

WEKO Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III vom 2. Oktober 2017

WEKO, 2017-10-02, DE

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

FR: WEKO Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III du 2 octobre 2017

IT: WEKO Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III del 2 ottobre 2017

Erwägungen

E. 34

Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)⁴² anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Auch im Kartellverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i. V. m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP⁴³). 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.⁴⁴ 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.⁴⁵ 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.⁴⁶ Diesen Grundsätzen ist im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen zum Sachverhalt Rechnung zu tragen.

E. 35

Im Folgenden werden zunächst das Beweisthema und jeweils die in Bezug auf die vorgeworfene Verhaltensweise vorhandenen Beweismittel beschrieben. Anschliessend wird die konkrete Beweislage anhand dieser Beweismittel gewürdigt, bevor schliesslich das Beweisergebnis festgehalten wird.

E. 39

Act. 67a (22-0460).

E. 40

Act. 76 und 77 (22-0460).

E. 41

Act. 80 und 82 (22-0460).

E. 42

Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

E. 43

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

E. 44

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 24.03.2003, E. 3.5; RPW 2009/4, 341 Rz 15, Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB).

E. 45

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

E. 46

BGE 139 I 72, 91 E. 8.3.2 (= RPW 2013/1, 126 f. E. 8.3.2), Publigroupe SA et al./WEKO; Urteil des

BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.7, Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.7, Siegenia-Aubi AG/WEKO; je m.w.Hinweisen.

22-00035/COO.2101.111.3.285128 10 B.1.2 Beweisthema 36. Im Folgenden ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob zwischen Bezzola Denoth und PRADER übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich des Bauprojekts [Bauprojekt 1] aus dem Jahr 2011-2012 zu koordinieren (Vorliegen eines natürlichen Konsenses). Ist dies zu bejahen, sind folgende Sachverhaltsfragen zu prüfen:

■ welchen Zweck Bezzola Denoth und PRADER mit der Angebotskoordination verfolgten (Rz 62);

■ welche Rollen die einzelnen Unternehmen im Zusammenhang mit der Angebotskoordination ausübten (Rz 65 ff.);

■ ob sich Bezzola Denoth und PRADER tatsächlich entsprechend ihrem Konsens über die Angebotskoordination verhielten und welche Auswirkungen dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte (Rz 74 ff.).

B.1.3 Beweismittel 37. Zur Beurteilung dieser Sachverhaltsfragen stützt sich die Behörde auf folgende Beweismittel:

B.1.3.1 Urkunden

E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter E]@bezzola-denoth.ch an [Mitarbeiter A]@prader-gr.ch] 38. Am [...] sendete [Mitarbeiter E], Bezzola Denoth, eine E-Mail an [Mitarbeiter A], PRADER, mit angehängter SIA-Datei mit dem Betreff „Offerte [...]“. Darin findet sich die Formulierung „In Absprache mit [D]“.47 Tags darauf, am [...], sendete [Mitarbeiter E] erneut eine E-Mail an [Mitarbeiter A], diesmal mit einer leicht modifizierten SIA-Datei. Der Inhalt dieser E-Mail lautet folgendermassen.48

„Sehr geehrter Herr [A]. Im Anhang nochmals eine leicht überarbeitete SIA.

Folgende Eckdaten: Brutto neu Fr. [...] Skonto [...] % Sonderabzug [...] % MwSt. 8 % Netto inkl. MwSt. [...] – Die Offerte können Sie in dieser Form eingeben. Die Preise wurden angepasst. Spielraum für Abgebote kaum vorhanden. Wir werden in einem kleinen

technischen Bericht einen Festpreis ausschliessen. Da insbesondere eine kommende Lohnteuering noch nicht bekannt ist und andererseits ein allfälliger Baubeginn nächstes Frühjahr / Sommer eher unwahrscheinlich ist. Mit freundlichen Grüßen und herzlichem Dank für Ihre Bemühungen [Mitarbeiter E]“

E. 47

Act. IX.C.035, pag. 52 (25-0039).

E. 48

Act. IX.C.035, pag. 51 (25-0039).

22-00035/COO.2101.111.3.285128 11 E-Mails vom [...] zwischen [Mitarbeiter G]@[keine Verfahrnspartei].ch] und [Mitarbeiter E]@bezzola-denoeth.ch] 39. [Mitarbeiter G], [keine Verfahrnspartei], sendete am [...] eine E-Mail an [Mitarbeiter E], Bezzola Denoth. Der Inhalt der E-Mail lautet folgendermassen:49 „Hallo [Vorname Mitarbeiter E], [...] Mir ist im Moment viel wichtiger, wie die „Zusammenarbeit [Bauprojekt 1]“ aussieht. Gruss [Mitarbeiter G]“

40. Auf dieser E-Mail antwortete [Mitarbeiter E] Folgendes: „Hallo [Vorname Mitarbeiter G]. [...] Betreffend [Bauprojekt 1] müssen wir wohl bei Gelegenheit zusammensitzen und auch grundsätzliches bezüglich Marktverhalten und Zusammenarbeit diskutieren. Werde schauen ob [Vorname Mitarbeiter F] gelegentlich Zeit findet. Melde mich bei Dir. Gruss [Vorname Mitarbeiter E]“

E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter E]@bezzola-denoeth.ch] an [[keine Verfahrnspartei]@...] mit Betreff „[Bauprojekt 1]“ 41. [Mitarbeiter E], Bezzola Denoth, sendete am [...] um 13:50 Uhr die folgende E-Mail an die Firma [keine Verfahrnspartei]. Der Inhalt dieser E-Mail lautet folgendermassen:50

„Denke Prader ist nur an der Sicherung und am Aushub interessiert. Sind aktuell viele am rechnen. Diverse mit großem Interesse. Denke aber Ihr habt in Bezug auf Deponie klare Vorteile. Gruß [Vorname Mitarbeiter E]“

E-Mail vom [...] von [keine Verfahrnspartei]@...] an [Mitarbeiter E]@bezzola-denoeth.ch] mit Betreff „[Bauprojekt 1]“ 42. [...], [keine Verfahrnspartei], verschickte daraufhin um 14:08 Uhr die folgende E-Mail an [Mitarbeiter E]:51 „Bun di [Vorname Mitarbeiter E] Habe auch von der Fa. Prader AG eine Preisanfrage für den Abtransport von Aushubmaterial erhalten.

E. 49

Act. IX.C.035, pag. 54 (22-0039).

E. 50

Act. III.I.020, pag. 1. 51 Act. III.I.020, pag. 1.

22-00035/COO.2101.111.3.285128 12 Es ist anzunehmen, dass Prader AG auch die Baumeisterarbeiten offeriert! [...] Gruss [...]“

Vergabeantrag der [...] vom [...] 43. Gemäss Auskunft der [...] war die Eingabefrist am [...]. Eine erste Abgebotsrunde fand im [...] statt.52 Gemäss Vergabeantrag vom [...] der [...] wurden die folgenden Offertsummen nach Abgebot eingereicht:53

Summe inkl. MWST Summe Netto exkl. MWST54

Bezzola Denoth AG, Scuol [...] [...]

[keine Verfahrenspartei] [...] [...]

PRADER AG, Davos Platz [...] [...]

44. Der Zuschlag erging schliesslich an Bezzola Denoth.

B.1.3.2 Auskünfte von Parteien

Eingabe der Bezzola Denoth vom 4. Dezember 2012 und vom 1. Februar 2013 45. Im Rahmen ihrer Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden zeigte Bezzola Denoth das vorliegende Projekt an. Sie gab als Bemerkung zum vorliegenden Bauprojekt an: [...] 55 46. Mit der Ergänzung der Selbstanzeige vom 1. Februar 2013 reichte Bezzola Denoth zwei E-Mails vom [...] bzw. vom [...] an PRADER⁵⁶ sowie eine E-Mail an [keine Verfahrenspartei] vom [...] mit der entsprechenden Antwort ein.⁵⁷

Aussage der Bezzola Denoth vom 26. Oktober 2015 47. [Mitarbeiter E], Bezzola Denoth, sagte aus, dass das Projekt [Bauprojekt 1] im Jahr [...] offeriert worden, aber der Baubeginn vermutlich im Jahr [...] oder [...] gewesen sei. Die Vergabe sei im [...] erfolgt. Bezzola Denoth habe den Zuschlag erhalten. 48. Auf Vorhalt der E-Mail vom [...] bestätigte [Mitarbeiter E] die angefügte Bemerkung [...].⁵⁸ 49. [Mitarbeiter E] sagte aus, dass die Firma PRADER im Unterengadin gar kein Hochbau mache. Er nehme an, dass sich die PRADER die Arbeit für die Erstellung der Offerte habe sparen wollen. Er nehme weiter an, dass die PRADER sich gar nicht habe leisten können, der [...], [...], die Abgabe einer Offerte zu verweigern. Er denke, dass ihn Herr [A] der PRADER angefragt habe, ob er ihm eine Offerte zukommen lassen könne. Ansonsten hätte [Mitarbeiter E] gar nicht gewusst, dass die PRADER angefragt worden sei.⁵⁹

52 Act. 20, pag. 6 (22-0460). 53 Act. 20 (22-0460). 54 Auf dem Vergabeantrag finden sich lediglich die Nettosummen exkl. MWST.

55 Act. IX.C.027, pag. 21 (25-0039).

56 Act. IX.C.035, pag. 51 und 52 (25-0039).

57 Act. IX.C.035, pag. 54 (25-0039).

58 Act. IX.C.060, Zeile 255 (25-0039).

59 Act. IX.C.060, Zeilen 256 ff. (25-0039).

22-00035/COO.2101.111.3.285128 13 50. Auf Vorhalt der E-Mails vom [...] (vgl. Rz 39 f.) sagte [Mitarbeiter E] zudem aus, dass beabsichtigt gewesen sei, bei diesem Bauprojekt eine ARGE mit [keine Verfahrenspartei] zu bilden. Die Zusammenarbeit bzw. die ARGE sei jedoch nicht zustande gekommen. Die Situation sei so gewesen, dass es sich um ein sehr grosses Bauprojekt gehandelt habe und die Frist sehr eng gewesen sei. Aus diesen Gründen habe er mit [Mitarbeiter G] der [keine Verfahrenspartei] über eine mögliche Zusammenarbeit diskutiert.⁶⁰ Aussage der PRADER vom 25. Februar 2016 51. Anlässlich der Einvernahme vom 25. Februar 2016 bestätigt [Mitarbeiter A],⁶¹ [Funktion] der METTLER PRADER,⁶² auf Vorhalt der E-Mail vom [...] in den Grundzügen die Aussagen von [Mitarbeiter E]. Die METTLER PRADER hatte dabei zu diesem Zeitpunkt noch keine Einsicht in die Selbstanzeige der Bezzola Denoth (vgl. Rz 20). 52. [Mitarbeiter A] sagte aus, dass die PRADER in den letzten 25 Jahren nie ausserhalb von Davos im Hochbau tätig gewesen sei. Da [...] und [...] sehr wichtige Kunden von PRADER im Raum Davos seien,

habe er sie nicht verärgern wollen.⁶³ Er sagte aus, dass die PRADER dort eine „Pro-Forma-Offerte“ eingereicht habe. Er nehme an, dass er die Bezzola Denoth angerufen und ihr gesagt habe, er müsse die Offerte „pro forma“ einreichen und wollte sich die Arbeit der Berechnung der Offerte sparen. Sie habe aber Bezzola Denoth keinen Schutz gewährt. ⁵³. Auf Rückfrage des Rechtsvertreters der Zindel-Gesellschaften sagte [Mitarbeiter A] aus, dass die PRADER in den letzten 25 Jahren nie im Unterengadin im Hochbau tätig gewesen sei (auch nicht heute). Die PRADER sei damit keine Konkurrentin der Bezzola Denoth im Bereich Hochbau im Unterengadin gewesen.⁶⁴

Eingabe der Zindel-Gesellschaften vom 12. Mai 2016 ⁵⁴. Die Zindel-Gesellschaften wiederholten in ihrer Eingabe, dass PRADER bei diesem Projekt nur eine „Pro-Forma-Offerte“ eingereicht habe. Hätte PRADER keine Offerte eingereicht, so hätte dies die künftige Geschäftsbeziehung mit [...] und [Bauherr] belasten können. Da PRADER in den letzten 25 Jahren noch nie einen Hochbau im Engadin realisiert habe, sei sie in Bezug auf das zur Diskussion stehende Hochbauobjekt in keinem Wettbewerbsverhältnis zu Bezzola Denoth gestanden. Entsprechend habe der Informationsaustausch auch nicht zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führen können.⁶⁵

B.1.4 Beweiswürdigung

B.1.4.1 Konsens ⁵⁵. Die beiden E-Mails vom [...] und [...] stellen, zusammen mit den ihnen angehängten Offerten, objektive Beweismittel dar, die in unmittelbarem und konkretem Bezug zur vorgeworfenen Verhaltensweise stehen. Die darin enthaltenen Sätze „Die Offerte können Sie in dieser Form angeben. Die Preise wurden angepasst“ lassen keinen anderen Schluss zu, als dass damit PRADER gebeten wurde, eine höhere Offerte einzugeben und Bezzola Denoth bei diesem Bauprojekt nicht zu konkurrenzieren.

⁶⁰ Act. IX.C.060, Zeilen 237 ff. (25-0039). ⁶¹ Act. 17 (22-0460). ⁶² Herr [A] sei gemäss eigenen Aussagen seit [...] für die PRADER AG tätig. Seit [...] sei er [Funktion]

der METTLER PRADER gewesen. ⁶³ Act. 17, Zeilen 80-81 (22-0460).

⁶⁴ Act. 17, Zeilen 128 ff. (22-0460).

⁶⁵ Act. 29 (22-0460).

22-00035/COO.2101.111.3.285128 ¹⁴ ⁵⁶. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb Bezzola Denoth eine Offerte für PRADER vorkalkulieren sollte, welche tiefer als ihre Offerte ist. Es würde sich damit, entgegen der Aussage von PRADER, nicht um eine „Pro-Forma-Offerte“ handeln. Mit „Pro-Forma-Offerte“ meinte PRADER wohl eine Offerte für ein Projekt, an dem sie kein Interesse an der Ausführung hatte. Bezzola Denoth spricht in diesem Zusammenhang von „Alibieingabe“ (Rz 45). Darunter versteht sie eine Eingabe für Projekte, „bei denen man auf Grund fehlender Kapazitäten oder anderer Hindernisse kein Interesse an der Arbeit besteht“.⁶⁶ Solche Offerten unterscheiden sich 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 sog. „Pro-Forma-Offerte“ (ohne Interesse an der Ausführung) oder eine Offerte mit Ausführungsinteresse 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. ⁵⁷. Mit der Zusendung einer vorkalkulierten Offerte und dem Begleitsatz „Die Offerte können Sie in dieser Form

eingeben“ bzw. „Die Differenzen zwischen den einzelnen Offerten sind nicht allzu gross, also kaum Abgebote möglich“⁶⁷ war für die Beteiligten klar, dass die Summe der SIA-Datei bereits über der Offertsumme von Bezzola Denoth lag und somit in dieser Grössen- ordnung eingegeben werden sollte, keinesfalls jedoch bedeutend tiefer. Daran ändert auch nichts, dass in den beiden E-Mails nicht erwähnt ist, dass PRADER höher eingeben sollte als Bezzola Denoth und dass die Offertsumme von Bezzola Denoth auch nicht angegeben ist. 58. Zudem wurde von Bezzola Denoth eingestanden, dass die E-Mails vom [...] und [...] einen – in den Worten von [...] belegen (Rz 48). 59. Die beiden E-Mails sind klar und die Aussagen von [Mitarbeiter E] sowie von [Mitarbeiter A] glaubwürdig. Vor diesem Hintergrund ist erstellt, dass Bezzola Denoth und PRADER den übereinstimmenden Willen äusserten, ihre Angebote beim Bauprojekt [Bauprojekt 1] preislich zu koordinieren. 60. Dass PRADER – wie von Bezzola Denoth behauptet⁶⁸ – aus eigener und freier Entschlei- dung beschlossen habe, bei dieser Ausschreibung der Bauherrschaft ein höheres Angebot zu unterbreiten, mag allenfalls zutreffen. Allerdings war Bezzola Denoth damit einverstanden, eine höhere Eingabe für PRADER zu berechnen und hat ihr diese auch zur Verfügung gestellt. Dabei wäre es Bezzola Denoth ohne Weiteres frei gestanden, sich am fraglichen Informati- onsaustausch mit PRADER nicht zu beteiligen. Da Bezzola Denoth sowohl ihre eigene Einga- besumme als auch diejenige von PRADER berechnet hat, steht fest, dass zwischen ihr und PRADER eine Einigung darüber zustande gekommen war, preislich koordinierte Angebote einzureichen. 61. Vor diesem Hintergrund ist erstellt, dass Bezzola Denoth und PRADER den übereinstim- menden Willen äusserten, ihre Angebote bei der Ausschreibung [Bauprojekt 1] zu koordinie- ren. Konkret sollte PRADER bei dieser Ausschreibung höher eingeben als Bezzola Denoth. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

B.1.4.2 Verfolgter Zweck 62. Als Zweck für die Vorbereitung der Offerte sowie für den Versand der SIA-Datei an PRADER wurde von Bezzola Denoth in ihrer Eingabe vom 4. Dezember 2012 und 1. Februar 2013 genannt, dass PRADER möglicherweise eine „Alibi-Offerte“ habe einreichen wollen. PRADER brachte auch vor, dass sie beim Bauprojekt [Bauprojekt 1] eine „Pro-Forma-Offerte“ eingereicht habe.

66 Act. IX.C.035, pag. 26 (25-0039). 67 Act. IX.C.035, pag. 52 (25-0039). 68 Act. 63, Rz 4 (22-0460).

22-00035/COO.2101.111.3.285128 15 63. Diesen Äusserungen der Parteien ist zu entnehmen, dass PRADER mit ihrer Offerte den Zuschlag nicht erhalten wollte. Die Angebotskoordination bezweckte zum einen, die Zuschlag- schancen für Bezzola Denoth zu wahren und zum anderen zu vermeiden, dass PRADER sel- ber den Zuschlag erhalten würde. Dem von den Parteien an den Tag gelegten Verhalten war immanent, dass dieses auch darauf abzielte, den Wettbewerb unter den Beteiligten zu verhin- dern. Dass PRADER für Bezzola Denoth aufgrund der Projektlage nicht in einem Wettbe- werbsverhältnis zu Bezzola Denoth gewesen sein soll, wie sie behauptete, ist nicht glaubhaft. Der Anfahrtsweg von Davos nach [...] von [...] wäre zu bewältigen gewesen. Auch sonst be- standen für PRADER keine grundsätzlichen Hindernisse, ein Projekt dieser Art und Grössen- ordnung auszuführen. Daran ändert auch nichts, dass sie im Engadin in der Vergangenheit nicht im Bereich Hochbau tätig war. Jedenfalls konnte Bezzola Denoth nicht zum Vornherein ausschliessen, dass sich PRADER um den Zuschlag für das entsprechende Bauprojekt be- mühen wollte. Dies wird insbesondere auch durch die E-Mail von [...], [keine Verfahrenspartei], an [Mitarbeiter E] vom [...] belegt (Rz 42). Darin teilte dieser

[Mitarbeiter E] mit, dass die [keine Verfahrenspartei] eine Preisanfrage für den Abtransport von Aushubmaterial erhalten habe. Es sei anzunehmen, dass PRADER auch die Baumeisterarbeiten offerieren werde. 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 der vorliegend zu beurteilenden Verhaltensweise ausgeschlossen werden. 64. Damit ist erstellt, dass Bezzola Denoth und PRADER mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei der Ausschreibung des Bauprojekts [Bauprojekt 1] nicht zu konkurrenzieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

B.1.4.3 Rolle der Beteiligten 65. Vorliegend ist die Rolle der Beteiligten, insbesondere die Rolle von Bezzola Denoth als Schutznehmerin bei der Initiative zur Angebotskoordination sowie bei der Organisation und Umsetzung der untersuchten Verhaltensweise zu würdigen. Zuerst ist zu prüfen, ob vor dem Versand der Offerte ein initiierender Kontakt für die Angebotskoordination stattfand und von wem gegebenenfalls die Initiative für die Angebotskoordination ausging. Zweitens ist zu prüfen, welche Rolle die Unternehmen bei der Organisation und Durchsetzung der untersuchten Verhaltensweise einnahmen. Initiative für die Angebotskoordination 66. Aus dem Wortlaut der E-Mails vom [...] und [...] von [Mitarbeiter E] an PRADER geht klar hervor, dass diesbezüglich zwischen [Mitarbeiter E] und [Mitarbeiter A] ein vorgängiger Kontakt stattgefunden haben muss. Dies geht aus den Worten „gemäss Absprache mit [Mitarbeiter D]“ hervor.⁶⁹ Zudem lässt auch die in beiden E-Mails vom [...] sowie vom [...] verwendete Wendung „Im Anhang nochmals eine leicht überarbeitete SIA“ bzw. „sende ich Ihnen eine SIA 451“ auf einen vorgängig erfolgten Kontakt schliessen. 67. Somit ist erstellt, dass vor Versand der E-Mails vom [...] und [...] ein vorgängiger Kontakt stattfand. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. 68. Wer in casu die Initiative für die Angebotskoordination ergriffen hat, ist den vorliegenden Urkunden nicht zu entnehmen. 69. Gemäss übereinstimmenden Parteiaussagen gehen [Mitarbeiter E] und [Mitarbeiter A] davon aus, dass die Kontaktaufnahme von der PRADER erfolgt ist (Rz 49 und 52). Damit ist erstellt, dass PRADER Bezzola Denoth im Hinblick auf die Angebotskoordination kontaktiert hat.

69 Act. IX.C.035, pag. 52 (25-0039).

22-00035/COO.2101.111.3.285128 16 Rolle bei der Organisation und Umsetzung der untersuchten Verhaltensweise 70. [Mitarbeiter E] wandte sich in seinen beiden E-Mails vom [...] und [...] an [Mitarbeiter A]. Inhalt dieser Nachrichten bildete insbesondere die jeweilige Offertsumme in Bezug auf das Bauprojekt [Bauprojekt 1]. Zudem war beiden E-Mails eine gerechnete SIA-Datei angehängt. 71. Zwischen den beiden gerechneten und [Mitarbeiter A] zugestellten SIA-Dateien vom [...] und [...] besteht lediglich ein zahlenmässig geringfügiger Unterschied. Dies unterstreicht, dass die genaue Höhe der Offertsumme PRADERS für Bezzola Denoth von Bedeutung war. 72. PRADER reichte im Anschluss an die E-Mails von Bezzola Denoth schliesslich eine Offerte in der Höhe von CHF [...] ein. Bezzola Denoth selber offerierte beim Bauprojekt [Bauprojekt 1] zu einem Betrag von CHF [...] (nach Abgebot), womit sie schliesslich auch den Zuschlag erhielt. 73. Damit ist erstellt, dass Bezzola Denoth die beiden E-Mails inkl. kalkulierter SIA-Dateien verfasst und verschickt hat, welche zur Koordination der Angebote und deren Eingabehöhe erforderlich waren. PRADER beschränkte sich darauf, ihr Angebot entsprechend den beiden E-Mails von Bezzola Denoth einzugeben.

B.1.4.4 Umsetzung und Auswirkungen 74. Gemäss den Angaben [...] haben Bezzola Denoth und PRADER folgende Offertsummen eingereicht: 70

Offertsumme per E-Mail Eingabesumme (inkl. MWST) in CHF (inkl. MWST) in CHF

Bezzola Denoth k.A. [...]71

PRADER [...] [...]

75. Somit reichte PRADER eine Offerte ein, welche überschlagsmässig der Offertsumme entsprach, welche sie am [...] von der Bezzola Denoth erhalten hatte. 76. Damit ist erstellt, dass sich PRADER im Ergebnis an die getroffene Abmachung hielt. Die Unternehmen handelten gemäss ihrem Konsens. Weiter ist erwiesen, dass sich Bezzola Denoth und PRADER in Bezug auf das Bauprojekt [Bauprojekt 1] nicht konkurrenzten. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Bezzola Denoth erhielt schliesslich den Zuschlag.

B.1.5 Beweisergebnis 77. Nach dem Gesagten ist bewiesen, dass Bezzola Denoth und PRADER den übereinstimmenden Willen geäussert haben, ihre Angebote beim Projekt [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollte PRADER eine höhere Offerte einreichen als die Bezzola Denoth. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzten. Weiter ist bewiesen, dass PRADER in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – eine Offerte einreichte, die über dem von Bezzola Denoth eingegebenen Preis lag. Die Konkurrenz zwischen den beiden Unternehmen war damit ausgeschaltet. Der Zuschlag wurde der Bezzola Denoth erteilt.

70 Act. 20 (22-0460). 71 Offertsumme vom [...] (vor Abgebot), Act. 20, S. 18 (22-0460).

22-00035/COO.2101.111.3.285128 17 B.2 Erwägungen

B.2.1 Geltungsbereich

B.2.1.1 Persönlicher Geltungsbereich 78. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten als auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Vorliegend traten die von den Untersuchungsadressatinnen betriebenen Unternehmen Bezzola Denoth/Foffa Conrad sowie die Zindel-Gesellschaften als wirtschaftlich unabhängige Anbieter von Gütern und Dienstleistungen (Hoch- und Tiefbau) im Wirtschaftsprozess auf. Das KG ist damit in persönlicher Hinsicht anwendbar.

B.2.1.2 Verfügungsadressatinnen 79. Adressatinnen einer wettbewerbsrechtlichen Verfügung können diejenigen natürlichen oder juristischen Personen sein, welche die Unternehmung betreiben bzw. deren Rechtsträgerinnen sie sind. 80. Verfügungsadressatin ist vorliegend die METTLER PRADER, als Nachfolgerin der durch Fusion absorbierten und direkt in die vorgeworfene Verhaltensweise involvierte PRADER, sowie Bezzola Denoth, als direkt in die vorgeworfene Verhaltensweise involvierte Gesellschaft. Die ZINDEL GRUPPE AG, als Muttergesellschaft der METTLER PRADER AG (vgl. Rz 5), sowie die Foffa Conrad, als Muttergesellschaft der Bezzola Denoth (Rz 2), sind ebenfalls als Verfügungsadressatinnen zu berücksichtigen. 81. Somit ist die vorliegende Verfügung an folgende Gesellschaften zu richten:

■ Bezzola Denoth AG, Scuol

■ Foffa Conrad AG, Zernez

■ METTLER PRADER AG, Chur

■ ZINDEL GRUPPE AG, Chur

B.2.1.3 Sachlicher Geltungsbereich 82. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG). 83. Ob die Parteien eine Wettbewerbsabrede getroffen haben, wird im Rahmen der materiellen Beurteilung noch im Einzelnen zu prüfen sein (vgl. dazu Rz 87 ff.). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und an dieser Stelle auf deren Wiedergabe verzichtet.

B.2.1.4 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich 84. Der vorliegende Untersuchungsgegenstand fällt in den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

B.2.2 Vorbehaltene Vorschriften 85. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche

22-00035/COO.2101.111.3.285128 18 Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG). 86. Im hier zu beurteilenden Markt gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.2.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede 87. 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, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). 88. Im Folgenden ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt (vgl. Rz 89 ff.). Ist dies zu bejahen, ist in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig ist (vgl. Rz 103 ff.).

B.2.3.1 Wettbewerbsabrede 89. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine formelle vertragliche Grundlage ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig, wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden. 90. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor, wenn erstens ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und zweitens ein Bezwecken oder ein Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung durch die Abrede gegeben sind. Diese Kriterien sind im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen.

B.2.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken 91. Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen nach dem Gesagten Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen. 92. Beweismässig ist erstellt, dass Bezzola Denoth und PRADER den übereinstimmenden, wirklichen Willen geäußert haben, ihre Angebote beim Bauprojekt [Bauprojekt 1], zu koordinieren. Konkret sollte PRADER bei dieser Ausschreibung zu einem höheren Preis offerieren als Bezzola Denoth (Rz 77). 93. Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt. 94. Beizufügen ist, dass eine solche Angebotskoordination im Einklang mit der Rechtsprechung der Wettbewerbsbehörden als „Schutz“ verstanden werden kann. „Schutz“ bedeutet dabei, dass Unternehmen in Bezug auf ein Bauprojekt vor der Eingabe ihrer Offerten gemeinsam festlegen, welches Unternehmen unter ihnen den Zuschlag erhalten soll. Das dadurch begünstigte Unternehmen erhält bei der Bewerbung um das Projekt „Schutz“ von den anderen Unternehmen. Die Umsetzung der Schutzfestlegung erfolgt in der Regel dadurch, dass sich diejenigen Unternehmen, welche Schutz versprochen haben, dazu bereit erklären, Offerten mit höheren Eingabesummen, sogenannte Stützofferten, einzureichen oder bewusst auf eine

22-00035/COO.2101.111.3.285128 19 Offerteingabe zu verzichten.⁷² Auch im vorliegenden Fall lassen sich die Rollen der Beteiligten so zuordnen. Konkret war Bezzola Denoth die Rolle der Schutznehmerin zugeordnet, während PRADER diejenige der Schutzgeberin innehatte.

B.2.3.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung 95. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG „eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt. Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext verdeutlicht – alternativ voraus, nicht kumulativ. 96. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben. Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.⁷³ Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Dass das Verhalten von PRADER allenfalls nicht primär darauf zielte („Pro-Forma-Offerte“), den Wettbewerb zu beeinflussen, ist nicht von Belang. Wie erwiesen (Rz 62 ff.), bezweckten die beteiligten Unternehmen mit der Angebotskoordination – zumindest auch – sich nicht zu konkurrenzieren. [...] lud lediglich drei Unternehmen ein, darunter Bezzola Denoth und PRADER. Bei Einladungsverfahren bei öffentlichen Ausschreibungen verlangt die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen, mindestens einen „ortsfremden“ Anbieter einzuladen. Dies hat den Zweck, den Wettbewerb innerhalb einer Submission zu beleben.⁷⁴ Selbst wenn private Bauherren nicht an diese Vorgabe gebunden sind, zeigt der darin verankerte Gedanke, dass die [...] mit der Einladung einer ortsfremden Anbieterin, der PRADER, Wettbewerb

von „ausserhalb“ gewünscht hatte. Die Bezzola Denoth und PRADER vorgeworfene Verhaltensweise wirkte dem entgegen, womit eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und bewirkt wurde. 97. Die Zindel-Gesellschaften machten geltend, dass PRADER in den letzten 25 Jahren nie ein Hochbauprojekt im Unterengadin ausgeführt habe und daher bei diesem Projekt nicht in einem Wettbewerbsverhältnis zu Bezzola Denoth gestanden habe. PRADER habe kein Interesse an der Ausführung dieses Auftrags im Unterengadin gehabt und sich gegenüber [...] und [...] „gezwungen“ gesehen, wenigstens „pro forma“ eine Offerte einzureichen. Ohne den Informationsaustausch mit Bezzola Denoth hätte sie gar keine Offerte eingereicht.⁷⁵ Somit könne ein Informationsaustausch zwischen Bezzola Denoth und PRADER gar keine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt haben. Auch Bezzola Denoth stellte sich auf den Standpunkt, dass PRADER keine „echte Konkurrentin“ gewesen sei. Vielmehr habe PRADER ihre Offerte „ausser Konkurrenz“ abgegeben.⁷⁶

72 Zum Ganzen RPW 2012/2, 273 Rz 6, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; RPW 2013/4, 527 Rz 6, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich; RPW 2015/2 201 Rz 6, Tunnelreinigung. 73 RPW 2013/4, 560 Rz 180, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 74 Art. 35 Abs. 2 der Verordnung vom 11.12.1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; SR 172.056.11). 75 Act. 81, S. 8 (22-0460). 76 Act. 63, Rz 4 ff. (22-0460).

22-00035/COO.2101.111.3.285128 20 98. Wie die WEKO bereits in vorangegangenen Submissionsfällen festgehalten hat, stellt die Einreichung einer mit einer Konkurrentin abgestimmten höheren Offerte eine wettbewerbsrelevante Abrede dar, selbst wenn das betreffende Unternehmen an der Erteilung des Auftrags nicht interessiert war.⁷⁷ Eine (eingeladene) Bauunternehmung steht nämlich unabhängig der Grösse ihres Interesses am Zuschlag für ein konkretes Projekt mit anderen (eingeladenen) Bauunternehmungen auf gleicher Marktstufe in einem (zumindest potenziellen) Wettbewerbsverhältnis. Wenn sie an der Submission teilnimmt und eine Offerte einreicht, wird sie eine aktuelle Konkurrentin. Dies unabhängig vom Umstand, ob die Submittentin diese Art Arbeiten in dieser Region bereits vorgängig ausführte oder nicht. Der Bauherr geht davon aus, dass ein Unternehmen, welches eine Offerte einreicht, auch in der Lage ist, das Projekt auszuführen und berücksichtigt eine Offerte entsprechend als Konkurrenzprodukt zu anderen Offerten. Aus der Tatsache, dass PRADER im Unterengadin bislang nie Hochbauprojekte ausführte, ergibt sich nicht, dass diese keine Konkurrentin zu Bezzola Denoth darstellte. Sie ist eine „ortsfremde“ Anbieterin, von welcher durchaus Wettbewerb ausging (vgl. Rz 84). Damit ist – entgegen den Vorbringen der Parteien – ein Wettbewerbsverhältnis zwischen PRADER und Bezzola Denoth zu bejahen. Von einem „Zwang“ von PRADER, aufgrund sonstiger Geschäftsbeziehung zur Bauherrin eine Offerte einreichen zu müssen, kann nicht ausgegangen werden. Es steht einer Submittentin frei, einer Bauherrin z.B. mitzuteilen, dass sie nicht zu dem vorgeschlagenen Zeitpunkt, aber zu einem späteren Zeitpunkt offerieren könne, dass sie unabhängig von der Einreichung einer Offerte weiterhin gerne mit der Bauherrin zusammenarbeite oder etwa, dass sie im Engadin keinen Hochbau betreibe. Eine Bauherrin dürfte eine solche Aussage einer abgesprochenen und damit verzerrten Offerte bevorzugen. 99. Weiter sei darauf hingewiesen, dass Anzeichen dafür bestehen, dass PRADER – entgegen der Darstellung [Mitarbeiter A]s – sehr wohl am Auftrag interessiert gewesen sein könnte, insbesondere an der Sicherung und am Aushub des [Bauprojekt 1]. Dies ergibt sich dadurch, dass sie eine Offerte für den Abtransport von Aushubmaterial für das Projekt [Bauprojekt 1] bei [keine Verfahrenspartei] einholte und

diese gemäss E-Mail annahm, dass PRADER auch die Baumeisterarbeiten zu offerieren gedachte (vgl. Rz 42). Falls PRADER tatsächlich keinerlei Interesse am Auftrag gehabt hätte, hätte keine Notwendigkeit bestanden, von [keine Ver- fahrenspartei] eine Offerte für den Abtransport von Aushubmaterial anzufordern. Der Umstand, dass PRADER offensichtlich Interesse an der Sicherung und am Aushub des Projektes [Bau- projekt 1] hatte, spricht dafür, dass sie auch Interesse an den Baumeisterarbeiten gehabt ha- ben könnte. Bei einer derartig bedeutenden Auftragssumme würde es sich wohl lohnen, neben den Tiefbauarbeiten auch die Baumeisterarbeiten auszuführen, zumal sich diesfalls die benö- tigten Ressourcen bereits vor Ort befänden. Die PRADER stellte – entgegen ihrer Behauptung – bei diesem Projekt eine Konkurrentin von Bezzola Denoth dar. 100. Somit war die vorliegende Abrede objektiv geeignet ist, den Wettbewerb einzuschrän- ken. Damit liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor. Darüber hinaus ist vorliegend – obwohl dies nicht notwendig ist – erwiesen, dass die Abredeteilnehmer mit ihrem Verhalten auch in subjektiver Hinsicht bezweckten, sich nicht zu konkurrenzieren (Rz 62 ff.). Somit war die vorliegende Abrede nicht nur (objektiv) geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, sondern es bestand auch eine dahingehende Absicht der Abredeteilnehmer.

B.2.3.1.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen 101. Die Parteien waren als Unternehmen auf derselben Marktstufe tätig und als solche Kon- kurrenten hinsichtlich der Vergabe des Bauobjekts [Bauprojekt 1]. Die vorliegende Abrede ist somit horizontaler Natur.

77 RPW 2009/3, 205 Rz 56, Elektroinstallationsbetriebe Bern. RPW 2012/2, 342 Rz 561, Wettbewerbs- abreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; RPW 2013/4, 5601 f. Rz 175 und 185 ff, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich.

22-00035/COO.2101.111.3.285128 21 B.2.3.2 Zwischenergebnis 102. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Parteien in Bezug auf den [Bauprojekt 1] durch ihr bewusstes und gewolltes Zusammenwirken eine Wettbewerbsabrede zwischen Un- ternehmen gleicher Marktstufe gemäss Art. 4 Abs. 1 KG getroffen haben. Im Folgenden ist zu prüfen, ob diese Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig ist.

B.2.3.3 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs 103. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen: a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen; b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen; c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

B.2.3.3.1 Vermutung der Beseitigung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG 104. Gegenstand der vorliegenden Wettbewerbsabrede zwischen Bezzola Denoth und PRADER ist die Preisfestsetzung der Angebote und gleichzeitig die Steuerung der Zu- schlagserteilung, womit eine Aufteilung des Auftrags und damit der Geschäftspartner unter den Abredeteilnehmenden erfolgt. Dabei handelt es sich um die beiden typischerweise, regel- mässig auch in Kombination anzutreffenden Abredegegenstände von sogenannten Submissi- onsabreden. Die vorliegenden Submissionsabreden sind sowohl unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a als auch Bst. c KG zu subsumieren. Dementsprechend ist vorliegend die gesetzliche Vermutungs- basis gegeben, womit die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu vermuten ist. 105. Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich diese Vermutung widerlegen lässt.

B.2.3.3.2 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung 106. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer aktueller und potenzieller Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb zwischen den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt. 107. Wird nicht nachgewiesen, dass trotz der Abrede wirksamer Wettbewerb besteht, greift die gesetzliche Vermutung und gestützt auf diese ist von einer Beseitigung des Wettbewerbs auszugehen. Insoweit wirkt sich eine diesbezügliche Beweislosigkeit zum Nachteil des betreffenden Unternehmens aus, das insofern die objektive Beweislast trägt. 108. Im Folgenden gilt es zu prüfen, ob die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung im vorliegenden Fall widerlegt werden kann. Um dies zu beurteilen, sind zunächst die sachlich und räumlich, womöglich auch die zeitlich relevanten Märkte für bestimmte Waren oder Dienstleistungen abzugrenzen, auf welchen sich die vorliegende Wettbewerbsabrede auswirkt. In einem zweiten Schritt ist alsdann zu prüfen, ob der auf den relevanten Märkten trotz des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede noch verbleibende aktuelle und potenzielle Aussen- sowie Innenwettbewerb wirksamen Wettbewerb herzustellen und damit die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag.

22-00035/COO.2101.111.3.285128 22 B.2.3.3.2.1 Relevanter Markt 109. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind. 110. Bei dieser Abgrenzung sind Sinn und Zweck der Marktabgrenzung zu berücksichtigen. Diese liegen weniger darin, eine allgemeingültige Marktdefinition für einen Wirtschaftsbereich zu schaffen, als vielmehr darin, die (ökonomischen) Wirkungen einer konkret untersuchten Wettbewerbsbeschränkung zu beurteilen. Zudem ist die Bestimmung des relevanten Marktes für die Höhe der Sanktion von Bedeutung (siehe unten Rz 143 ff.). Daraus folgt zwingend, dass die Marktabgrenzung davon abhängig ist, welche (mögliche) Wettbewerbsbeschränkung konkret untersucht wird. (i) Marktgegenseite 111. Für sämtliche Aspekte der Marktabgrenzung kommt es auf die Sichtweise der Marktgegenseite an. „Marktgegenseite“ sind dabei die Abnehmer derjenigen Leistung, die Gegenstand der untersuchten (möglichen) Wettbewerbsbeschränkung ist. Untersuchen die Wettbewerbsbehörden z. B. die Wirkungen einer Wettbewerbsabrede, so sind diejenigen Personen als Marktgegenseite zu betrachten, welche die Güter oder Dienstleistungen beziehen, auf die sich die Abrede bezieht. 112. Für den vorliegenden Fall war die [...], welche den [Bauprojekt 1] nachgefragt hat, Marktgegenseite der Parteien. (ii) Sachlich und räumlich relevanter Markt 113. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU, der hier analog anzuwenden ist). 114. Die vorliegende Wettbewerbsabrede bezog sich jeweils auf das betreffende Hochbauprojekt. Der sachlich relevante Markt umfasst vorliegend die Bauleistungen betreffend den [Bauprojekt 1]. 115. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist). 116. Das vorliegende Bauprojekt ist naturgemäss an den Ort der Ausführung gebunden, also vorliegend an [...]. Im Bauwesen besteht ein gewisser Distanzschutz aufgrund der hohen Transportkosten. Mit zunehmender Distanz zwischen dem Ausführungsort und dem Werkhof einer Bauunternehmung steigen die Selbstkosten und somit sinkt auch die Rentabilität. 117. Aufgrund der Projektgrösse und den

geographischen Gegebenheiten (Alpenpässe, Distanzen, fehlende Schnellstrassen) des Engadins ist davon auszugehen, dass in den meisten Fällen lokal tätige Bauunternehmen eine wirtschaftliche Offerte einreichen konnten. Tatsächlich haben beim vorliegenden Projekt Unternehmen aus dem Engadin sowie aus Davos eine Offerte eingereicht. Aus diesem Grund bildet vorliegend das gesamte Engadin sowie dessen angrenzende Gebiete, welche von [...] mit einer ähnlichen Fahrdistanz zu erreichen sind, den räumlich relevanten Markt.

B.2.3.3.2.2 Aussenwettbewerb 118. Nachfolgend ist zu beurteilen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb diszipliniert wurden, d.h., ob sie überhaupt über die Möglichkeit verfügten, die Preise zu erhöhen, oder die Mengen zu reduzieren oder die Qualitäten zu senken oder die Innovation zu verzögern; kurz, ob sie volkswirtschaftliche oder soziale Schäden verursachen konnten.

22-00035/COO.2101.111.3.285128 23 119. Beim vorliegend zu beurteilenden Projekt wurden die entsprechenden Arbeiten durch eine private Bauherrschaft vergeben. Aussenwettbewerb (aktueller wie auch potenzieller) konnte damit ausschliesslich durch allfällige zur Offertabgabe eingeladene bzw. angefragte Bauunternehmen, die sich nicht gleichzeitig an der Abrede beteiligten, entstehen. Das Unternehmen, von welchem damit überhaupt ein wirksamer Aussenwettbewerb ausgehen konnte, ist durch das offerierende Unternehmen [keine Verfahrenspartei] identifiziert. 120. PRADER und Bezzola Denoth machen in diesem Zusammenhang geltend, dass der Preiswettbewerb funktioniert habe. [keine Verfahrenspartei] habe Druck auf Bezzola Denoth ausgeübt, was zu einem intensiven Preiswettbewerb geführt habe. [Keine Verfahrenspartei] habe zuerst das günstigste Angebot eingereicht. Im Rahmen der ersten Abgebotsrunde habe sie den Preis gesenkt, sei aber von Bezzola unterboten worden. Der Preiswettbewerb habe offensichtlich funktioniert, was eine Beseitigung des Wettbewerbs ausschliesse. 121. Fest steht im vorliegenden Fall, dass [keine Verfahrenspartei] ebenfalls eine Offerte eingereicht hat. Dass sie sich an der Abrede beteiligt hat, ist nicht bewiesen. Sie ist daher als aktuelle Aussenwettbewerberin zu qualifizieren. Weitere Aussenwettbewerber nahmen nicht an der Ausschreibung teil. Im Folgenden ist zu würdigen, wie intensiv der Konkurrenzdruck war, der von [keine Verfahrenspartei] ausging. 122. [Keine Verfahrenspartei] war im Unterengadin nach eigenen Angaben fast ausschliesslich für die öffentliche Hand in den Bereichen Hoch- und Tiefbau tätig. Private Hochbauprojekte hätten nicht in ihrem Fokus gestanden und seien von ihr nicht bearbeitet worden.⁷⁸ Der von ihr ausgegangene Konkurrenzdruck auf die Abredeteilnehmer ist als eher schwach zu werten. Dies zeigt sich auch daran, dass die Abrede erfolgreich war und Bezzola Denoth trotz der [keine Verfahrenspartei] als Aussenwettbewerberin den Zuschlag erhielt. Bei Submissionen gilt der Grundsatz: „The winner takes it all“. Erhält der geschützte Abredeteilnehmer – hier trotz Angeboten durch „abredefreie“ Dritte resp. der Möglichkeit dieser zur Angebotsabgabe – den Zuschlag, hält er 100 % des abgesprochenen relevanten Marktes. Es liesse sich nun argumentieren, die allfällige Möglichkeit „abredefreier“ Dritter, ebenfalls Angebote einzureichen, resp. deren effektive Angebotsabgabe wirke sich disziplinierend auf die in den abgesprochenen Offerten angebotenen Preise aus, insbesondere auf diejenigen der geschützten Offerte. Dem mag bis zu einem gewissen Grad so sein, doch entscheidend ist dies vorliegend letztlich nicht. Denn wie das Ergebnis beweist, war dieser (aktuelle resp. potenzielle) Aussenwettbewerb jedenfalls nicht ausreichend stark, um die

von den Abredeteilnehmern vereinbarte Zuteilung des betroffenen Geschäftspartners unterlaufen zu können; der geschützte Abredeteilnehmer hält eben trotz des allfälligen Aussenwettbewerbs am Schluss 100 % des Marktes. Ausreichender Aussenwettbewerb, der die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegen würde, liegt daher nicht vor.⁷⁹

B.2.3.3.2.3 Innenwettbewerb 123. PRADER hielt sich an die Abrede, indem sie beim Bauprojekt [Bauprojekt 1], eine höhere Offerte einreichte als Bezzola Denoth (Rz 74 ff.). Somit bestand kein Innenwettbewerb. Nach dem Gesagten kann die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt werden. Es handelt sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG.

78 Act. IX.B.7, pag. 4 (25-0038). 79 Vgl. auch RPW 2013/4, 596 Rz 852, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich.

22-00035/COO.2101.111.3.285128 24 B.2.3.4 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs 124. Selbst wenn man – entgegen der Beurteilung der WEKO – von einer Widerlegung der Beseitigungsvermutung ausgehen würde, läge zumindest eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, wie folgende Ausführungen zeigen. 125. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts, u.a. im Fall Gaba, ist das Kriterium der Erheblichkeit in Art. 5 Abs. 1 KG als Bagatellklausel zu verstehen. Schon ein geringes Mass ist ausreichend, um als erheblich qualifiziert zu werden.⁸⁰ Das Gericht stellte sodann klar, dass die Frage der Erheblichkeit bei Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich nur unter dem Gesichtspunkt qualitativer Elemente zu würdigen ist. In der Regel sind solche Wettbewerbsabreden bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich.⁸¹ Quantitative Aspekte sind hierbei nicht zu prüfen. Schliesslich ist nicht erforderlich, dass sich die betreffenden Abreden tatsächlich negativ auf den Wettbewerb ausgewirkt haben. Es genügt, dass sie den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können.⁸² 126. Der vorliegenden Wettbewerbsabrede war ein nicht unbedeutendes Schädigungspotenzial immanent. Als horizontale Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG; vgl. Rz 104) betraf sie zentrale Wettbewerbsparameter. Zudem wurde sie umgesetzt. Damit entfiel zwischen den Abredeteilnehmern jeglicher Innenwettbewerb. Schliesslich erhielt mit Bezzola Denoth dasjenige Unternehmen den Zuschlag, das von den Abredeteilnehmern hierfür vorgesehen war. 127. Die Bagatellschwelle ist – bezogen auf den relevanten Markt (Rz 109 ff. hiervor) – bei weitem überschritten. Das Kriterium der Erheblichkeit ist somit gegeben.

B.2.3.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen 128. Wollte man, entgegen der Beurteilung der WEKO, von einer Widerlegung der Beseitigungsvermutung ausgehen, liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor. Es ist dann zu prüfen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Laut Art. 5 Abs. 2 KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie: a) notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichen Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. 129. Rechtfertigungsgründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) sind bei der vorliegenden Wettbewerbsabrede nicht ersichtlich und wurden von den Parteien auch nicht vorgebracht. Die Wettbewerbsabrede stellt daher auch dann eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar, wenn die

Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs als widerlegt erachtet würde.

80 BGE 143 II 297, RPW 2017/2, 349 E. 5.1, GABA; bestätigt in Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, BMW. 81 BGE 143 II 297, RPW 2017/2, 350 E. 5.2, GABA; bestätigt in Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, BMW; Urteil des BGer 2C_1017/2014 vom 9.10.2017, E. 3.1, Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BGer 2C_1016/2014 vom 9.10.2017, E. 1, Siegenia-Aubi AG/WEKO. 82 BGE 143 II 297, RPW 2017/2, RPW 2017/2, 353 E. 5.4.2, GABA; bestätigt in Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.2, BMW.

22-00035/COO.2101.111.3.285128 25 B.2.3.6 Ergebnis 130. Im vorliegenden Fall lässt sich die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung nicht widerlegen, vielmehr bestätigt sich diese Vermutungsfolge als materiell zutreffend und richtig. Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ist daher nicht möglich. 131. Diese wettbewerbsbeseitigende Abrede in Bezug auf das Projekt [Bauprojekt 1] ist gestützt auf Art. 5 Abs. 1 und 3 Bst. a und c KG unzulässig. 132. Falls entgegen der Beurteilung der WEKO von einer Widerlegung der Beseitigungsvermutung auszugehen wäre, läge zumindest eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, welche aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG nicht gerechtfertigt ist.

B.2.4 Massnahmen

B.2.4.1 Anordnung von Massnahmen 133. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmten Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.⁸³ 134. Die Unternehmen Bezzola Denoth, Foffa Conrad, METTLER PRADER und ZINDEL werden unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) dazu verpflichtet, Verhaltensweisen zu unterlassen, welche unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG darstellen.

135. Insbesondere wird den genannten Unternehmen untersagt:

■ Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht auf eine Offerteingabe anzufragen oder derartige anzubieten;

■ sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen; davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) sowie b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.

136. Diese Anordnungen umschreiben die Verpflichtungen der Verfahrensparteien, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Zudem stehen sie in unmittelbarem Zusammenhang zur von ihnen begangenen unzulässigen Verhaltensweise und verhindern, dass es erneut zu derartigen Verhaltensweisen kommt. Sie sind verhältnismässig, zumal sie zur Erreichung des Ziels, die Wiederholung der

festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern, geeignet sowie erforderlich und zumutbar sind.

83 RPW 2013/4, 643 Rz 1028 ff., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich; RPW 2015/2, 235 Rz 266 ff., Tunnelreinigung.

22-00035/COO.2101.111.3.285128 26 137. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die genannten Massnahmen können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dis- positiv verzichtet werden kann.⁸⁴

B.2.4.2 Sanktionierung 138. Gemäss 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. Art. 9 Abs. 3 KG ist sinngemäss anwendbar. 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.

B.2.4.2.1 Voraussetzungen 139. Sämtliche Parteien erfüllen vorliegend den Unternehmensbegriff nach Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG und haben durch den Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 und 3 KG eine unzulässige Verhal- tensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG begangen. 140. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen handelten und die kartellrechtswidrige Submissionsabsprache trafen, taten dies vorsätzlich oder nahmen deren wettbewerbsbeseitigende Wirkung zumindest in Kauf, handelten diesbezüglich also zumindest eventualvorsätzlich. Sodann ist festzuhalten, dass die handelnden natürlichen Personen für die jeweiligen Unternehmen zeichnungsberechtigt waren und jeweils mindestens dem middle- ren oder oberen Kader bzw. der Geschäftsleitung angehörten. Ihr Vorsatz bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen ist daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen.

B.2.4.2.2 Bemessung

B.2.4.2.2.1 Konkrete Sanktionsbemessung 141. Rechtsfolge eines Verstosses im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäfts- jahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt demnach die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzu- lässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist. 142. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemes- sung werden in der SVKG näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit⁸⁵ und der Gleichbehandlung begrenzt wird.⁸⁶ Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall, wobei die Geldbusse für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist.⁸⁷

84 Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, Telekurs Multipay; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, Flughafen Zürich

AG, Unique. 85 Art. 2 Abs. 2 SVKG.

86 RPW 2006/4, 661 Rz 236, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking.

87 RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, Elektroinstallationsbetriebe Bern.

22-00035/COO.2101.111.3.285128 27 a) Basisbetrag 143. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 2 f.). 144. Das an der Submissionsabrede beteiligte Unternehmen Bezzola Denoth erzielte im von der vorliegenden abgesprochenen Submission betroffenen Markt einen Umsatz. Hingegen erzielte PRADER keinen Umsatz, da ihr die Rolle der Schutzgeberin zugedacht war. 145. Zu klären ist zunächst das Verhältnis zwischen Art. 49a KG und Art. 3 SVKG. Art. 49a KG bildet die formell-gesetzliche Rechtsgrundlage für die Sanktionierung von kartellrechtlich unzulässigen Verhaltensweisen. Diese Bestimmung sieht in Abs. 1 eine Sanktionierung von Unternehmen vor, welche sich an einer unzulässigen Abrede beteiligt haben. Dagegen bezieht sich der Normgehalt der Ordnungsbestimmung von Art. 3 SVKG lediglich auf die Frage, wie die Sanktion zu bemessen ist. Dies bringt auch der entsprechende Abschnittstitel „Sanktionsbemessung“ der SVKG zum Ausdruck. Zu den Sanktionsvoraussetzungen äussert sich Art. 3 SVKG nicht. Vielmehr sind diese – auf Gesetzesstufe – in Art. 49a KG geregelt.⁸⁸ 146. Das Entfallen der Belastung ist 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 blieb oder die durch eine Stützofferte den designierten Zuschlagsempfänger schützen sollten, aufgrund fehlenden Umsatzes zu einer Nicht-Sanktionierung führen, die in Art. 49a KG nicht vorgesehen ist. Dieses Ergebnis entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Regelung von Art. 3 SVKG und kann vom Ordnungsgeber nicht gewollt gewesen sein. Kartellrechtliche Sanktionen dienen nicht nur der Abschöpfung der Kartellrente, sondern weisen auch pönalen Charakter auf und sollen die Präventivwirkung des Kartellrechts verstärken. Dieser ratio legis der kartellrechtlichen Sanktionsvorschriften liefe es zuwider, wenn „schutzgebende“ Unternehmen straffrei ausgehen würden. Namentlich ist auch den Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung nicht zu entnehmen, dass bei einer solchen Sachlage auf eine Sanktionierung zu verzichten ist. Insofern ergibt die Auslegung von Art. 3 SVKG, dass sich deren Konkretisierung der Sanktionsbemessung auf Fälle beschränkt, in denen ein Unternehmen tatsächlich einen Umsatz im relevanten Markt erzielt hat. Sofern ein Unternehmen im relevanten Markt keinen Umsatz erwirtschaftet hat, ist für dieses das in Art. 3 SVKG vorgesehene Kriterium des tatsächlichen Umsatzes nicht zu berücksichtigen, um die Höhe der in Art. 49a KG vorgesehenen Sanktion festzulegen. 147. Vor diesem Hintergrund ist vorliegend – unter Berücksichtigung der vom Gesetz- und Ordnungsgeber in Art. 49a KG und Art. 3 SVKG getroffenen Wertungen – ein Basisbetrag zu bestimmen, der einerseits den von der Submissionsabrede betroffenen Umsatz einbezieht und andererseits die Schwere und Art des Verstosses berücksichtigt. 148. Vorliegend wird als Basisumsatz für beide abredeteiligen Unternehmen die Offertsumme von Bezzola Denoth inklusive Mehrwertsteuer in Höhe von CHF [...] herangezogen (vgl. Rz 43), denn dieser Betrag reflektiert letztlich die wirtschaftliche Bedeutung der fraglichen Submission und damit des

entsprechenden Marktes und gibt dadurch Aufschluss über die Tragweite und das Schädigungspotenzial des Kartellrechtsverstosses.⁸⁹ Konkret ergibt sich daraus für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...]. 149. Die Schwere der Zuwiderhandlung ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden sind nur sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer massgeblich auf die konkreten Umstände

88 Dazu auch RPW 2013/4, 951, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 89 Vgl. RPW 2013/4, 618 Rz 956, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich.

22-00035/COO.2101.111.3.285128 28 des Einzelfalls an. Zweifellos stellen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, – als sogenannte harte horizontale Kartelle – in aller Regel schwere Kartellrechtsverstösse dar. Unter anderem sind horizontale Abreden, welche den Preiswettbewerb ausschalten, wegen des grossen ihnen immanenten Gefährdungspotenzials grundsätzlich im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, d.h. zwischen 7 und 10 Prozent, einzuordnen. Darüber hinaus ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, welche gleichzeitig mehrere Tatbestände gemäss Art. 5 KG erfüllen, schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen. 150. Bezzola Denoth als Schutznehmerin sowie PRADER als schützendes Unternehmen beteiligten sich an einer Abrede, welche den Preis sowie auch die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatten. Beide Unternehmen handelten dabei vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotenzial von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend sind zudem gleichzeitig mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen. 151.

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