

WEKO hoch--und-tiefbauleistungen-engadin-iii-2017-10-02 vom 2. Oktober 2017

WEKO, 2017-10-02, DE

Quelle:

https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_hoch--und-tiefbauleistungen-engadin-iii-2017-10-02

FR: WEKO hoch--und-tiefbauleistungen-engadin-iii-2017-10-02 du 2 octobre 2017

IT: WEKO hoch--und-tiefbauleistungen-engadin-iii-2017-10-02 del 2 ottobre 2017

Erwägungen

E. 19

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 Rechtspre-

chung 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

E. 20

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 Abredebeteiligten 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

E. 21

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 Verfahrenspartei] eine Offerte für den Abtransport von Aushubmaterial anzufordern. Der Umstand, dass PRADER offensichtlich Interesse an der Sicherung und am Aushub des Projektes [Bauprojekt 1] hatte, spricht dafür, dass sie auch

Interesse an den Baumeisterarbeiten gehabt haben könnte. Bei einer derartig bedeutenden Auftragssumme würde es sich wohl lohnen, neben den Tiefbauarbeiten auch die Baumeisterarbeiten auszuführen, zumal sich diesfalls die benötigten 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 einzuschränken. 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 Konkurrenten 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, Wettbewerbsabreden 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

E. 22

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 Unternehmen 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 Zuschlagserteilung, womit eine Aufteilung des Auftrags und damit der Geschäftspartner unter den Abredeteilnehmenden erfolgt. Dabei handelt es sich um die beiden typischerweise, regelmässig auch in Kombination anzutreffenden Abredegegenstände von sogenannten Submissionsabreden. Die vorliegenden Submissionsabreden sind sowohl unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a als auch Bst. c KG zu subsumieren. Dementsprechend ist vorliegend die gesetzliche Vermutungsbasis 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

E. 23

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

E. 24

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 ausgehende 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 denjenigen 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

E. 25

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

E. 26

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 derartiges 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 Auftrags Erfüllung 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

E. 27

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 Geschäft- 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.

E. 28

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 zugeordnet 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 Verordnungsbestimmung 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 Verordnungsgeber 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 Verordnungsgeber 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

E. 29

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.