten. Wenn es zu Abgebotsrunden gekommen sei, habe sich die Foffa Conrad AG in den zu beurteilenden Fällen äussert passiv verhalten oder vielfach auf Abgebote verzichtet.¹⁰⁰

99 Act. 93 (22-0459), Rz 42. 100 Act. 99 (22-0459).

22-00034/COO.2101.111.4.382004 33 105. Erstellt ist sodann auch, dass die Rocca + Hotz AG – wie beabsichtigt – den Zuschlag für die Baumeisterarbeiten erhielt (Preis von CHF [...] exkl. MWST)¹⁰¹. Wie den Angaben von N.____ zu entnehmen ist, lag daneben wohl noch eine weitere Offerte für die Ausführung der Baumeisterarbeiten vor, welche die Bauherrschaft aber nicht berücksichtigte.

B.7.3 Beweisergebnis

106. Zusammenfassend ist erwiesen, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG ein natürlicher (tatsächlicher) Konsens vorlag, ihre Angebote beim Bauprojekt «[...]» in Zuoz im Jahr 2009 zu koordinieren. Konkret sollte die Foffa Conrad AG ein höheres Angebot einreichen als die Rocca + Hotz AG. Damit bezweckten sie, sich bei diesem Bauprojekt nicht zu konkurrenzieren. Ebenso ist erstellt, dass sie sich in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – verhielten und sich nicht konkurrenzieren. Wie beabsichtigt, erhielt die Rocca + Hotz AG den Zuschlag. Neben den an der Angebotskoordination beteiligten Unternehmen lag der Bauherrschaft (wohl) eine weitere Offerte vor, welche sie aber nicht berücksichtigte.

101 Act. 23 (22-0459), pag. 25.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 34 B.8 [...], S-chanf (2010) 107. Im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», S-chanf (2010), richtet sich der Vorwurf der Angebotskoordinierung an die Foffa Conrad AG und Rocca + Hotz AG.

B.8.1 Beweismittel

B.8.1.1 Auskünfte der Parteien

108. Die Foffa Conrad AG zeigte mit Eingabe vom 30. November 2012 ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», S-chanf (2010), an. Konkret bezeichnete sie dieses Projekt als «abgesprochen».¹⁰² Sie bestätigte diesbezüglich ihre Selbstanzeige mit

Eingabe vom 1. Februar 2013.¹⁰³ Das entsprechende E-Mail der Rocca + Hotz AG habe sie jedoch gelöscht. ¹⁰⁹. An der Befragung vom 27. Oktober 2015 stellte E.____ klar, dass er keine Zweifel daran habe, dass die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG ihre Angebote für das Bauprojekt «[...]» abgesprochen hätten. Die Foffa Conrad AG habe aufgrund der «Absprache» eine höhere Offerte eingereicht als die Rocca + Hotz AG. Es könne sein, dass die «Absprache» mündlich und ohne E-Mailverkehr getroffen worden sei.¹⁰⁴ ¹¹⁰. Die Behörde konfrontierte die Rocca + Hotz AG mit den Aussagen der Foffa Conrad AG. H.____ führte an der Parteieinvernahme vom 14. März 2016 aus, dass der «[...]» in S-chanf auf Land gebaut worden sei, welches der Rocca + Hotz AG gehört habe. Der Bauherr habe dieses Bauobjekt durch die Rocca + Hotz AG ausführen lassen wollen. Es sei nur noch eine Frage des Baupreises gewesen. Neben der Foffa Conrad AG seien fünf bis sechs weitere Unternehmen zur Offertstellung eingeladen worden. Er vermute, dass die Foffa Conrad AG gewusst habe, dass die Rocca + Hotz AG den Auftrag ausführen werde, habe aber dennoch eine Offerte abgeben wollen. Es sei für die Foffa Conrad AG wohl darum gegangen, den Aufwand zu minimieren. Auf die Endsumme habe die allfällige Absprache keinen Einfluss gehabt, da sich die Rocca + Hotz AG noch gegen fünf weitere Mitbewerber habe durchsetzen müssen.¹⁰⁵

B.8.1.2 Auskünfte und Unterlagen der [...] ¹¹¹. Die Offertzusammenstellung der [...], dem zuständigen Architekturbüro, zeigt folgendes Bild der eingereichten Offerten für das Bauprojekt «[...]» in S-chanf¹⁰⁶:

Unternehmen Offertsumme (inkl. MWST)

Rocca + Hotz AG, Zuoz CHF [...]

[...] CHF [...]

[...] CHF [...]

Foffa Conrad AG, Zernez CHF [...]

¹⁰² Act. IX.C.24, pag. 36. ¹⁰³ Act. IX.C.35, pag. 5. ¹⁰⁴ Act. IX.C.61, Zeilen 592–610. ¹⁰⁵ Act. 18 (22-0459), Zeilen 42–111. ¹⁰⁶ Act. 51 (22-0459), Beilage.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 ³⁵ ¹¹². Daraus ist zudem ersichtlich, dass die Rocca + Hotz AG den Zuschlag nach einer Abgabensrunde zum Preis von CHF [...] inklusive Mehrwertsteuer erhalten hat.

B.8.2 Beweiswürdigung

B.8.2.1 Tatsächlicher (natürlicher Konsens)

¹¹³. Urkunden, welche die Angebotskoordination zwischen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG in Bezug auf das Bauprojekt «[...]» belegen, liegen nicht vor. Zu würdigen sind daher primär die Aussagen der Parteien. ¹¹⁴. Die Foffa Conrad AG zeigte ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem betreffenden Bauprojekt bereits im November 2012 an, also rund zweieinhalb Jahre nach der Ausschreibung. Es handelte sich um ein grösseres Bauprojekt. Die Erinnerungen dürften bei der Foffa Conrad AG zu diesem Zeitpunkt daher noch relativ frisch gewesen sein. E.____ führte zudem mit Nachdruck aus, dass die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG ihre Angebote für das betreffende Bauprojekt koordiniert hätten. Konkret habe die Foffa Conrad AG in Abstimmung mit der Rocca + Hotz AG eine höhere Offerte eingereicht.

115. Dagegen bringt die Rocca + Hotz AG im Wesentlichen vor, dass die Foffa Conrad AG unter grossem Zeitdruck gestanden habe, der Behörde möglichst umfassend alle Absprachen offen zu legen. Denn wenn der Selbstanzeiger eine Absprache, bei der er beteiligt gewesen sei, nicht offenlege, entfalle der Bussgelderlass bezüglich des nicht angezeigten Projektes. Sehr wohl möglich sei nämlich, dass in der Untersuchung ein anderer Beteiligter die Absprache offenlegen könnte. Damit dies nicht geschehe, ist der Selbstanzeiger nachvollziehbarerweise geneigt, besser mehr zu melden als zu wenig. Der Aussage der Foffa Conrad AG sei daher vorliegend kein Beweiswert beizumessen.¹⁰⁷ 116. Hierbei handelt es sich um abstrakte und theoretische Einwände, die vorliegend in mehrfacher Hinsicht nicht überzeugen:

■ Die Foffa Conrad AG wurde bereits am 2. November 2012 vom Sekretariat darüber informiert, dass in der kartellrechtlichen Untersuchung mehrere Bonusmeldungen eingegangen waren.¹⁰⁸ Sie konnte daher zum Zeitpunkt ihrer Selbstanzeige nicht davon ausgehen, dass sie in Bezug auf die von ihr angezeigten Wettbewerbsverstösse als Erstanzeigerin betrachtet werden würde. Mit Schreiben vom 23. April 2013 teilten die Wettbewerbsbehörden der Foffa Conrad AG mit, dass sie die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass nicht erfülle, da sie nicht Erstanzeigerin gewesen sei.¹⁰⁹ Insofern musste sie mit einer Sanktionierung des von ihr angezeigten Sachverhalts rechnen. Sodann ist zu beachten, dass bei Selbstanzeigen, die nicht als erstes eingehen, das zeitliche Element für die Höhe der Sanktionsreduktion keine überragende Rolle spielt und namentlich auch die Qualität der Kooperation im Vordergrund steht. Erst viel später, nämlich mit dem Versand des Antrags vom 10. Januar 2019, durfte die Foffa Conrad AG – entgegen der Mitteilung vom 23. April 2013 – einen Sanktionserlass erwarten. Ein Anreiz, auf leichtfertige und vorschnelle Weise der Behörde mögliche Wettbewerbsabreden zu melden, wie dies die Rocca + Hotz AG suggeriert, bestand nicht.

■ Die Foffa Conrad AG hat die von ihr angezeigten Projekte über einen Zeitraum von mehreren Monaten überprüft und bereinigt.¹¹⁰ Dabei ist sie sehr sorgfältig vorgegangen. In 107 Act. 93 (22-0459), Rz 53 ff. 108 Act. II.016, Seite 12. 109 Act. IX.C.36. 110 Vgl. Act. IX.C.24; Act. IX.C.29; Act. IX.C.35.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 36 den sieben anderen (parallelen) kartellrechtlichen Verfahren¹¹¹, in denen sie Selbstanzeige erstattete, zeigte die Foffa Conrad AG eine Vielzahl von Wettbewerbsverstössen bei konkreten Bauprojekten im Ober- und Unterengadin sowie im Münstertal an. In keinem einzigen Fall stellte die Behörde fest, dass sie eine Angebotskoordinierung zu Unrecht angezeigt hätte.

■ Weitere fällt vorliegend ins Gewicht, dass die Erinnerungen der Foffa Conrad AG an ein solch grosses Bauprojekt zum Zeitpunkt der Selbstanzeige noch relativ frisch gewesen sein dürften und sie ihre Sachverhaltsdarstellung konstant, mit Nachdruck und mit E. ___ durch die direkt involvierte Person nicht nur schriftlich, sondern unmittelbar mündlich vorgebracht hat. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Foffa Conrad AG dabei allfällige Zweifel hätte verschweigen sollen. Die Foffa Conrad AG verhielt sich gegenüber der Behörde wie ein Täter, der ein klares, mehrfach bekräftigtes und bis heute nicht widerrufenes Geständnis über seine eigene Tat ablegt und dabei zugleich den Mittäter nennt.

■ Die Angaben der Foffa Conrad AG decken sich mit den tatsächlich eingereichten Offerten. So zeigt die Offertzusammenstellung der Renato Maurizio AG, dass die Foffa Conrad AG der Bauherrschaft ein um ca. 5,6% höheres Angebot als die Rocca + Hotz AG

unterbreitet hat. 117. Vor diesem Hintergrund ist die Behörde von der Richtigkeit der Aussagen der Foffa Conrad AG überzeugt. Anzeichen, dass sich die Foffa Conrad AG fälschlicherweise selber und damit auch die Rocca + Hotz AG belastet hätte, sind nicht ersichtlich. Schliesslich bringt auch die Rocca + Hotz AG nichts vor, was gegen die Annahme einer Angebotskoordination spricht. Vielmehr äusserte H.____ an der Einvernahme vom 14. März 2016, dass es sein könne, dass die Foffa Conrad AG im Einvernehmen höher als die Rocca + Hotz AG habe eingeben sollen. 112 Anlässlich der Anhörung der Rocca + Hotz AG durch die WEKO vom 13. Mai 2019 hielt H.____ fest, dass der Ablauf bei allen acht Projekten¹¹³ gleich gewesen sei. In allen Fällen habe die Foffa Conrad AG Kontakt mit der Rocca + Hotz AG aufgenommen und um Zustellung der Offerte gebeten.¹¹⁴ Dass es in Bezug auf das vorliegende Bauprojekt keinen Kontakt mit der Foffa Conrad AG gegeben hätte, behauptete er nicht. 118. Nichts für ihren Standpunkt abzuleiten vermag die Rocca + Hotz AG schliesslich aus dem von ihr erwähnten Urteil des Bundesverwaltungsgericht B-771/2012 vom 25. Juni 2018.¹¹⁵ Darin betonte das Bundesverwaltungsgericht, dass im Rahmen der freien Beweiswürdigung im Einzelfall zu beurteilen sei, ob für die zu beweisende Tatsache das verlangte Beweismass aufgrund der erhobenen Beweismittel erfüllt sei. Es gehe nicht an, sich an eigentlichen Beweisregeln zu orientieren. Vielmehr gelte es, die vorliegenden Beweismittel im Einzelfall frei anhand der konkreten Umstände zu prüfen und zu bewerten, ohne sich dabei von einer schematischen Betrachtungsweise leiten zu lassen.¹¹⁶

119. Im Lichte der konkreten Beweislage und Umstände – und damit den Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts folgend – erachtet es die Behörde als erwiesen, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG ein natürlicher (tatsächlicher) Konsens zustande gekommen ist, ihre Angebote für das Bauprojekt «[...]» in S-chanf zu koordinieren. Konkret sollte

111 RPW 2017/3, 421 ff., RPW 2018/4, 723 ff., 736 ff., 756 ff., 801 ff., 820 ff., 841 ff., Verfügung der WEKO vom 26. März 2018 betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I. 112 Act. 18 (22-0459), Zeilen 65–67. 113 Die vorliegende Untersuchung hat das Verhalten der Rocca + Hotz AG im Zusammenhang mit zehn Projekte zum Gegenstand. H.____ sprach mutmasslich diejenigen acht Projekte an, bei denen die Voraussetzungen für eine Sanktionierung gegeben sind (dazu Rz 241 ff. hiernach). 114 Act. 106, Beilage 2. 115 Vgl. Act. 93 (22-0459), Rz 58. 116 Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25.6.2018, E. 6.5.5.4.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 37 die Foffa Conrad AG der Bauherrschaft ein höheres Angebot offerieren als die Rocca + Hotz AG. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

B.8.2.2 Verfolgter Zweck

120. Die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG haben den übereinstimmenden Willen geäussert, ihre Angebote beim Bauprojekt «[...]» zu koordinieren. Einem Konsens mit diesem Inhalt ist immanent, dass die daran beteiligten Unternehmen darauf zielten, den Wettbewerb untereinander zu verhindern. Dass hierfür ausschliesslich andere Gründe bestanden, ist nicht ersichtlich. Damit ist erstellt, dass die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG mit ihrem Verhalten bezweckten, sich beim Bauprojekt «[...]» nicht zu konkurrenzieren. Darüber hinaus handelten sie auch mit Täuschungsabsicht (dazu Rz 89 hiervor).

B.8.2.3 Umsetzung und Auswirkungen

121. Den Angaben der [...] (Rz 111) ist zu entnehmen, dass die Rocca + Hotz AG den Preis von CHF[...] offerierte, die Foffa Conrad AG den Preis von CHF [...]. Der Zuschlag ging schliesslich zum Preis von CHF [...] (Abgebot) an die Rocca + Hotz AG. Weitere Angebote reichten die [...] und [...] ein, die sich aber nicht durchsetzen konnten. Damit ist erwiesen, dass sich die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG an die getroffene Abmachung hielten. Konkret reichte die Foffa Conrad AG ein höheres Angebot als die Rocca + Hotz AG ein. Ebenso ist erstellt, dass sie sich beim strittigen Bauprojekt nicht konkurrenzierten. Daran be- stehen im Lichte der umgesetzten Angebotskoordination keine vernünftigen Zweifel. Dies gilt auch für allfällige Abgebotsrunden, sofern die Foffa Conrad AG hierzu überhaupt eingeladen worden ist. So bestätigte die Foffa Conrad AG, dass sie nicht beabsichtigte, den Zuschlag für das vorliegende Bauprojekt im Rahmen von Abgebotsrunden zu erhalten. Wenn es zu Abge- botsrunden gekommen sei, habe sich die Foffa Conrad AG in den zu beurteilenden Fällen äussert passiv verhalten oder vielfach auf Abgebote verzichtet.117

B.8.3 Beweisergebnis

122. Zusammenfassend ist erwiesen, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG ein Konsens vorlag, ihre Angebote beim Bauprojekt «[...]» in S-chanf im Jahr 2010 zu koordinieren. Konkret sollte die Foffa Conrad AG ein höheres Angebot einreichen als die Rocca + Hotz AG. Damit bezweckten sie, sich bei diesem Bauprojekt nicht zu konkurrenzieren. Ebenso ist erstellt, dass sie sich in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – verhielten und sich nicht konkurrenzierten. Wie beabsichtigt, erhielt die Rocca + Hotz AG den Zuschlag. Die weiteren Mitbewerber, die [...] und die [...], konnten sich nicht durchsetzen.

117 Act. 99 (22-0459).

22-00034/COO.2101.111.4.382004 38 B.9 [...], Zuoz (2011) 123. Im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», Zuoz (2011), richtet sich der Vorwurf der Angebotskoordination an die Foffa Conrad AG und Rocca + Hotz AG.

B.9.1 Beweismittel

B.9.1.1 Urkunden

124. Anlässlich der Hausdurchsuchung bei der Foffa Conrad AG beschlagnahmte die Behörde eine E-Mail von H.____, Rocca + Hotz AG, an I.____, Foffa Conrad AG, vom 30. März 2011 mit dem Betreff «[...]».118 Die E-Mail enthält zwei angehängte Dateien ([...] und [...]). Die E-Mail verschickte H.____ ohne jeglichen Begleittext.

B.9.1.2 Auskünfte der Parteien

B.9.1.2.1 Foffa Conrad AG

125. Die Foffa Conrad AG zeigte mit ihren Eingaben vom 30. November 2012119 und 1. Februar 2013120 ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», Zuoz (2011), an. Konkret bezeichnete sie dieses Projekt als «abgesprochen». Das entsprechende E-Mail der Rocca + Hotz AG habe sie jedoch gelöscht. 126. An der Befragung vom 20. August 2015 konfrontierte die Behörde I.____, [...] der Foffa Conrad AG, mit der E-Mail von H.____ an ihn vom 30. März 2011 mit dem Betreff «[...]». Er sagte daraufhin aus, dass er sich nicht an diese E-Mail erinnern könne. Mutmasslich habe sie H.____ auf Anweisung von E.____ versandt. Auf die Frage, was abstrakt der Grund dafür gewesen sein könnte,

weshalb ein anderes Unternehmen solche Dateien geschickt habe, antwortete I.____, dass die E-Mail im Zusammenhang mit einer Arbeitsgemeinschaft stehen könnte. Allenfalls könne es auch sein, dass die Foffa Conrad AG das Projekt selber nicht gerechnet habe und trotzdem habe eingeben wollen. Auf Nachfrage gab I.____ an, dass der Anlass der E-Mail auch darin bestehen können, dass man den Preis habe heben wollen.¹²¹ ¹²⁷. Nach Angaben von E.____ an der Befragung vom 27. Oktober 2015 handle es sich bei der E-Mail von H.____ vom 30. März 2011 an I.____ um diejenige E-Mail, welche die Foffa Conrad AG in ihrer Selbstanzeige vom 1. Februar 2013 erwähnt habe, aber als gelöscht angegeben habe. Die Foffa Conrad AG habe daraufhin höher eingegeben als die Rocca + Hotz AG. Er nehme an, dass es vor Versand der E-Mail einen Kontakt zwischen den beiden Unternehmen gegeben habe. Das Interesse der Rocca + Hotz AG (an der Angebotskoordination) habe darin bestanden, dass ein zusätzliches Unternehmen eine höhere Offerte als sie eingeben würde.¹²²

B.9.1.2.2 Rocca + Hotz AG ¹²⁸. Anlässlich seiner Einvernahme vom 29. Oktober 2015 bestätigte H.____, dass seine E-Mail vom 30. März 2011 an I.____ das Projekt «[...]», Zuoz, betroffen habe. Das angehängte Dokument mit der Nummer «[...]» habe die Offerte der Rocca + Hotz AG für dieses Projekt

118 Act. III.C.103. 119 Act. IX.C.24, pag. 43. 120 Act. IX.C.35, pag. 5. 121 Act. IX.C.53, Zeilen 189–241. 122 Act. IX.C.61, Zeilen 465–519.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 ³⁹ enthalten. Möglicherweise habe die Rocca + Hotz AG bei diesem Projekt eine Arbeitsgemeinschaft mit der Lazzarini AG gebildet. Er könne sich dagegen nicht erklären, weshalb er der Foffa Conrad AG die Offerte der Rocca + Hotz AG habe zukommen lassen. Das Projekt habe wohl die Firma Costa ausgeführt. Die Baumeisterarbeiten seien Teil der Generalunternehmerleistungen gewesen.¹²³

B.9.1.3 Auskünfte der Bauherrschaft

¹²⁹. Die [...] war Bauherrin des zu beurteilenden Projekts. Ihr [...], P.____, liess der Behörde den Vergabeantrag sowie die Deckblätter der eingegangenen Offerten zukommen.¹²⁴ Daraus ist folgendes Bild der eingegangenen Offerten ersichtlich:

Unternehmen Offertsumme (inkl. MWST)

[...] CHF [...]

[...] CHF [...]

[...] CHF [...]

Rocca + Hotz AG, Zuoz CHF [...]

[...] CHF [...]

Foffa Conrad AG, Zernez CHF [...]

¹³⁰. Gemäss Auskunft von P.____ habe die [...] den Zuschlag zum Preis von CHF [...] erhalten.¹²⁵

B.9.2 Beweiswürdigung

B.9.2.1 Natürlicher (tatsächlicher) Konsens

¹³¹. Vorliegend räumte die Foffa Conrad AG ein, dass es zwischen der Rocca + Hotz AG und ihr in Bezug auf das Bauprojekt «[...]» zu einer Angebotskoordination gekommen sei.

Konkret habe sie in Absprache mit der Rocca + Hotz AG eine höhere Offerte eingereicht als diese.

132. Diese Aussagen erfolgten bereits zu einem frühen Zeitpunkt im Verfahren. Die Foffa Conrad AG hielt anschliessend konstant daran fest. Sie decken sich sodann mit den objektiven Beweismitteln. Die E-Mail von H.____ an I.____ vom 30. März 2011 zeigt, dass die Rocca + Hotz AG der Foffa Conrad AG ihre Offerte für das strittige Projekt zukommen liess, es also tatsächlich zu einem Austausch der Preisinformationen gekommen ist. Aus den eingereichten Offerten ist ersichtlich, dass die Foffa Conrad in der Folge der Bauherrschaft effektiv ein höheres Angebot unterbreitete als die Rocca + Hotz AG. Schliesslich ist vorliegend kein Grund ersichtlich, weshalb die Foffa Conrad AG die Rocca + Hotz AG und sich selber zu Unrecht hätte belasten sollen.

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