



Hinweis:

Diese Verfügung wurde von einer Partei beim Bundesverwaltungsgericht angefochten und ist derzeit dort hängig (Stand: Oktober 2019). Sie ist daher gegenüber der beschwerdeführenden Partei nicht rechtskräftig.

Verfügung

vom 27. Mai 2019

in Sachen

Untersuchung **22-0459** gemäss Art. 27 KG
betreffend

22-0459: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II

wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

gegen

1. **Broggi Lenatti AG**, Legs-cha Zugr 4a, 7482 Bergün/Bravuogn
vertreten durch RA Peder Cathomen, Veia Vedem 3, 7458 Mon
2. **Foffa Conrad AG**, Scheschna Nr. 294, 7530 Zernez
vertreten durch RA Dr. Gerald Brei, Voillat Facincani Sutter +
Partner, Fortunagasse 11-15 / Rennweg, 8001 Zürich
3. **P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau**, Via Maistra 1, 7502 Bever
vertreten durch RTB AG, Piazza dal Mulin 6, 7500 St. Moritz
4. **Rocca + Hotz AG**, Dorta 74, 7524 Zuoz
vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Seraina Denoth, Legal
Partners Zurich, Selnaustrasse 6, 8001 Zürich

Besetzung

Andreas Heinemann (Präsident, Vorsitz),
Danièle Wüthrich-Meyer (Vizepräsidentin), Armin Schmutzler
(Vizepräsident), Florence Bettschart-Narbel, Nicolas Diebold,
Winand Emons, Andreas Kellerhals, Isabel Martínez, Rudolf Minsch,
Martin Rufer.

Inhaltsverzeichnis

A	Verfahren	8
A.1	Gegenstand der Untersuchung	8
A.2	Untersuchungsadressaten	8
A.2.1	Broggi Lenatti AG	8
A.2.2	Foffa Conrad AG	9
A.2.3	P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau	9
A.2.4	Rocca + Hotz AG	9
A.3	Verfahrensgeschichte	9
A.3.1	Untersuchungseröffnung am 30. Oktober 2012 und Hausdurchsuchungen	9
A.3.2	Selbstanzeige der Foffa Conrad AG	10
A.3.3	Ausdehnung der Untersuchung am 22. April 2013	10
A.3.4	Ausdehnung der Untersuchung und Verfahrenstrennung am 23. November 2015	10
A.3.5	Gewährung der Akteneinsicht	11
A.3.6	Versand des Antrags	11
A.3.7	Stellungnahmen der Parteien (Art. 30 Abs. 2 KG)	12
A.3.8	Anhörungen der Parteien	12
B	Sachverhalt	13
B.1	Übersicht	13
B.2	Vorbemerkungen zum Beweis	13
B.2.1	Beweiswürdigung und Beweismass	13
B.2.2	Verwertbarkeit der Aussagen von H.____ vom 14. März 2016	13
B.2.3	Keine weiteren Beweismassnahmen	15
B.3	Beweisthema	17
B.4	[...], [...] (2008)	18
B.4.1	Beweismittel	18
B.4.1.1	Urkunden	18
B.4.1.2	Auskünfte der Parteien	18
B.4.1.2.1	Foffa Conrad AG	18
B.4.1.2.2	Rocca + Hotz AG	18
B.4.2	Beweiswürdigung	19
B.4.2.1	Natürlicher (tatsächlicher) Konsens	19
B.4.2.2	Verfolgter Zweck	19
B.4.2.3	Umsetzung und Auswirkungen	20
B.4.3	Beweisergebnis	20
B.5	[...], la Punt Chamues-ch (2008)	21
B.5.1	Beweismittel	21
B.5.1.1	Urkunden	21
B.5.1.2	Auskünfte der Parteien	21
B.5.1.2.1	Foffa Conrad AG	21
B.5.1.2.2	Rocca + Hotz AG	22
B.5.1.3	Auskunft von K.____ (Bauherr)	22
B.5.2	Beweiswürdigung	23

B.5.2.1	Natürlicher (tatsächlicher) Konsens	23
B.5.2.2	Verfolgter Zweck	23
B.5.2.3	Umsetzung und Auswirkungen	24
B.5.3	Beweisergebnis	24
B.6	[...], [...] (2008)	25
B.6.1	Beweismittel	25
B.6.1.1	Urkunden	25
B.6.1.2	Auskünfte von Parteien	26
B.6.1.2.1	Foffa Conrad AG	26
B.6.1.2.2	Rocca + Hotz AG	26
B.6.1.3	Zeugenaussagen von M.____	26
B.6.2	Beweiswürdigung	27
B.6.2.1	Natürlicher (tatsächlicher) Konsens	27
B.6.2.2	Verfolgter Zweck	29
B.6.2.3	Umsetzung und Auswirkungen	29
B.6.3	Beweisergebnis	30
B.7	[...], Zuoz (2009)	31
B.7.1	Beweismittel	31
B.7.1.1	Urkunden	31
B.7.1.2	Auskünfte der Parteien	31
B.7.1.2.1	Foffa Conrad AG	31
B.7.1.2.2	Rocca + Hotz AG	32
B.7.1.3	Auskunft von N.____	32
B.7.2	Beweiswürdigung	32
B.7.2.1	Natürlicher (tatsächlicher) Konsens	32
B.7.2.2	Verfolgter Zweck	33
B.7.2.3	Umsetzung und Auswirkungen	33
B.7.3	Beweisergebnis	34
B.8	[...], S-chanf (2010)	35
B.8.1	Beweismittel	35
B.8.1.1	Auskünfte der Parteien	35
B.8.1.2	Auskünfte und Unterlagen der [...]	35
B.8.2	Beweiswürdigung	36
B.8.2.1	Tatsächlicher (natürlicher Konsens)	36
B.8.2.2	Verfolgter Zweck	38
B.8.2.3	Umsetzung und Auswirkungen	38
B.8.3	Beweisergebnis	38
B.9	[...], Zuoz (2011)	39
B.9.1	Beweismittel	39
B.9.1.1	Urkunden	39
B.9.1.2	Auskünfte der Parteien	39
B.9.1.2.1	Foffa Conrad AG	39
B.9.1.2.2	Rocca + Hotz AG	39
B.9.1.3	Auskünfte der Bauherrschaft	40
B.9.2	Beweiswürdigung	40

B.9.2.1	Natürlicher (tatsächlicher) Konsens	40
B.9.2.2	Verfolgter Zweck	41
B.9.2.3	Umsetzung und Auswirkungen	41
B.9.3	Beweisergebnis	42
B.10	[...] (2011).....	43
B.10.1	Beweismittel	43
B.10.1.1	Urkunden	43
B.10.1.2	Auskünfte der Parteien	44
B.10.1.2.1	Foffa Conrad AG	44
B.10.1.2.2	Rocca + Hotz AG	44
B.10.2	Beweiswürdigung	44
B.10.2.1	Natürlicher (tatsächlicher) Konsens	44
B.10.2.2	Verfolgter Zweck	45
B.10.2.3	Umsetzung und Auswirkungen	45
B.10.3	Beweisergebnis	45
B.11	[...], Zuoz (2011).....	46
B.11.1	Beweismittel	46
B.11.1.1	Urkunden	46
B.11.1.2	Auskünfte der Parteien	46
B.11.1.2.1	Foffa Conrad AG	46
B.11.1.2.2	Rocca + Hotz AG	47
B.11.2	Beweiswürdigung	47
B.11.2.1	Natürlicher (tatsächlicher) Konsens	47
B.11.2.2	Verfolgter Zweck	48
B.11.2.3	Umsetzung und Auswirkungen	48
B.11.3	Beweisergebnis	48
B.12	[...], Zuoz (2011).....	49
B.12.1	Beweismittel	49
B.12.1.1	Auskünfte der Parteien	49
B.12.1.1.1	Foffa Conrad AG	49
B.12.1.1.2	Rocca + Hotz AG	49
B.12.1.2	Auskünfte des Architekten und Bauherrenvertreters.....	49
B.12.2	Beweiswürdigung	50
B.12.2.1	Natürlicher (tatsächlicher Konsens).....	50
B.12.2.2	Verfolgter Zweck	51
B.12.2.3	Umsetzung und Auswirkungen	51
B.12.3	Beweisergebnis	51
B.13	[...], [...] (2012)	52
B.13.1	Beweismittel	52
B.13.1.1	Urkunden	52
B.13.1.2	Auskünfte der Parteien	54
B.13.1.2.1	Foffa Conrad AG	54
B.13.1.2.2	Rocca + Hotz AG	54
B.13.2	Beweiswürdigung	55
B.13.2.1	Natürlicher (tatsächlicher) Konsens	55

B.13.2.2	Verfolgter Zweck	55
B.13.2.3	Umsetzung und Auswirkungen	56
B.13.3	Beweisergebnis	56
C	Erwägungen	57
C.1	Geltungsbereich	57
C.2	Zuständigkeit der Gesamtkommission der WEKO	57
C.3	Vorbehaltene Vorschriften	57
C.4	Unzulässige Wettbewerbsabreden	58
C.4.1	Einleitung	58
C.4.2	Wettbewerbsabreden	59
C.4.2.1	Qualifikation als horizontale Preis- und Geschäftspartnerabreden (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	59
C.4.2.2	Relevanter Markt	60
C.4.2.3	Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs in einem Fall	61
C.4.2.4	Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs in neun Fällen	63
C.4.2.5	Rechtfertigung aus Effizienzgründen	64
C.4.2.6	Zwischenergebnis	64
D	Massnahmen	68
D.1.1	Anordnung von Massnahmen	68
D.1.2	Sanktionierung	69
D.1.2.1	Allgemeines	69
D.1.2.2	Voraussetzungen	69
D.1.2.2.1	Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG	69
D.1.2.2.2	Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG	69
D.1.2.2.3	Unternehmen	70
D.1.2.2.4	Vorwerfbarkeit	70
D.1.2.2.5	Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht	71
D.1.2.3	Zurechenbarkeit der Wettbewerbsverstösse	73
D.1.2.4	Bemessung	76
D.1.2.5	[...], [...] (2008)	77
D.1.2.5.1	Basisbetrag	77
D.1.2.5.2	Dauer des Verstosses	78
D.1.2.5.3	Erschwerende und mildernde Umstände	78
D.1.2.5.4	Maximalsanktion	78
D.1.2.5.5	Selbstanzeige	79
D.1.2.5.6	Verhältnismässigkeit	79
D.1.2.5.7	Ergebnis	79
D.1.2.6	[...], Zuoz (2009)	80
D.1.2.6.1	Basisbetrag	80
D.1.2.6.2	Dauer des Verstosses	81
D.1.2.6.3	Erschwerende und mildernde Umstände	81
D.1.2.6.4	Maximalsanktion	81
D.1.2.6.5	Selbstanzeige	81

D.1.2.6.6	Verhältnismässigkeit	81
D.1.2.6.7	Ergebnis.....	82
D.1.2.7	[...], S-chanf (2010).....	82
D.1.2.7.1	Basisbetrag	82
D.1.2.7.2	Dauer des Verstosses	83
D.1.2.7.3	Erschwerende und mildernde Umstände.....	83
D.1.2.7.4	Maximalsanktion	83
D.1.2.7.5	Selbstanzeige.....	83
D.1.2.7.6	Verhältnismässigkeit	84
D.1.2.7.7	Ergebnis.....	84
D.1.2.8	[...], Zuoz (2011)	84
D.1.2.8.1	Basisbetrag	84
D.1.2.8.2	Dauer des Verstosses	85
D.1.2.8.3	Erschwerende und mildernde Umstände.....	85
D.1.2.8.4	Maximalsanktion	85
D.1.2.8.5	Selbstanzeige.....	85
D.1.2.8.6	Verhältnismässigkeit	86
D.1.2.8.7	Ergebnis.....	86
D.1.2.9	[...] (2011)	86
D.1.2.9.1	Basisbetrag	86
D.1.2.9.2	Dauer des Verstosses	87
D.1.2.9.3	Erschwerende und mildernde Umstände.....	87
D.1.2.9.4	Maximalsanktion	87
D.1.2.9.5	Selbstanzeige.....	87
D.1.2.9.6	Verhältnismässigkeit	88
D.1.2.9.7	Ergebnis.....	88
D.1.2.10	[...], Zuoz (2011)	89
D.1.2.10.1	Basisbetrag.....	89
D.1.2.10.2	Dauer des Verstosses.....	89
D.1.2.10.3	Erschwerende und mildernde Umstände.....	89
D.1.2.10.4	Maximalsanktion	90
D.1.2.10.5	Selbstanzeige	90
D.1.2.10.6	Verhältnismässigkeit	91
D.1.2.10.7	Ergebnis.....	91
D.1.2.11	[...], Zuoz (2011)	92
D.1.2.11.1	Basisbetrag.....	92
D.1.2.11.2	Dauer des Verstosses.....	92
D.1.2.11.3	Erschwerende und mildernde Umstände.....	93
D.1.2.11.4	Maximalsanktion	93
D.1.2.11.5	Selbstanzeige	93
D.1.2.11.6	Verhältnismässigkeit	93
D.1.2.11.7	Ergebnis.....	93
D.1.2.12	[...], [...] (2012).....	94
D.1.2.12.1	Basisbetrag.....	94
D.1.2.12.2	Dauer des Verstosses.....	95

D.1.2.12.3	Erschwerende und mildernde Umstände.....	95
D.1.2.12.4	Maximalsanktion	95
D.1.2.12.5	Selbstanzeige	95
D.1.2.12.6	Verhältnismässigkeit	95
D.1.2.12.7	Ergebnis.....	96
D.1.3	Gesamtsanktionen pro Unternehmen	96
D.1.4	Tragbarkeit der Gesamtsanktionen	97
D.1.4.1	Grundlagen	97
D.1.4.2	[...]	98
D.1.4.2.1	[...]	98
D.1.4.2.2	[...]	98
D.1.4.2.3	[...]	98
E	Kosten	99
F	Ergebnis	101
G	Dispositiv	103

A Verfahren

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet die Frage, ob die Foffa Conrad AG, Rocca + Hotz AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau bzw. Broggi Lenatti AG bei einzelnen Ausschreibungen von Hoch- und Tiefbauprojekten im Oberengadin durch die Koordination ihrer Angebote unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG getroffen haben. Im Einzelnen handelt es sich hierbei um folgende zehn Bauobjekte:

Bauprojekt	Parteien	Jahr	Bereich	Verweis
«[...]», [...]	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2008	Tiefbau	Rz 41 ff.
«[...]», la Punt Chamues-ch	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2008	Hochbau	Rz 56 ff.
«[...]», [...]	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG P. Lenatti AG	2008	Tiefbau	Rz 70 ff.
«[...]», Zuoz	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2009	Hochbau	Rz 93 ff.
«[...]», S-chanf	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2010	Hochbau	Rz 107 ff.
«[...]», Zuoz	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2011	Tiefbau	Rz 123 ff.
«[...]», [...]	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2011	Tiefbau	Rz 138 ff.
«[...]», Zuoz	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2011	Hochbau	Rz 151 ff.
«[...]», Zuoz	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2011	Hochbau	Rz 163 ff.
«[...]», [...]	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2012	Tiefbau	Rz 175 ff.

A.2 Untersuchungsadressaten

A.2.1 Broggi Lenatti AG

2. Die Broggi Lenatti AG entstand aus einer im Jahr 1890 in Bergün durch A. ___ gegründeten Baufirma. 1996 gründeten B. ___ und C. ___ zusammen die Hohenegger & Broggi GmbH in Madulain. Gemäss Handelsregister wandelte sich die HOBRO GmbH per 16. April 2014 in die Broggi Lenatti AG um. Die Tätigkeit der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau (vgl. zu dieser Gesellschaft Rz 4), sowie der Hohenegger & Broggi AG, Bergün/Bravuogn, im Bereich Hoch-

und Tiefbau wurden per 29. April 2014 auf die Broggi Lenatti AG überführt.¹ Die Unternehmen Hohenegger & Broggi AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau bestehen weiterhin. [...] der Broggi Lenatti AG ist B.____.

A.2.2 Foffa Conrad AG

3. Die Foffa Conrad AG mit Sitz in Zernez wurde 1964 gegründet. Sie bezweckt die Übernahme und Ausführung von Hoch- und Tiefbauten aller Art sowie den Handel mit Baumaterialien. [...] der Foffa Conrad AG ist seit September 2018 D.____. Zuvor übte [...] E.____ aus. [...] der Foffa Conrad AG ist F.____. Die Gesellschaft hat Zweigniederlassungen in Scuol, Samnau und Val Müstair.

A.2.3 P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau

4. Die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau mit Sitz in Bever ist seit 1972 im Handelsregister eingetragen. Sie bezweckt den Betrieb eines Hoch- und Tiefbaugeschäftes mit Schreinerei und Zimmerei. Laut Handelsregister hat die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau eine Zweigniederlassung in La Punt-Chamues-ch. Verwaltungsratspräsident der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau ist G.____.

A.2.4 Rocca + Hotz AG

5. Die Rocca + Hotz AG mit Sitz in Zuoz ist seit 1988 im Handelsregister eingetragen und betreibt eine Bauunternehmung. Sie verfügt über eine Zweigniederlassung in La Punt-Chamues-ch. Sie beschäftigt rund 45 Personen im Bauwesen und sieben bis acht Personen in der Administration.² [...] der Rocca + Hotz AG ist H.____.

A.3 Verfahrensgeschichte

A.3.1 Untersuchungseröffnung am 30. Oktober 2012 und Hausdurchsuchungen

6. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eröffnete am 30. Oktober 2012 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) gegen 19 im Unterengadin tätige Unternehmen der Baubranche die Untersuchung 22-0433: Bau Unterengadin nach Art. 27 ff. KG.³

7. Dem Sekretariat lagen aufgrund einer Anzeige Anhaltspunkte für mutmassliche Wettbewerbsabreden in der Baubranche im Unterengadin vor, namentlich bezüglich der Märkte für Hoch-, Tief- und Strassenbau sowie Kies und Beton. Es bestand der Verdacht, dass sich im Unterengadin Vertreter verschiedener Bauunternehmen abgesprochen hatten, insbesondere um bei Ausschreibungen die Angebote bzw. Angebotssummen zu koordinieren und allenfalls die Bauprojekte bzw. Kunden aufzuteilen.

¹ <<http://broggi-lenatti.ch/de/ueber-uns/geschichte>> (30.11.2018).

² Act. IV.026, Zeile 79 f. – Die Akten des vorliegenden Verfahrens setzen sich aus den Akten bis und mit der Verfahrenstrennung vom 23. November 2015 (Aktenverzeichnis 22-0433) und den Akten nach der Verfahrenstrennung (Aktenverzeichnis 22-0459) zusammen. Ist bei der Angabe der Aktenstücke (Act.) kein Hinweis auf das Aktenverzeichnis vermerkt, sind diese im Aktenverzeichnis 22-0433 erfasst.

³ Vgl. SHAB vom 13.11.2012, Nr. 221 (Act. I.025) und Untersuchungseröffnungsschreiben an die Parteien vom 30.10.2012 und 5.11.2012 (Act. I.002–I.022).

8. Vom 30. Oktober bis 1. November 2012 führte das Sekretariat bei insgesamt 13 Unternehmen Hausdurchsuchungen durch. Während der Hausdurchsuchungen wurden insgesamt zehn Partei- und Zeugeneinvernahmen durchgeführt.⁴

A.3.2 Selbstanzeige der Foffa Conrad AG

9. Mit Fax-Bonusmeldung vom 12. November 2012 reichte die Foffa Conrad AG Selbstanzeige betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse in der Baubranche im Oberengadin ein.⁵ Sie ergänzte ihre Selbstanzeige betreffend das Oberengadin mit Eingaben vom 30. November 2012⁶, 1. Februar 2013⁷, 12. September 2018⁸ und 11. April 2019⁹.

10. Zudem gaben folgende Personen dem Sekretariat im Rahmen von mündlichen Ergänzungen der Selbstanzeige Auskunft zu mutmasslichen Wettbewerbsverstössen im Oberengadin:

- E.____, Verwaltungsrat der Foffa Conrad AG (12. November 2012¹⁰ und 27. Oktober 2015¹¹);
- I.____, Foffa Conrad AG (20. August 2015¹²).

A.3.3 Ausdehnung der Untersuchung am 22. April 2013

11. Am 22. April 2013 dehnte das Sekretariat die Untersuchung 22-0433 Bauleistungen Graubünden (vormals: Bau Unterengadin) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO in örtlicher Hinsicht auf den gesamten Kanton Graubünden und in persönlicher Hinsicht auf sieben weitere Unternehmen aus.¹³ Damit wurden unter anderem auch allfällige Wettbewerbsabreden in der Baubranche im Oberengadin in den Untersuchungsgegenstand einbezogen. Zwischen dem 23. und 24. April 2013 führte das Sekretariat sechs weitere Hausdurchsuchungen durch.

A.3.4 Ausdehnung der Untersuchung und Verfahrenstrennung am 23. November 2015

12. Mit Schreiben vom 23. November 2015 dehnte das Sekretariat die Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO auf weitere Gesellschaften aus¹⁴, unter anderem auf die Broggi Lenatti AG, die P. Lenatti, Hoch- und Tiefbau und die Rocca + Hotz AG. Mit Zwischenverfügung gleichen Datums trennte das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO die Untersuchung 22-0459: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II von der Untersuchung 22-

⁴ Vgl. Act. IV.002.

⁵ Act. IX.C.3.

⁶ Act. IX.C.24.

⁷ Act. IX.C.35.

⁸ Act. 57 (22-0459).

⁹ Act. 99 (22-0459).

¹⁰ Act. IX.C.5.

¹¹ Act. IX.C.61.

¹² Act. IX.C.53.

¹³ Vgl. SHAB vom 28.5.2013, Nr. 100 (Act. I.080); Act. I.059–I.067.

¹⁴ Act. I.518 und Act. I.534.

0433: Bauleistungen Graubünden.¹⁵ Das getrennte Verfahren 22-0459: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II wurde gegen die Broggi Lenatti AG, Foffa Conrad AG, P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau und Rocca + Hotz AG weitergeführt.

A.3.5 Gewährung der Akteneinsicht

13. Am 7. Juni 2016¹⁶ und am 10. Januar 2019 stellte das Sekretariat den Verfahrensparteien die Verfahrensakten auf einem gesicherten Server der Bundesbehörden zur Einsicht bereit.

14. Mit Schreiben vom 11. August 2016 informierte das Sekretariat die Verfahrensparteien, welche Unternehmen Selbstanzeige eingereicht haben. Weiter informierte es, wie die entsprechenden Selbstanzeigedossiers eingesehen werden können.¹⁷

15. Die Einsicht in die Beilagen zu den Selbstanzeigen erfolgte am 30. März 2017 durch Versand der elektronischen Aktenverzeichnisse.¹⁸ Die eigentlichen Selbstanzeigen konnten die Verfahrensparteien ab Mai 2017 vor Ort in den Räumlichkeiten des Sekretariats einsehen.¹⁹

A.3.6 Versand des Antrags

16. Mit Schreiben vom 10. Januar 2019 stellte das Sekretariat den Parteien seinen Antrag zur Stellungnahme zu. Darin beantragte es den Erlass des folgenden Dispositivs:

1. Der Broggi Lenatti AG, Foffa Conrad AG, P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau und Rocca + Hotz AG wird untersagt:
 - 1.1. Konkurrenten und Konkurrentinnen im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;
 - 1.2. sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten und Konkurrentinnen vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Kundinnen 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.
2. Wegen Beteiligung an gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabreden mit folgenden Beträgen nach Art. 49a Abs. 1 KG belastet werden:
 - 2.1. die Broggi Lenatti AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau solidarisch mit einem Betrag von CHF [rund 2'000].
 - 2.2. die Foffa Conrad AG mit einem Betrag von CHF [rund 11'000].

¹⁵ Act. I.502–I.545.

¹⁶ Act. 24 (22-0459).

¹⁷ Act. 26– 29 (22-0459).

¹⁸ Act. 40 (22-0459).

¹⁹ Act. 41–44 (22-0459).

- 2.3. die Rocca + Hotz AG mit einem Betrag von CHF [rund 480'000].
3. Die Verfahrenskosten betragen CHF [...] und werden folgendermassen auferlegt:
 - 3.1. Die Broggi Lenatti AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau tragen solidarisch CHF [...].
 - 3.2. Die Foffa Conrad AG trägt CHF [...].
 - 3.3. Die Rocca + Hotz AG trägt CHF [...].

A.3.7 Stellungnahmen der Parteien (Art. 30 Abs. 2 KG)

17. Mit Stellungnahme vom 13. März 2019 beantragte die Rocca + Hotz AG, dass die Untersuchung gegen sie einzustellen sei. Es seien ihr keine Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und auch keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.²⁰ Die Foffa Conrad AG verzichtete mit Eingabe vom 25. Januar 2019 auf eine Stellungnahme. Sie beantragte allerdings, dass ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen seien, die unter Umständen zu den bereits aufgelaufenen dazukommen sollten.²¹ Die Broggi Lenatti AG und die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau liessen sich nicht vernehmen.

A.3.8 Anhörungen der Parteien

18. Am 13. Mai 2019 führte die WEKO eine Anhörung der Rocca + Hotz AG nach Art. 30 Abs. 2 zweiter Satz KG durch.²² Anlässlich der Anhörung bestätigte sie ihre in der schriftlichen Stellungnahme gestellten Rechtsbegehren. Die übrigen Parteien verzichteten auf eine Anhörung.

19. Nach Beratung fällte die WEKO am 27. Mai 2019 den vorliegenden Entscheid.

²⁰ Act. 93 (22-0459).

²¹ Act. 80 (22-0459).

²² Act. 109 (22-0459).

B Sachverhalt

B.1 Übersicht

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

B.2 Vorbemerkungen zum Beweis

B.2.1 Beweiswürdigung und Beweismass

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

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

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

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

24. Die Rocca + Hotz AG bringt in ihrer Stellungnahme vom 13. März 2019 vor, dass das Sekretariat bei der Befragung von H.____, Rocca + Hotz AG, vom 14. März 2016 zur Ausschreibung «[...]», S-chanf (2010), den nemo-tenetur-Grundsatz verletzt habe. Das Sekretariat habe

²³ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

²⁴ Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

²⁵ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2 f., *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.2 f., *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; vgl. auch etwa Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24.3.2003, E. 3.5; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

²⁶ Vgl. z.B. BGE 124 IV 86, E. 2a.

²⁷ 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.Hinw.

H.____ Suggestivfragen gestellt. Aus dessen Antworten zu schliessen, dass die Rocca + Hotz AG eine Absprache eingestanden hätte, sei nicht zulässig und verletze sämtliche Grundsätze eines fairen Verfahrens. Die Aussagen von H.____ seien daher unverwertbar, jedenfalls soweit daraus die Anerkennung einer Absprache abgeleitet werde (Rz 59 ff. der Stellungnahme vom 13. März 2019).²⁸

25. Weder das Kartellgesetz noch das VwVG kennen eine Bestimmung zu den Beweisverwertungsverboten.²⁹ Wann Beweismittel in kartellrechtlichen Verfahren nicht verwertet werden dürfen, ist daher anhand der Verfassungsprinzipien, allgemeiner Rechtsgrundsätze und allenfalls durch Analogien zu anderen Rechtsgebieten zu beurteilen.³⁰ Damit ein Beweisverwertungsverbot überhaupt zur Diskussion stehen kann, ist allerdings vorausgesetzt, dass die Behörde die fraglichen Beweismittel rechtswidrig erlangt hat.³¹ Hat die Behörde bei der Erhebung rechtskonform gehandelt, das heisst sämtliche Normen der Rechtsordnung beachtet, scheidet das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbots zum Vornherein aus. Im Folgenden ist daher zu beurteilen, ob das Sekretariat im Zusammenhang mit den fraglichen Parteieinvernahmen gegen Rechtsnormen verstossen hat.³²

26. Zunächst ist auf den Vorwurf der Verletzung des nemo-tenetur-Grundsatzes einzugehen. Der nemo-tenetur-Grundsatz soll verhindern, dass die Behörden Beweismittel durch unzulässige Zwangsmittel gegenüber beschuldigten Personen erlangen. Er fliesst – je nach Betrachtungsweise – aus den Persönlichkeitsrechten oder aus dem Anspruch der Parteien auf ein faires Verfahren (Art. 29 Abs. 1 BV; Art. 6 Abs. 1 EMRK).

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

28. Soweit die einvernommene Person der Rocca + Hotz AG Aussagen machte und die Fragen des Sekretariats beantwortete, verzichtete sie auf die Ausübung ihres Schweigerechts. Dieses gilt dadurch als verwirkt. Nachträglich kann das Schweigerecht nicht mehr geltend gemacht werden. Gleiches gilt im Übrigen auch bei der Ausübung von Zeugnisverweigerungsrechten. Wer als Zeuge oder als Zeugin die ihm oder ihr gestellten Fragen beantwortet, verzichtet konkludent auf sein oder ihr allfälliges Zeugnisverweigerungsrecht, sofern ein Hinweis auf dieses stattgefunden hat.³³

²⁸ Act. 93 (22-0459).

²⁹ Anders verhält es sich im Strafrecht. Hier sind die Beweisverwertungsverbote in Art. 140 f. StPO explizit geregelt.

³⁰ Vgl. zur Thematik der Beweisverwertungsverbote im Verwaltungsverfahren auch PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2016, Art. 12 N 198 ff.

³¹ Vgl. SEBASTIAN LUBIG, Beweisverwertungsverbote im Kartellverfahrensrecht der Europäischen Gemeinschaft, eine Untersuchung zu den gemeinschaftsrechtlichen Grenzen einer Beweisverwertung in behördlichen Kartellverfahren, 2007, 28; ferner auch PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 12 N 188, die darauf hinweisen, dass sich die Behörde als Grundlage ihrer (belastenden) Entscheiden nur auf rechtmässig erlangte Informationen stützen dürfe.

³² Vgl. zu diesem Prüfschritt im Zusammenhang mit Beweisverwertungsverboten auch Urteil des BVGer A-7342/2008 und A-7426/2008 vom 5.3.2009, E. 8.3.

³³ ANDREAS GÜNGERICH/JÜRIG BICKEL, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2016, Art. 16 VwVG N 55.

29. Nach dem Gesagten ist der Vorwurf der Verletzung des nemo-tenetur-Grundsatzes unbegründet.

30. Sodann ist auf das Vorbringen der Rocca + Hotz AG einzugehen, dass die Fragen des Sekretariats an H.____ zum Bauprojekt «[...]», S-chanf (2010), suggestiv gestellt worden seien und daraus die Unverwertbarkeit der Aussagen fliesse. Suggestivfragen sind Fragen, die eine bestimmte Antwort nahelegen, eine bestimmte Erwartung des Vernehmenden erkennen lassen oder denen nicht bewiesene Tatsachen zu Grunde liegen.³⁴ Die Zulässigkeit von Suggestivfragen ist nicht abschliessend geklärt. Selbst wenn jedoch Suggestivfragen vorlägen, was offengelassen werden kann, führte dies nicht zur Unverwertbarkeit der Aussagen. Der Art, wie Antworten erlangt wurden, ist bei der Würdigung der entsprechenden Aussagen Rechnung zu tragen.³⁵ Vorliegend hat die Behörde die Aussagen von H.____ im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», S-chanf (2010) – entgegen der Behauptung der Rocca + Hotz AG (vgl. Rz 61 der Stellungnahme der Rocca + Hotz AG vom 13. März 2019³⁶) – nicht als Eingeständnis einer Absprache gewertet. Vielmehr hat sie aus dessen Aussagen einzig gefolgert, dass die Rocca + Hotz AG nichts vorgebracht hat, was gegen das Vorliegen einer Absprache spricht (vgl. Rz □ hiernach). Dieser Schluss im Rahmen der Beweiswürdigung ist korrekt. Vor diesem Hintergrund zielt auch dieser Einwand der Rocca + Hotz AG ins Leere. Das geltend gemachte Beweisverwertungsverbot – falls es überhaupt rechtzeitig geltend gemacht worden ist – ist unbegründet.

B.2.3 Keine weiteren Beweismassnahmen

31. Die Rocca + Hotz AG stellte mit Eingabe vom 20. Februar 2019³⁷ den Antrag, dass in Bezug auf sieben Projekte die jeweiligen Architekten bzw. die jeweilige Bauleitung (teilweise Bauherrschaft) als Zeugen zu befragen seien. Konkret seien sie zu befragen:

- ob sie nach Erhalt der Angebote der einzelnen Anbieter weitere Preisreduktionen verlangt hätten;
- wie viele weitere Angebotsrunden durchgeführt worden seien;
- welche Anbieter angefragt worden seien, ein weiter reduziertes Angebot einzureichen;
- ob die Anbieter die Preise daraufhin reduziert hätten und um wieviel Prozent;
- welcher Anbieter zu welchem Angebot den Zuschlag erhalten habe.

32. Zudem sei H.____, Geschäftsführer der Rocca + Hotz AG, im Sinne einer Beweisaussage zu den eingereichten Unterlagen einzuvernehmen.

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

³⁴ Urteil des BGer 6B_1163/2016 vom 21.4.2017, E. 2.5.

³⁵ Urteil des BGer 6B_1163/2016 vom 21.4.2017, E. 2.5.

³⁶ Act. 93 (22-0459), Rz 61.

³⁷ Act. 90 (22-0459).

34. Anlässlich der Anhörung der Rocca + Hotz AG vom 13. Mai 2019 lehnte die WEKO den Antrag der Rocca + Hotz AG, zusätzliche Beweismassnahmen durchzuführen, ab. Bezüglich der Begründung verwies sie auf die vorliegende Endverfügung.³⁸

35. Nach Art. 33 Abs. 1 VwVG nimmt die Behörde die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen. Das Recht auf Beweisabnahme steht den Betroffenen nicht voraussetzungslos zu. Vielmehr ist es an gewisse formelle und materielle Bedingungen geknüpft, die in Bezug auf den betreffenden Beweis Antrag kumulativ erfüllt sein müssen. In formeller Hinsicht erfordert das Beweis Antragsrecht gemäss Art. 33 VwVG, dass die Betroffenen einen frist- und formgerechten Antrag stellen und dadurch das betreffende Beweismittel «anbieten». Aus dem Beweis Antrag muss sodann hervorgehen, welche rechtserheblichen Tatsachen der Antragsteller damit zu beweisen gedenkt. Insofern hat der Beweis Antrag eine (kurze) Begründung zu enthalten (vgl. analog Art. 52 Abs. 1 VwVG), namentlich zur Relevanz des Beweismittels.³⁹ In materieller Hinsicht muss das angebotene Beweismittel im betreffenden Verfahren zulässig, verfügbar und beweistauglich sein. Verlangt ist, dass das angebotene Beweismittel geeignet ist, den rechtserheblichen Sachverhalt zu erhellen⁴⁰ oder im Sinne eines Indizienbeweises zumindest einen Sachumstand betrifft, der einen logischen Rückschluss auf eine rechtserhebliche Tatsache erlaubt.⁴¹ Zudem kann die Behörde im Einzelfall im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs von der Beweisabnahme absehen, wenn der rechtserhebliche Sachverhalt bereits hinreichend geklärt ist, selbst wenn die Voraussetzungen für die Gutheissung eines Beweis Antrags an sich erfüllt sind. Insofern kommt der Instruktionsbehörde bei der Auswahl der abzunehmenden Beweise ein gewisses Ermessen zu.⁴²

36. Mit der Eingabe vom 20. Februar 2019 erfüllt die Rocca + Hotz AG die formellen Voraussetzungen an Beweis Anträge. In materieller Hinsicht ist jedoch Folgendes zu beachten: Der Vorwurf an die Rocca + Hotz AG beinhaltet vorliegend, ihre Angebote bei einzelnen Bauprojekten im Oberengadin in den Jahren 2008 bis 2012 mit der Foffa Conrad AG koordiniert zu haben, in einem Fall zusätzlich mit der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau. Der Vorwurf betrifft somit im Wesentlichen bilaterale Angebotskoordinierungen. Bei den strittigen Ausschreibungen haben in der Regel auch weitere Bauunternehmen Angebote eingereicht (sog. Aussenwettbewerber). Dies ist unbestritten (vgl. Rz 214 hiernach). Dass die Rocca + Hotz AG ihre Angebote auch mit diesen weiteren Bauunternehmen koordiniert haben soll, wird ihr nicht vorgeworfen. Vielmehr nimmt die Behörde an, dass es sich hierbei um Angebote handelte, die unter Konkurrenz zustande gekommen sind. Dies gilt auch für die Abgebotsrunden. In diesem Punkt decken sich die behördlichen Sachverhaltsfeststellungen mit der Sachverhaltsdarstellung der Rocca + Hotz AG. Aus diesem Grund erübrigen sich hierzu weitere Beweismassnahmen, zumal diese Sachverhaltsfragen gar nicht strittig sind. Dass es bei meisten der fraglichen Ausschreibungen weitere Bewerber gab, berücksichtigt die Behörde vorliegend sowohl bei der rechtlichen Beurteilung als auch bei der Sanktionierung. Namentlich geht sie in diesen Fällen

³⁸ Act. 106 (22-0459), Zeilen 21–27.

³⁹ Beabsichtigt die Behörde, auf die beantragte Beweisabnahme zu verzichten, braucht sie der Partei in der Regel nicht nochmals Gelegenheit einzuräumen, sich zur Relevanz des Beweismittels zu äussern; PATRICK SUTTER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2018, Art. 33 VwVG N 3.

⁴⁰ Urteil BGer 2A.266/2005 vom 5.9.2005, E. 2.1.

⁴¹ Zum Ganzen BERNHARD WALDMANN/JÜRIG BICKEL, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2016, Art. 33 VwVG N 6 ff.; ferner auch Urteil BGer 2A.770/2006 vom 26.4.2007, E. 3.2.

⁴² BGE 131 I 153, 157 E. 3; Urteil BGer, 2A.266/2005 vom 5.9.2005, E. 2.1; BVGE 2013/19, 246 f. E. 7.1, BVGE 2012/33, 610 E. 6.2.4; THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 1997, Art. 18 VRPG N 8.

nicht von einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs aus, sondern von einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung (Rz 214 f. hiernach), was Folgen bei der Sanktionierung hat.

37. Wie im Einzelnen zu zeigen ist, sind die vorgeworfenen Angebotskoordinierungen der Rocca + Hotz AG mit der Foffa Conrad AG und der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau erwiesen. Diesbezüglich hat sie die erforderlichen Beweismassnahmen getroffen (eingehend zur Beweisführung Rz 21 ff. hiernach). Insbesondere hat sie abgeklärt und erachtet es als erstellt, dass die Foffa Conrad AG auch im Rahmen von allfälligen Abgebotsrunden nicht versucht hat, die Rocca + Hotz AG im Nachhinein zu unterbieten, um den Auftrag zu erhalten. Die Eingabe der Foffa Conrad AG vom 11. April 2019⁴³ lässt daran keine vernünftigen Zweifel. Das Gegenteil wird von der Rocca + Hotz AG im Übrigen auch nicht behauptet. Soweit die Beweisanträge der Rocca + Hotz AG überhaupt auf diesen Sachverhaltsaspekt zielen, durfte die Behörde diese in antizipierter Würdigung abweisen.

38. Nach dem Gesagten war die Behörde berechtigt, auf die von der Rocca + Hotz AG beantragten Beweisvorkehren zu verzichten.

B.3 Beweisthema

39. Nachfolgend ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob zwischen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich der zehn strittigen Bauprojekte im Oberengadin in den Jahren 2008 bis 2012 (vgl. die Übersicht unter Rz 1 hiervor) zu koordinieren (*Vorliegen eines natürlichen Konsens*). Bezüglich des Bauprojekts «[...]», S-chanf (2008), richtet sich der Vorwurf der Angebotskoordination auch an die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau. Der Sachverhalt ist in Bezug auf die einzelnen Bauprojekte gesondert darzulegen. Ist eine Angebotskoordination zu bejahen, ist jeweils für jedes Bauprojekt zu prüfen, welchen Zweck die Unternehmen mit der Angebotskoordination verfolgten sowie ob sich die Unternehmen tatsächlich entsprechend ihrem Konsens über die Angebotskoordination verhielten und welche Auswirkungen dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte. Dabei wird in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht die volkswirtschaftliche Wirkung der Verhaltensweisen untersucht. Darüber brauchen die Wettbewerbsbehörden keinen Beweis zu führen.⁴⁴ Vielmehr prüfen die Wettbewerbsbehörden, ob sich die Verfahrensparteien entsprechend ihrem Konsens verhalten haben und den Wettbewerb untereinander eingeschränkt haben. Diese Aspekte sind – sofern tatbestandsmässige und sanktionierbare Verhaltensweisen vorliegen – bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen.

40. Der Fokus der Sachverhaltsfeststellungen liegt damit im Verhalten der Parteien bei den einzelnen strittigen Ausschreibungen. Vorliegend ist nicht erwiesen, dass die nachstehend untersuchten Angebotskoordinierungen von einem projektübergreifenden Konsens der Parteien getragen worden sind bzw. dass sie ihr Bieterverhalten umfassender aufeinander abgestimmt haben (Gesamtkonsens). Wie zu zeigen ist, ist zwar eine gewisse Häufung von Angebotskoordinierungen zwischen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG bei Bauprojekten im Oberengadin in den Jahren 2008 bis 2012 zu beobachten. Im vorliegenden Fall ist jedoch kein hinreichend klares Muster zu erkennen, um auf einen Gesamtkonsens zu schliessen.⁴⁵ Namentlich sind keine Treffen, Korrespondenz, gemeinsame Strategieüberlegungen oder organisatorische Vorkehren der Parteien bekannt, die auf eine projektübergreifende, systematische Koordination hindeuten.

⁴³ Act. 99 (22-0459).

⁴⁴ Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016, *Colgate-Palmolive Europe Sàrl (ehemals Gaba International AG)/WEKO*, E. 5.1.4.

⁴⁵ Vgl. auch Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25.6.2018, E. 6.1.12.

B.4 [...] (2008)

41. Im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», S-chanf (2008), richtet sich der Vorwurf der Angebotskoordinierung an die Foffa Conrad AG und die Rocca + Hotz AG.

B.4.1 Beweismittel

B.4.1.1 Urkunden

42. Zur Beurteilung der vorliegend relevanten Sachverhaltsfragen stützt sich die Behörde auf folgende Urkunden:

- Faxschreiben der Rocca + Hotz AG an die Foffa Conrad AG vom 18. Februar 2008⁴⁶, welches die Offerte der Rocca + Hotz AG betreffend das Bauprojekt «[...]», [...], an die [...] enthält. Auf dem Faxschreiben findet sich folgender handschriftlicher Vermerk: „*Dies ist unsere Offerte! Salüds [...]*“. Das Angebot der Rocca + Hotz AG belief sich auf CHF [...] (exkl. MWST).
- Vergabeentscheid der [...] betreffend das Bauprojekt «[...]», [...]⁴⁷. Daraus ist ersichtlich, dass das strittige Bauprojekt an die Rocca + Hotz AG zum Preis von CHF [...] (exkl. MWST) vergeben worden ist.

B.4.1.2 Auskünfte der Parteien

B.4.1.2.1 Foffa Conrad AG

43. In ihrer Eingabe vom 30. November 2012 kennzeichnete die Foffa Conrad AG das Bauprojekt «[...]», [...], als «abgesprochenes» Projekt.⁴⁸ Der entsprechenden internen Offertliste der Foffa Conrad AG ist zu entnehmen, dass das Projekt im Einladungsverfahren vergeben worden ist und die Foffa Conrad AG der Bauherrschaft hierfür den Preis von CHF [...] (exkl. MWST) offerierte.

44. Die Foffa Conrad AG präzisierte im weiteren Verfahren ihre Auskünfte. An der Befragung vom 27. Oktober 2015 räumte E.____ ein, dass es in Bezug auf das Bauprojekt «[...]», [...], zu einer bilateralen Absprache zwischen der Foffa Conrad AG und der Rocca + Hotz AG gekommen sei. Die Rocca + Hotz AG habe der Foffa Conrad AG mit Faxschreiben vom 18. Februar 2008 ihre Offerte zukommen lassen. Die Foffa Conrad AG habe der Bauherrschaft ein höheres Angebot unterbreiten sollen, was sie auch gemacht habe. Der Nutzen der Absprache habe für die Rocca + Hotz AG darin bestanden, dass sie dadurch mit einer Konkurrentin weniger konfrontiert gewesen sei. Die Foffa Conrad AG ihrerseits sei an der Ausführung des Bauprojekts nicht interessiert gewesen. Dass die Rocca + Hotz AG ihr die Offerte zugestellt habe, habe für die Foffa Conrad AG eine Arbeitserleichterung bei der Offerterstellung zur Folge gehabt.⁴⁹

B.4.1.2.2 Rocca + Hotz AG

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

⁴⁶ Act. IX.C.35, pag. 9.

⁴⁷ Act. VI.047, pag. 22.

⁴⁸ Act. IX.C.24, pag. 13.

⁴⁹ Act. IX.C.61, Zeilen 63 ff.

Conrad AG gewesen und zum Zeitpunkt des Faxversandes bei der Rocca + Hotz AG angestellt gewesen.

46. Weiter führte H.____ aus, dass [...] wohl noch ein zweites Angebot gebraucht habe und sich deshalb an die Foffa Conrad AG gewandt habe. Die Foffa Conrad AG habe sich möglicherweise den Aufwand für die Offerterstellung sparen wollen und daher die Rocca + Hotz AG kontaktiert. So laufe es in der Praxis. Die Rocca + Hotz AG habe davon selber keinen Nutzen gehabt. Allerdings sei die Foffa Conrad AG in Bezug auf dieses Projekt eine Mitbewerberin bzw. Konkurrentin der Rocca + Hotz AG gewesen.

47. Schliesslich brachte H.____ vor, dass er nicht glaube, dass bei diesem Projekt – neben der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG – noch ein anderes Unternehmen offeriert habe, allenfalls die Angelini Hoch- & Tiefbau AG als ortsansässiges Unternehmen.⁵⁰

B.4.2 Beweiswürdigung

B.4.2.1 Natürlicher (tatsächlicher) Konsens

48. Aus dem Faxschreiben der Rocca + Hotz AG an die Foffa Conrad AG vom 18. Februar 2008⁵¹ ist ersichtlich, dass die Rocca + Hotz AG der Foffa Conrad AG vor Ablauf der Eingabefrist ihre Offerte zustellte. Die Foffa Conrad AG räumte ein, dass diesem Schreiben eine bilaterale Absprache zwischen der Foffa Conrad AG und der Rocca + Hotz AG zugrunde lag. Die Foffa Conrad AG sollte der Bauherrschaft ein höheres Angebot unterbreiten als die Rocca + Hotz AG. Diese Aussagen sind schlüssig, konkret und widerspruchsfrei. Auch von der Rocca + Hotz AG wird nicht bestritten, dass die Foffa Conrad AG und die Rocca + Hotz AG in Bezug auf die strittige Ausschreibung in Kontakt standen, um ihre Angebotspreise zu koordinieren.

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

B.4.2.2 Verfolgter Zweck

50. Wie erstellt ist (Rz 49), kamen die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG überein, ihre Angebote bezüglich der strittigen Ausschreibung zu koordinieren. Einer solchen Angebotskoordination ist immanent, dass sie darauf zielt, den Wettbewerb zwischen den Beteiligten zu verhindern. Dies bestätigen vorliegend auch die Aussagen der Foffa Conrad AG. Demnach habe der Nutzen für die Rocca + Hotz AG an der Angebotskoordination darin bestanden, dass sie mit einer Konkurrentin weniger konfrontiert gewesen sei. Nicht glaubhaft ist in diesem Zusammenhang die Behauptung der Rocca + Hotz AG, dass von der Verhaltensabstimmung nur die Foffa Conrad AG profitiert habe, indem sie sich den Aufwand für die Offerterstellung habe sparen können. Dabei ist zu beachten, dass die Rocca + Hotz AG selber bestätigte, dass die Foffa Conrad AG bei der Ausschreibung «[...]» eine Mitbewerberin bzw. Konkurrentin der Rocca + Hotz AG gewesen sei. Wenn in einer Submission eine Konkurrentin infolge einer Angebotskoordination entfällt, stärkt dies die Position des anderen Unternehmens, das an der Ausführung des Projekts interessiert ist. Dies gilt vorliegend umso mehr, da neben der Rocca

⁵⁰ Zum Ganzen Act. IV.026, Zeilen 185 ff.

⁵¹ Act. IX.C.35, pag. 9.

+ Hotz AG und der Foffa Conrad AG höchstens ein weiteres Unternehmen an der Ausschreibung teilnahm (vgl. auch Rz 54 hiernach).

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

B.4.2.3 Umsetzung und Auswirkungen

52. Dem Vergabeentscheid [...] betreffend das Bauprojekt «[...]», [...] ⁵², ist zu entnehmen, dass sich die Rocca + Hotz AG in der Ausschreibung mit ihrem Angebot von CHF [...] durchsetzte. Die Foffa Conrad AG offerierte der Bauherrschaft den Preis von CHF [...] (exkl. MWST). ⁵³

53. Damit ist erwiesen, dass sich die Foffa Conrad AG und die Rocca + Hotz AG an die getroffene Abmachung hielten. Konkret reichte die Foffa Conrad AG ein höheres Angebot als die Rocca + Hotz AG ein. Ebenso ist erstellt, dass sie sich bei der strittigen Ausschreibung nicht konkurrenzieren. Daran bestehen im Lichte der umgesetzten Angebotskoordination keine vernünftigen Zweifel.

54. Schliesslich ist erwiesen, dass die Rocca + Hotz AG den Zuschlag erhielt und das Bauprojekt «[...]» ausführte. Wie die Rocca + Hotz AG ausführte, nahm neben den beiden Parteien möglicherweise die [...] an der Ausschreibung teil. ⁵⁴ Aufgrund der erhobenen Beweise kann dies nicht ausgeschlossen werden. Im Zweifel ist die für die beschuldigten Unternehmen günstigere Sachverhaltsvariante anzunehmen (Grundsatz *in dubio pro reo*). Im Ergebnis ist daher anzunehmen, dass die [...] tatsächlich an der Ausschreibung teilgenommen hat (vgl. zu den rechtlichen Implikationen Rz 214 hiernach).

B.4.3 Beweisergebnis

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

⁵² Act. VI.047, pag. 22.

⁵³ Vgl. Act. IX.C.24, pag. 13.

⁵⁴ Act. IV.026, Zeilen 204 ff.

B.5 [...] , la Punt Chamues-ch (2008)

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

B.5.1 Beweismittel

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

B.5.1.1 Urkunden

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

- Faxschreiben der Rocca + Hotz AG an die Foffa Conrad AG vom 12. März 2008⁵⁵.

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

- Offerten der Rocca + Hotz AG vom 7. März 2008 betreffend das Bauprojekt «[...]» (Baumeisterarbeiten, verputzte Aussenwärmedämmung und innere Verputzarbeiten)⁵⁶.

Den Offerten ist zu entnehmen, dass die Rocca + Hotz AG der Bauherrschaft die Baumeisterarbeiten zum Preis von CHF [...] (inkl. MWST), die verputzte Aussenwärmedämmung zum Preis von CHF [...] (inkl. MWST) sowie die inneren Verputzarbeiten zum Preis von CHF [...] (inkl. MWST) offerierte. Das Angebot für alle diese Arbeiten belief sich auf gesamthaft CHF [...] (inkl. MWST).

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

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

B.5.1.2 Auskünfte der Parteien

B.5.1.2.1 Foffa Conrad AG

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

⁵⁵ Act. IX.C.35, pag. 10.

⁵⁶ Act. 15 (22-0459), Beilagen 1.

⁵⁷ Act. 15 (22-0459), Beilage 2.

⁵⁸ Act. 15 (22-0459), Beilage 3.

⁵⁹ Act. IX.C.24, pag. 13.

⁶⁰ Act. IX.C.35, pag. 10.

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

B.5.1.2.2 Rocca + Hotz AG

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

B.5.1.3 Auskunft von K.____ (Bauherr)

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

- Er habe für die [...] in La Punt-Chamues-ch zunächst lediglich die Rocca + Hotz AG zur Offertstellung eingeladen. Die erste Offerte der Rocca + Hotz AG vom [...] in der Höhe von CHF [...] habe er jedoch als zu hoch erachtet. Er habe die Rocca + Hotz AG daher um die Abgabe eines günstigeren Angebots ersucht. Die Rocca + Hotz AG habe ihm daraufhin ein Angebot in der Höhe von insgesamt CHF [...] unterbreitet.
- Im Zuge der Vergabe für die Zimmermannsarbeiten habe K.____ die Foffa Conrad AG kennengelernt. Dabei habe er festgestellt, dass die Foffa Conrad AG an der Ausführung der Baumeisterarbeiten ebenfalls interessiert gewesen sei. Er habe sich daher entschieden, die Foffa Conrad AG zur Einreichung einer Konkurrenzofferte einzuladen. Am [...] habe er von der Foffa Conrad AG ein entsprechendes Angebot erhalten. Nach seiner Erinnerung habe der ausgehandelte Angebotspreis der Foffa Conrad AG zwischen CHF [...] und CHF [...] betragen. Da ihr Angebot günstiger gewesen sei als dasjenige der Rocca + Hotz AG, habe er die Baumeisterarbeiten unbedingt durch die Foffa Conrad AG ausführen lassen wollen. Er habe um einen Zeichnungstermin für den Werkvertrag gebeten. Aus ihm unerfindlichen Gründen sei diese Unterzeichnung des Werkvertrags anschliessend aber über Wochen hinweg nicht zustande gekommen.
- Im Rahmen eines Telefonats habe ihm E.____ daraufhin «etwas umständlich» erklärt, dass dieser mit H.____ seine Anfrage beim Golfspielen diskutiert habe und dass die Rocca + Hotz AG ihm bestimmt noch etwas entgegenkommen würde. Schliesslich habe er sich mit der Rocca + Hotz AG auf einen Pauschalbetrag von CHF [...] gemäss Werkvertrag vom [...] geeinigt.

⁶¹ Act. IX.C.61, Zeilen 135 ff.

⁶² Act. IX.C.35, pag. 10.

⁶³ Act. IV.026, Zeilen 271 ff.

⁶⁴ Zum Ganzen Act. 15 (22-0459), Antwort auf Frage 2.

B.5.2 Beweismwürdigung

B.5.2.1 Natürlicher (tatsächlicher) Konsens

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

64. Vorliegend wurde dies zudem von der Foffa Conrad AG ausdrücklich bestätigt. Sie räumte ein, ihr Angebot mit der Rocca + Hotz AG koordiniert zu haben. Diese Aussagen erscheinen schlüssig und im Einklang mit den objektiven Beweismitteln. Schliesslich ist auch den Auskünften des Bauherrn, K.____, zu entnehmen, dass Gespräche zwischen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG betreffend das Bieterverhalten stattgefunden haben.⁶⁶ Kaum Beweiskraft ist dagegen den Aussagen der Rocca + Hotz AG beizumessen. H.____ konnte sich offenbar nicht mehr an das strittige Projekt erinnern.

65. Damit ist erstellt, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihr Bieterverhalten bezüglich des Bauprojekts «[...]» in la Punt Chamues-ch im Jahr 2008 zu koordinieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Wie den Beweismitteln zu entnehmen ist, trat die Foffa Conrad AG nicht nur hinter die Rocca + Hotz AG zurück. Vielmehr fand auch eine preisliche Abstimmung statt. Dies zeigen der Versand der Offerte der Rocca + Hotz AG an die Foffa Conrad AG und die Aussagen von E.____.

B.5.2.2 Verfolgter Zweck

66. Wie erstellt ist (Rz 65), kamen die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG überein, ihre Angebote bezüglich der strittigen Ausschreibung zu koordinieren. Einer solchen Angebotskoordination ist immanent, dass sie darauf zielt, den Wettbewerb zwischen den Beteiligten zu verhindern. Andere Gründe sind hierfür nicht ersichtlich. Den Angaben des Bauherrn ist zu entnehmen, dass die Foffa Conrad AG zunächst Interesse an der Ausführung des Projekts gezeigt hat und der Abschluss des Werkvertrags offenbar kurz bevorstand. Infolge des Kontakts mit der Rocca + Hotz AG trat sie aber hinter deren Interessen zurück.⁶⁷

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

⁶⁵ Act. IX.C.35, pag. 10.

⁶⁶ Vgl. Act. 15 (22-0459), Antwort auf Frage 2.

⁶⁷ Act. 15 (22-0459), Antwort auf Frage 2.

B.5.2.3 Umsetzung und Auswirkungen

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

B.5.3 Beweisergebnis

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

B.6 [...], [...] (2008)

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

B.6.1 Beweismittel

B.6.1.1 Urkunden

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

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

Foffa & Conrad SA



Von: [REDACTED] Rocca + Hotz AG [REDACTED]@roccahotz.ch

Gesendet: Freitag, 3. Oktober 2008 10:00

An: [REDACTED]@lenatti.ch; Foffa + Conrad [REDACTED]

Betreff: [REDACTED]

Hallo [REDACTED]
Beiliegend meine Offerte mit Berücksichtigung der S-chanfer Konkurrenz relativ scharf gerechneten Preisen.
Ich bitte Euch um Anhebung Eurer Offerte um 5 – 10 %
Gruss und Dank

[REDACTED]
Rocca + Hotz AG
Bauunternehmung
Zuoz / La Punt / S-chanf
www.roccahotz.ch
Tel. [REDACTED]

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

Unternehmen	Offertsumme (inkl. MWST, gerundet)
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]
Rocca + Hotz AG, Zuoz	CHF [...]
Foffa Conrad AG, Zernez	CHF [...]
P. Lenatti AG, Bever	CHF [...]
[...]	keine Eingabe

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

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

B.6.1.2 Auskünfte von Parteien

B.6.1.2.1 Foffa Conrad AG

72. In ihrer Eingabe vom 30. November 2012 kennzeichnete die Foffa Conrad AG das Bauprojekt «[...]», [...] (2008), als «abgesprochenes» Projekt.⁷⁰ Sie bestätigte dies in der Eingabe vom 1. Februar 2013.⁷¹

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

B.6.1.2.2 Rocca + Hotz AG

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

75. Dass er ohne vorgängige Kontaktaufnahme Konkurrenten die Offerte der Rocca + Hotz AG geschickt hätte, schloss er aus.⁷⁶

B.6.1.3 Zeugenaussagen von M.____

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

⁷⁰ Act. IX.C.24, pag. 19.

⁷¹ Act. IX.C.35, pag. 5 und 15.

⁷² Act. IX.C.061, Zeilen 298–303.

⁷³ Act. IX.C.061, Zeilen 305–307.

⁷⁴ Act. IX.C.061, Zeilen 315 ff.

⁷⁵ Act. IV.026, Zeilen 318–322.

⁷⁶ Act. IV.026, Zeilen 328–336.

⁷⁷ Act. IV.024.

⁷⁸ Act. IV.024, Zeilen 181 ff und 199 ff.

habe er Zweifel, diese E-Mail überhaupt erhalten bzw. davon Kenntnis genommen zu haben.⁷⁹ Es treffe aber zu, dass es sich bei der auf der E-Mail vom 3. Oktober 2008 angegebenen Adresse um seine handle. Die E-Mailadresse sei korrekt geschrieben. Er habe keine Kenntnisse davon, dass er in anderen Fällen, in denen E-Mails an diese Adresse geschickt worden seien, er diese nicht erhalten habe.⁸⁰

77. Weiter gab M.____ zu Protokoll, dass es sich bei der E-Mail von H.____ vom 3. Oktober 2008 um eine Anfrage um Schutzgewährung der Rocca + Hotz AG gehandelt habe. Allerdings habe er Zweifel am Erhalt bzw. der Kenntnisnahme dieser E-Mail.⁸¹

78. Auf die Frage nach der Häufigkeit der Anfragen von H.____ um Schutzgewährung per E-Mail antwortete M.____: «*Hätten Sie mir dieses E-Mail nicht vorgehalten, hätte ich «nie» gesagt.*»⁸² Allerdings habe man sich gut gekannt und miteinander gesprochen. Dabei sei es nicht unbedingt um «Schutzofferten» gegangen, sondern um Auftragsbesprechungen. Er habe sich mit H.____ etwa im [...] oder woanders getroffen. Die Mitglieder des GBV Sektion Oberengadin seien auch zusammen vier Tage an der Expo Mailand gewesen. Dass man dort auch über Aufträge spreche, liege auf der Hand.⁸³

B.6.2 Beweiswürdigung

B.6.2.1 Natürlicher (tatsächlicher) Konsens

79. Anhand der genannten Beweismittel ist zu beurteilen, ob zwischen der Rocca + Hotz AG, Foffa Conrad AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich des Bauprojekts «[...]» in [...] im Jahr 2008 zu koordinieren.

80. Die E-Mail von H.____ vom 3. Oktober 2008 an E.____ und M.____ stellt ein objektives Beweismittel dar, das in unmittelbarem und konkretem Bezug zur vorgeworfenen Verhaltensweise steht. Darin liess die Rocca + Hotz AG der Foffa Conrad AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau ihre Offerte für das strittige Bauobjekt zukommen. Die Aufforderung von H.____ «*Ich bitte Euch um Anhebung der Offerte um 5–10 %*» lässt keinen anderen Schluss zu, als dass die Rocca + Hotz AG die Foffa Conrad AG und P. Lenatti, Hoch- und Tiefbau darum ersuchte, höhere Offerten einzugeben bzw. sie bei diesem Bauprojekt nicht zu konkurrenzieren.

81. Aus der E-Mail ist dagegen nicht unmittelbar ersichtlich, ob die Foffa Conrad AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau mit der von H.____ beabsichtigten Koordination des Bieterverhaltens einverstanden waren. Dem Ersuchen der Rocca + Hotz AG haben jedenfalls weder die Foffa Conrad AG noch die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau schriftlich zugestimmt. Zu prüfen ist daher, ob ein natürlicher Konsens zur Angebotskoordination zwischen den beteiligten Unternehmen mündlich oder durch konkludentes Verhalten zustande gekommen ist.

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

⁷⁹ Act. IV.024, Zeilen 179 ff.

⁸⁰ Act. IV.024, Zeilen 254–261.

⁸¹ Act. IV.024, Zeile 173 f. und Zeilen 226–230.

⁸² Act. IV.024, Zeile 233.

⁸³ Act. IV.024, Zeilen 217 ff.

erstellt, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG ein natürlicher (tatsächlicher) Konsens vorlag, ihre Angebote beim Bauprojekt «[...]» im Jahr 2008 zu koordinieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

83. Näher zu beleuchten ist, ob auch zwischen der Rocca + Hotz AG und d P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau ein Konsens zur Angebotskoordination zustande gekommen ist. Dabei gilt es zu beachten, dass die Behörde eine Tatsache nur dann als erwiesen erachten darf, wenn sie an deren Vorhandensein keine vernünftigen Zweifel hat. M.____ hat Zweifel geäußert, die E-Mail von H.____ vom 3. Oktober 2008 erhalten zu haben bzw. hiervon Kenntnis genommen zu haben. Für den Erhalt der E-Mail spricht, dass seine E-Mailadresse korrekt geschrieben ist und M.____ keine (anderweitigen) Fälle bekannt sind, in denen er E-Mails an die betreffende E-Mailadresse nicht erhalten habe. Allerdings hat die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau ein um rund 40 % höheres Angebot eingereicht als die Rocca + Hotz AG. Die Aufforderung von H.____ bestand darin, die Offerte nur um 5–10 % anzuheben. In den Worten von M.____ habe sich die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau mit dem überhöhten Angebot der «Lächerlichkeit» preisgegeben. Vor diesem Hintergrund ist es tatsächlich denkbar, dass er die E-Mail von H.____ vom 3. Oktober 2008 nicht zur Kenntnis genommen und bei seiner Preiskalkulation nicht berücksichtigt hat. Damit bestehen konkrete Zweifel daran, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau ein Konsens zur preislichen Angebotskoordination zustande gekommen ist. Im Einklang mit dem *Grundsatz in dubio pro reo* ist das Vorliegen von übereinstimmenden Willenserklärungen in diesem Punkt zu verneinen.

84. Allerdings lässt dieses Beweisergebnis nicht den Schluss zu, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau in gar keiner Hinsicht ein Konsens vorlag. So muss vor Versand der fraglichen E-Mail vom 3. Oktober 2008 ein Kontakt zwischen der Rocca + Hotz AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau stattgefunden haben. Dies untermauern die Aussagen von H.____ und E.____. H.____ verneinte, dass er jemals vor Ablauf der Eingabefrist einer Konkurrentin ohne vorgängigen Kontakt die Offerte der Rocca + Hotz AG zukommen liess. E.____ bezeichnete es gar als «hirnverbrannt», wenn dies ein Unternehmen tun würde. Weiter ist der Kontext zu berücksichtigen, indem sich Unternehmen bei einer Ausschreibung befinden. Anlässlich des Kontakts mit der Rocca + Hotz AG muss die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau zum Ausdruck gebracht haben, dass sie hinter deren Interessen zurückstehe, sei es durch Einreichung eines höheren Angebots («Schutzofferte»), sei es durch Angebotsverzicht. Die Rocca + Hotz AG ihrerseits hätte der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau ihre Offerte nicht zugesandt, wenn sie nicht mit einem solchen Entgegenkommen der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau gerechnet hätte, zumal sie ansonsten riskiert hätte, von ihr unterboten zu werden. Die E-Mail von H.____ vom 3. Oktober 2008 an M.____ (und E.____) lässt sich nur durch den gemeinsamen Willen zur Koordination des Bieterverhaltens erklären.

85. Vor diesem Hintergrund ist erstellt, dass (auch) im Verhältnis zwischen der Rocca + Hotz AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau ein natürlicher Konsens zustande gekommen ist, sich bei der Ausschreibung «[...]» nicht zu konkurrenzieren. Dieser Konsens bezog sich aber (in dubio pro reo) nicht auf eine konkrete preisliche Angebotskoordination. Die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau sollte beim strittigen Projekt aber ihr Eingabeverhalten (durch einen hohen Preis oder Angebotsverzicht) so gestalten, dass sie eine mögliche Zuschlagserteilung an die Rocca + Hotz AG nicht gefährden würde. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

86. Dass die Foffa Conrad AG und die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau – wie dies von der Rocca + Hotz AG geltend gemacht wird (vgl. Stellungnahme vom 13. März 2019, Rz 14 ff. und 19 ff.) – zum Vornherein kein Interesse am betreffenden Bauprojekt gehabt hätten, ist nicht relevant. Die Rocca + Hotz AG war damit einverstanden, diesen beiden Unternehmen ihre Offerte zur Verfügung zu stellen. Gleichzeitig forderte sie auf, höher einzugeben⁸⁴. Diesem Ersuchen kamen die beiden Unternehmen anschliessend auch nach. Damit steht fest, dass zwischen der Rocca + Hotz AG, der Foffa Conrad AG und der P. Lenatti, Hoch- und Tiefbau

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

Einigkeit darüber bestand, das Bieterverhalten zu koordinieren. Dabei wäre es der Rocca + Hotz AG ohne Weiteres freigestanden, sich an der fraglichen Angebotskoordination nicht zu beteiligen. Die Behauptung, dass das Zusenden der Offerte lediglich eine «nette Geste unter Kollegen» gewesen sei⁸⁵, ändert daran nichts. Insbesondere blendet die Rocca + Hotz AG damit die Optik der Bauherrschaft aus, die durch das Einreichen von koordinierten Angeboten getäuscht worden ist.

87. Im Übrigen unterscheiden sich auch so genannte «Pro-Forma-Offerte» oder «Albioffer-ten» (ohne Interesse an der Ausführung) bzw. absichtlich zu hoch eingegebene Offerten nicht von normalen Offerten. Im Kontext privater Submissionen handelt sich hierbei um einen Antrag zum Abschluss eines Vertrages. An seinen Antrag bzw. seine Offerte ist das Bauunternehmen gebunden (Art. 5 Abs. 1 OR). Die Kenntnis des Bauherrn, ob die Submittentin eine «Pro-Forma-Offerte» (ohne Interesse an der Ausführung) oder eine Offerte mit Ausführungsinter-esse 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 Ver- tragsabschluss führen.

B.6.2.2 Verfolgter Zweck

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

89. Nach dem Gesagten bestand der Zweck der Angebotskoordination – neben möglichen weiteren Zielen – auch darin, sich nicht zu konkurrenzieren. Dass die Beteiligten mit ihrem Verhalten ausschliesslich andere Zwecke verfolgten, kann bei den vorliegend zu beurteilenden Verhaltensweisen ausgeschlossen werden. Darüber hinaus ist zu beachten, dass sie der Bau- herrschaft die Angebotskoordination verschwiegen.⁸⁸ Insofern handelten sie auch mit Täu- schungsabsicht.

B.6.2.3 Umsetzung und Auswirkungen

90. Aus dem Offertöffnungsprotokoll der [...] (Rz 71 hiervor) ist ersichtlich, dass die Rocca + Hotz AG die Ausführung des Bauprojekts «[...]» zum Preis von CHF [...] (inkl. MWST), die Foffa Conrad AG zum Preis von CHF [...] (inkl. MWST) und die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau zum Preis [...] (inkl. MWST) offerierten. Damit ist erstellt, dass sie sich an die getroffenen Abmachungen hielten. Die Foffa Conrad AG unterbreitete der Bauherrschaft ein um rund 5,6 % höheres Angebot als Rocca + Hotz AG, das Angebot der P. Lenatti AG,

⁸⁵ Act. 93 (22-0459), Rz 21.

⁸⁶ Act. 93 (22-0459), Rz 26 ff.

⁸⁷ Act. IV.026, Zeilen 622 ff.

⁸⁸ Vgl. Act. IV.026, Zeilen 576–578; Act. 18 (22-0458), Zeilen 99–101, 179–181 und 193–205 (je Aus- sagen von H.____).

Hoch- und Tiefbau ist rund 40 % höher als dasjenige der Rocca + Hotz AG. Erwiesen ist damit auch, dass sich die Rocca + Hotz AG, Foffa Conrad AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau in Bezug auf das vorliegende Bauprojekt nicht konkurrenzieren. Dies gilt auch für allfällige Abgebotsrunden. So verneinte die Foffa Conrad AG, zur Abgabe eines Abgebots eingeladen worden zu sein.⁸⁹ Dies muss umso mehr für die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau gelten, deren Angebot weit über demjenigen der Foffa Conrad AG lag.

91. Den Zuschlag erhielt allerdings nicht, wie beabsichtigt, die Rocca + Hotz AG, sondern die Angelini Hoch- & Tiefbau AG.⁹⁰

B.6.3 Beweisergebnis

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

⁸⁹ Act. 99 (22-0459).

⁹⁰ Vgl. Act. IX.C.53, Zeile 273 f. (Aussage von I. ____).

B.7 [...], Zuoz (2009)

93. Im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», Zuoz (2009), richtet sich der Vorwurf der Angebotskoordinierung an die Foffa Conrad AG und die Rocca + Hotz AG.

B.7.1 Beweismittel

B.7.1.1 Urkunden

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

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

Von: [REDACTED] Rocca + Hotz AG [REDACTED]@roccahotz.ch]

Gesendet: Montag, 21. Dezember 2009 10:49

An: Foffa + Conrad [REDACTED]

Betreff: [REDACTED]

Hallo [REDACTED]

Beiliegend meine Offerte.

Mit der Bitte um Anpassung und Änderung der Preise um 4- ...%.

Besten Dank und schöne Festtage

Gruss

[REDACTED]
Dorta 74, 7524 Zuoz

www.roccahotz.ch

[REDACTED]@roccahotz.ch

Tel [REDACTED]

Fax [REDACTED]

Natel [REDACTED]

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

B.7.1.2 Auskünfte der Parteien

B.7.1.2.1 Foffa Conrad AG

95. Mit ihrer Eingabe vom 30. November 2012 zeigte die Foffa Conrad AG ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem «[...]» in Zuoz im Jahr 2009 an. Konkret bezeichnete sie dieses Projekt als «abgesprochen».⁹³ Sie bestätigte diesbezüglich ihre Selbstanzeige mit Eingabe vom 1. Februar 2013.⁹⁴

96. An der Befragung vom 27. Oktober 2015 sagte E.____ aus, dass die Foffa Conrad AG kein Interesse an der Ausführung dieses Projekt gehabt habe und sich die Arbeit für die Erstellung einer Offerte habe ersparen wollen. Aufgrund der Absprache habe es einen Mitbewerber weniger für die Rocca + Hotz AG gegeben. Die Aufforderung von H.____ in seiner E-Mail

⁹¹ Act. IX.C.35, pag. 20.

⁹² Act. 23 (22-0459), pag. 25 ff.

⁹³ Act. IX.C.24, pag. 30.

⁹⁴ Act. IX.C.35, pag. 5 und 20.

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

B.7.1.2.2 Rocca + Hotz AG

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

B.7.1.3 Auskunft von N.____

98. Die Behörde ersuchte O.____, Bauherr des vorliegenden Projekts, um Sachverhaltsauskünfte. An seiner Stelle antwortete [...], N.____. Sie erteilte der Behörde mit E-Mail vom 5. Juni 2016 im Wesentlichen folgende Auskünfte⁹⁷:

99. Der Bauherr O.____ (später [...]) habe das Architekturbüro [...] für die Ausschreibung des Hauses an [...] in Zuoz beauftragt. Es sei klar gewesen, dass die Aufträge nach Möglichkeit im Dorf Zuoz oder in der Region vergeben werden sollten. Es habe – soweit sie sich erinnern könne – zwei zusätzliche Offerten für die Baumeisterarbeiten gegeben. Die Rocca + Hotz AG, welche bereits Umbauarbeiten für sie in den Jahren 2000 bis 2002 ausgeführt habe, habe den Zuschlag gemäss Werkvertrag vom [...] erhalten. Für die Schreinerarbeiten sei ein Unternehmen aus Samedan aus preislichen Gründen einem Schreiner aus Zuoz vorgezogen worden, der Dachdecker sei aus preislichen Gründen sogar aus Zürich beigezogen worden.

B.7.2 Beweiswürdigung

B.7.2.1 Natürlicher (tatsächlicher) Konsens

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

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

⁹⁵ Act. IX.C.61, Zeilen 433–451.

⁹⁶ Act. IV.026, Zeilen 399–441.

⁹⁷ Act. 23 (22-0459).

⁹⁸ Act. 93 (22-0459), Rz 39 f.

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

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

B.7.2.2 Verfolgter Zweck

103. E.____ legte dar, dass für die Rocca + Hotz AG der Nutzen an der «Absprache» darin bestanden habe, dass mit der Foffa Conrad AG eine Konkurrentin weggefallen sei. Diese Aussage zeigt ein klares Bild der Beweggründe der beteiligten Unternehmen für ihr Verhalten. Die Foffa Conrad AG sollte hinter die Rocca + Hotz AG zurücktreten und deren Chancen auf die Zuschlagserteilung durch ein höheres Angebot begünstigen. Insofern beabsichtigten die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG mit der Angebotskoordination, sich in Bezug auf das Bauprojekt «[...]» nicht zu konkurrenzieren. Dass ihre Angebotskoordination ausschliesslich von anderen Motive getragen war, kann ausgeschlossen werden. Selbst wenn für die Foffa Conrad AG im Vordergrund gestanden hätte, ein (nicht konkurrenzfähiges) Angebot einzureichen, um bei einer weiteren Ausschreibung allenfalls berücksichtigt zu werden (vgl. die Behauptung der Rocca Hotz AG in ihrer Stellungnahme zum Antrag vom 13. März 2019⁹⁹), ändert dies nichts daran, dass die Angebotskoordination beim vorliegenden Projekt vom Gedanken getragen war, sich nicht zu konkurrenzieren. Darüber hinaus handelten die abredebeteiligten Unternehmen auch mit Täuschungsabsicht (dazu Rz 89 hiavor).

B.7.2.3 Umsetzung und Auswirkungen

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

⁹⁹ Act. 93 (22-0459), Rz 42.

¹⁰⁰ Act. 99 (22-0459).

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

B.7.3 Beweisergebnis

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

¹⁰¹ Act. 23 (22-0459), pag. 25.

B.8 [...], S-chanf (2010)

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

B.8.1 Beweismittel

B.8.1.1 Auskünfte der Parteien

108. Die Foffa Conrad AG zeigte mit Eingabe vom 30. November 2012 ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», S-chanf (2010), an. Konkret bezeichnete sie dieses Projekt als «abgesprochen».¹⁰² Sie bestätigte diesbezüglich ihre Selbstanzeige mit Eingabe vom 1. Februar 2013.¹⁰³ Das entsprechende E-Mail der Rocca + Hotz AG habe sie jedoch gelöscht.

109. An der Befragung vom 27. Oktober 2015 stellte E.____ klar, dass er keine Zweifel daran habe, dass die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG ihre Angebote für das Bauprojekt «[...]» abgesprochen hätten. Die Foffa Conrad AG habe aufgrund der «Absprache» eine höhere Offerte eingereicht als die Rocca + Hotz AG. Es könne sein, dass die «Absprache» mündlich und ohne E-Mailverkehr getroffen worden sei.¹⁰⁴

110. Die Behörde konfrontierte die Rocca + Hotz AG mit den Aussagen der Foffa Conrad AG. H.____ führte an der Parteieinvernahme vom 14. März 2016 aus, dass der «[...]» in S-chanf auf Land gebaut worden sei, welches der Rocca + Hotz AG gehört habe. Der Bauherr habe dieses Bauobjekt durch die Rocca + Hotz AG ausführen lassen wollen. Es sei nur noch eine Frage des Baupreises gewesen. Neben der Foffa Conrad AG seien fünf bis sechs weitere Unternehmen zur Offertstellung eingeladen worden. Er vermute, dass die Foffa Conrad AG gewusst habe, dass die Rocca + Hotz AG den Auftrag ausführen werde, habe aber dennoch eine Offerte abgeben wollen. Es sei für die Foffa Conrad AG wohl darum gegangen, den Aufwand zu minimieren. Auf die Endsumme habe die allfällige Absprache keinen Einfluss gehabt, da sich die Rocca + Hotz AG noch gegen fünf weitere Mitbewerber habe durchsetzen müssen.¹⁰⁵

B.8.1.2 Auskünfte und Unterlagen der [...]

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

Unternehmen	Offertsumme (inkl. MWST)
Rocca + Hotz AG, Zuoz	CHF [...]
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]
Foffa Conrad AG, Zernez	CHF [...]

¹⁰² Act. IX.C.24, pag. 36.

¹⁰³ Act. IX.C.35, pag. 5.

¹⁰⁴ Act. IX.C.61, Zeilen 592–610.

¹⁰⁵ Act. 18 (22-0459), Zeilen 42–111.

¹⁰⁶ Act. 51 (22-0459), Beilage.

112. Daraus ist zudem ersichtlich, dass die Rocca + Hotz AG den Zuschlag nach einer Abgebotsrunde zum Preis von CHF [...] inklusive Mehrwertsteuer erhalten hat.

B.8.2 Beweiswürdigung

B.8.2.1 Tatsächlicher (natürlicher Konsens)

113. Urkunden, welche die Angebotskoordination zwischen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG in Bezug auf das Bauprojekt «[...]» belegen, liegen nicht vor. Zu würdigen sind daher primär die Aussagen der Parteien.

114. Die Foffa Conrad AG zeigte ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem betreffenden Bauprojekt bereits im November 2012 an, also rund zweieinhalb Jahre nach der Ausschreibung. Es handelte sich um ein grösseres Bauprojekt. Die Erinnerungen dürften bei der Foffa Conrad AG zu diesem Zeitpunkt daher noch relativ frisch gewesen sein. E.____ führte zudem mit Nachdruck aus, dass die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG ihre Angebote für das betreffende Bauprojekt koordiniert hätten. Konkret habe die Foffa Conrad AG in Abstimmung mit der Rocca + Hotz AG eine höhere Offerte eingereicht.

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

116. Hierbei handelt es sich um abstrakte und theoretische Einwände, die vorliegend in mehrfacher Hinsicht nicht überzeugen:

- Die Foffa Conrad AG wurde bereits am 2. November 2012 vom Sekretariat darüber informiert, dass in der kartellrechtlichen Untersuchung mehrere Bonusmeldungen eingegangen waren.¹⁰⁸ Sie konnte daher zum Zeitpunkt ihrer Selbstanzeige nicht davon ausgehen, dass sie in Bezug auf die von ihr angezeigten Wettbewerbsverstösse als Erstanzeigerin betrachtet werden würde. Mit Schreiben vom 23. April 2013 teilten die Wettbewerbsbehörden der Foffa Conrad AG mit, dass sie die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass nicht erfülle, da sie nicht Erstanzeigerin gewesen sei.¹⁰⁹ Insofern musste sie mit einer Sanktionierung des von ihr angezeigten Sachverhalts rechnen. Sodann ist zu beachten, dass bei Selbstanzeigen, die nicht als erstes eingehen, das zeitliche Element für die Höhe der Sanktionsreduktion keine überragende Rolle spielt und namentlich auch die Qualität der Kooperation im Vordergrund steht. Erst viel später, nämlich mit dem Versand des Antrags vom 10. Januar 2019, durfte die Foffa Conrad AG – entgegen der Mitteilung vom 23. April 2013 – einen Sanktionserlass erwarten. Ein Anreiz, auf leichtfertige und vorschnelle Weise der Behörde mögliche Wettbewerbsabreden zu melden, wie dies die Rocca + Hotz AG suggeriert, bestand nicht.
- Die Foffa Conrad AG hat die von ihr angezeigten Projekte über einen Zeitraum von mehreren Monaten überprüft und bereinigt.¹¹⁰ Dabei ist sie sehr sorgfältig vorgegangen. In

¹⁰⁷ Act. 93 (22-0459), Rz 53 ff.

¹⁰⁸ Act. II.016, Seite 12.

¹⁰⁹ Act. IX.C.36.

¹¹⁰ Vgl. Act. IX.C.24; Act. IX.C.29; Act. IX.C.35.

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

- Weitere fällt vorliegend ins Gewicht, dass die Erinnerungen der Foffa Conrad AG an ein solch grosses Bauprojekt zum Zeitpunkt der Selbstanzeige noch relativ frisch gewesen sein dürften und sie ihre Sachverhaltsdarstellung konstant, mit Nachdruck und mit E. ___ durch die direkt involvierte Person nicht nur schriftlich, sondern unmittelbar mündlich vorgebracht hat. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Foffa Conrad AG dabei allfällige Zweifel hätte verschweigen sollen. Die Foffa Conrad AG verhielt sich gegenüber der Behörde wie ein Täter, der ein klares, mehrfach bekräftigtes und bis heute nicht widerrufenes Geständnis über seine eigene Tat ablegt und dabei zugleich den Mittäter nennt.
- Die Angaben der Foffa Conrad AG decken sich mit den tatsächlich eingereichten Offerten. So zeigt die Offertzusammenstellung der Renato Maurizio AG, dass die Foffa Conrad AG der Bauherrschaft ein um ca. 5,6% höheres Angebot als die Rocca + Hotz AG unterbreitet hat.

117. Vor diesem Hintergrund ist die Behörde von der Richtigkeit der Aussagen der Foffa Conrad AG überzeugt. Anzeichen, dass sich die Foffa Conrad AG fälschlicherweise selber und damit auch die Rocca + Hotz AG belastet hätte, sind nicht ersichtlich. Schliesslich bringt auch die Rocca + Hotz AG nichts vor, was gegen die Annahme einer Angebotskoordination spricht. Vielmehr äusserte H. ___ an der Einvernahme vom 14. März 2016, dass es sein könne, dass die Foffa Conrad AG im Einvernehmen höher als die Rocca + Hotz AG habe eingeben sollen.¹¹² Anlässlich der Anhörung der Rocca + Hotz AG durch die WEKO vom 13. Mai 2019 hielt H. ___ fest, dass der Ablauf bei allen acht Projekten¹¹³ gleich gewesen sei. In allen Fällen habe die Foffa Conrad AG Kontakt mit der Rocca + Hotz AG aufgenommen und um Zustellung der Offerte gebeten.¹¹⁴ Dass es in Bezug auf das vorliegende Bauprojekt keinen Kontakt mit der Foffa Conrad AG gegeben hätte, behauptete er nicht.

118. Nichts für ihren Standpunkt abzuleiten vermag die Rocca + Hotz AG schliesslich aus dem von ihr erwähnten Urteil des Bundesverwaltungsgericht B-771/2012 vom 25. Juni 2018.¹¹⁵ Darin betonte das Bundesverwaltungsgericht, dass im Rahmen der freien Beweiswürdigung im Einzelfall zu beurteilen sei, ob für die zu beweisende Tatsache das verlangte Beweismass aufgrund der erhobenen Beweismittel erfüllt sei. Es gehe nicht an, sich an eigentlichen Beweisregeln zu orientieren. Vielmehr gelte es, die vorliegenden Beweismittel im Einzelfall frei anhand der konkreten Umstände zu prüfen und zu bewerten, ohne sich dabei von einer schematischen Betrachtungsweise leiten zu lassen.¹¹⁶

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

¹¹¹ RPW 2017/3, 421 ff., RPW 20184/4, 723 ff., 736 ff., 756 ff., 801 ff., 820 ff., 841 ff., Verfügung der WEKO vom 26. März 2018 betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I.

¹¹² Act. 18 (22-0459), Zeilen 65–67.

¹¹³ Die vorliegende Untersuchung hat das Verhalten der Rocca + Hotz AG im Zusammenhang mit zehn Projekte zum Gegenstand. H. ___ sprach mutmasslich diejenigen acht Projekte an, bei denen die Voraussetzungen für eine Sanktionierung gegeben sind (dazu Rz 241 ff. hiernach).

¹¹⁴ Act. 106, Beilage 2.

¹¹⁵ Vgl. Act. 93 (22-0459), Rz 58.

¹¹⁶ Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25.6.2018, E. 6.5.5.4.

die Foffa Conrad AG der Bauherrschaft ein höheres Angebot offerieren als die Rocca + Hotz AG. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

B.8.2.2 Verfolgter Zweck

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

B.8.2.3 Umsetzung und Auswirkungen

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

B.8.3 Beweisergebnis

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

¹¹⁷ Act. 99 (22-0459).

B.9 [...] Zuoz (2011)

123. Im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», Zuoz (2011), richtet sich der Vorwurf der Angebotskoordinierung an die Foffa Conrad AG und Rocca + Hotz AG.

B.9.1 Beweismittel

B.9.1.1 Urkunden

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

B.9.1.2 Auskünfte der Parteien

B.9.1.2.1 Foffa Conrad AG

125. Die Foffa Conrad AG zeigte mit ihren Eingaben vom 30. November 2012¹¹⁹ und 1. Februar 2013¹²⁰ ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», Zuoz (2011), an. Konkret bezeichnete sie dieses Projekt als «abgesprochen». Das entsprechende E-Mail der Rocca + Hotz AG habe sie jedoch gelöscht.

126. An der Befragung vom 20. August 2015 konfrontierte die Behörde I.____, [...] der Foffa Conrad AG, mit der E-Mail von H.____ an ihn vom 30. März 2011 mit dem Betreff «[...]». Er sagte daraufhin aus, dass er sich nicht an diese E-Mail erinnern könne. Mutmasslich habe sie H.____ auf Anweisung von E.____ versandt. Auf die Frage, was abstrakt der Grund dafür gewesen sein könnte, weshalb ein anderes Unternehmen solche Dateien geschickt habe, antwortete I.____, dass die E-Mail im Zusammenhang mit einer Arbeitsgemeinschaft stehen könnte. Allenfalls könne es auch sein, dass die Foffa Conrad AG das Projekt selber nicht gerechnet habe und trotzdem habe eingeben wollen. Auf Nachfrage gab I.____ an, dass der Anlass der E-Mail auch darin habe bestehen können, dass man den Preis habe heben wollen.¹²¹

127. Nach Angaben von E.____ an der Befragung vom 27. Oktober 2015 handle es sich bei der E-Mail von H.____ vom 30. März 2011 an I.____ um diejenige E-Mail, welche die Foffa Conrad AG in ihrer Selbstanzeige vom 1. Februar 2013 erwähnt habe, aber als gelöscht angegeben habe. Die Foffa Conrad AG habe daraufhin höher eingegeben als die Rocca + Hotz AG. Er nehme an, dass es vor Versand der E-Mail einen Kontakt zwischen den beiden Unternehmen gegeben habe. Das Interesse der Rocca + Hotz AG (an der Angebotskoordination) habe darin bestanden, dass ein zusätzliches Unternehmen eine höhere Offerte als sie eingeben würde.¹²²

B.9.1.2.2 Rocca + Hotz AG

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

¹¹⁸ Act. III.C.103.

¹¹⁹ Act. IX.C.24, pag. 43.

¹²⁰ Act. IX.C.35, pag. 5.

¹²¹ Act. IX.C.53, Zeilen 189–241.

¹²² Act. IX.C.61, Zeilen 465–519.

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

B.9.1.3 Auskünfte der Bauherrschaft

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

Unternehmen	Offertsumme (inkl. MWST)
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]
Rocca + Hotz AG, Zuoz	CHF [...]
[...]	CHF [...]
Foffa Conrad AG, Zernez	CHF [...]

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

B.9.2 Beweiswürdigung

B.9.2.1 Natürlicher (tatsächlicher) Konsens

131. Vorliegend räumte die Foffa Conrad AG ein, dass es zwischen der Rocca + Hotz AG und ihr in Bezug auf das Bauprojekt «[...]» zu einer Angebotskoordination gekommen sei. Konkret habe sie in Absprache mit der Rocca + Hotz AG eine höhere Offerte eingereicht als diese.

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

¹²³ Act. IV.026, Zeilen 456–519.

¹²⁴ Act. 61 (22-0459).

¹²⁵ Act. 61 (22-0459), Antwort auf Fragen 6 und 7.

Ausführungen zum Bauprojekt «[...]» in S-chanf verwiesen werden (Rz 116 ff. hiervor). Die Ausführungen haben auch für das vorliegende Bauprojekt Gültigkeit.

133. Dagegen ist den Aussagen der Rocca + Hotz AG nur beschränkte Beweiskraft beizumessen. So räumte H. ___ zwar ein, dass seiner E-Mail vom 30. März 2011 an I. ___ die Eingabe der Rocca + Hotz AG für das strittige Projekt angehängt gewesen sei. Allerdings konnte er sich nicht erklären, weshalb er der Foffa Conrad AG die Offerte der Rocca + Hotz AG zu kommen liess. Nach seinen Aussagen habe die Rocca + Hotz AG bei diesem Bauprojekt möglicherweise eine Arbeitsgemeinschaft mit der Lazzarini AG gebildet. Wie den Angaben der Bauherrschaft zu entnehmen ist, trifft dies jedoch nicht zu. Relevant ist hingegen, dass die Auskünfte der Rocca + Hotz AG keine Hinweise liefern, dass der von der Foffa Conrad AG geschilderte Sachverhalt nicht der Wahrheit entsprechen sollte. Im Übrigen läuft es im Kontext von Submissionen den üblichen Abläufen und Verhaltensweisen zuwider, wenn ein Unternehmen einem Konkurrenzunternehmen seine Offerte zustellt, namentlich wenn es sich unabhängig von Konkurrenten verhalten will. Damit deckt es seine Absichten zum Eingabeverhalten auf und riskiert, vom Konkurrenzunternehmen in der Ausschreibung unterboten zu werden. Dass die Rocca + Hotz AG der Foffa Conrad AG während der laufenden Ausschreibung ihre Offerte zusandte, ist daher mit typischem Verhalten in Konkurrenzverhältnissen nicht vereinbar. Vielmehr lässt sich dieses nur durch den gemeinsamen Willen zur Koordination der Angebote erklären.

134. Vor diesem Hintergrund ist erstellt, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG ein natürlicher (tatsächlicher) Konsens zustande gekommen ist, ihre Angebote für das Bauprojekt «[...]» in Zuoz zu koordinieren. Konkret sollte die Foffa Conrad AG der Bauherrschaft ein höheres Angebot offerieren als die Rocca + Hotz AG. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

B.9.2.2 Verfolgter Zweck

135. Der Konsens zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad beinhaltete, ihre Angebote zu koordinieren. Einer solchen Angebotskoordination ist immanent, dass sie darauf zielt, den Wettbewerb zwischen den Beteiligten zu verhindern. Dass hierfür ausschliesslich andere Gründe bestanden, ist nicht ersichtlich. Damit ist erstellt, dass die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG mit ihrem Verhalten bezweckten, sich beim Bauprojekt «[...]» nicht zu konkurrenzieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Darüber hinaus handelten sie auch mit Täuschungsabsicht (dazu Rz 89 hiervor).

B.9.2.3 Umsetzung und Auswirkungen

136. Den Angaben der Bauherrschaft (Rz 129) ist zu entnehmen, dass die Foffa Conrad AG den Preis von CHF [...] offerierte, die Rocca + Hotz AG den Preis von CHF [...]. Daneben gaben vier weitere Unternehmen Angebote ab. Der Zuschlag ging schliesslich zum Preis von CHF [...] an die [...]. Dies ändert nichts daran, dass sich die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG an die getroffene Abmachung hielten. Konkret reichte die Foffa Conrad AG ein höheres Angebot als die Rocca + Hotz AG ein. Damit ist ebenso erstellt, dass sich die beiden Unternehmen beim strittigen Bauprojekt nicht konkurrenzieren. Daran bestehen im Lichte der umgesetzten Angebotskoordination keine vernünftigen Zweifel. Dies gilt auch für allfällige Abgebotsrunden. So verneinte die Foffa Conrad AG, zur Abgabe eines Abgebots eingeladen worden zu sein.¹²⁶

¹²⁶ Act. 99 (22-0459).

B.9.3 Beweisergebnis

137. Zusammenfassend ist erwiesen, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG ein Konsens vorlag, ihre Angebote beim Bauprojekt «[...]» in Zuoz im Jahr 2011 zu koordinieren. Konkret sollte die Foffa Conrad AG ein höheres Angebot einreichen als die Rocca + Hotz AG. Damit bezweckten sie, sich bei diesem Bauprojekt nicht zu konkurrenzieren. Ebenso ist erstellt, dass sie sich in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – verhielten und sich nicht konkurrenzieren. Der Zuschlag ging an die [...]. Daneben gab es drei weitere Mitbewerber, die sich nicht durchsetzen konnten.

B.10 [...] (2011)

138. Im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», Lose 1 und 2 (2011), richtet sich der Vorwurf der Angebotskoordinierung an die Foffa Conrad AG und Rocca + Hotz AG.

B.10.1 Beweismittel

B.10.1.1 Urkunden

139. Vorliegend sind folgende Urkunden zu würdigen:

- Zwei E-Mails von H. ___ vom 1. und 5. September 2011 an I. ___ betreffend «[...]», inkl. die angehängten Offerten der Rocca + Hotz AG betreffend die [...]:

From: [REDACTED] Rocca + Hotz AG, 7524 Zuoz" [REDACTED]@roccahotz.ch>
To: [REDACTED]@foffa-conrad.ch
Date: Thu, 01 Sep 2011 17:05:28 +0200
Attachments: [REDACTED] (1.43 MB)

Werter [REDACTED]

Im Anhang wie besprochen die Offerte [REDACTED] mit unseren Preisen.

Freundliche Grüsse
[REDACTED]

From: [REDACTED] Rocca + Hotz AG, 7524 Zuoz" [REDACTED]@roccahotz.ch>
To: [REDACTED]@foffa-conrad.ch
Date: Mon, 05 Sep 2011 11:11:21 +0200
Attachments: [REDACTED] (1.12 MB)

Werter [REDACTED]

Im Anhang wie besprochen die Offerte [REDACTED] mit unseren Preisen.

Freundliche Grüsse
[REDACTED]

- Vergabeentscheid [...] betreffend [...] ergibt sich folgendes Bild der eingereichten Offerten (inkl. MWST):

Unternehmen	Los 1 ([...])	Los 2 ([...])	Total (beide Lose)
[...]	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]
Rocca + Hotz AG	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]

Foffa Conrad AG	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]

Zudem ist im Vergabeentscheid festgehalten, dass der Zuschlag für beide Lose an die [...] zum Pauschalpreis von CHF [...] (inkl. MWST) erging.

B.10.1.2 Auskünfte der Parteien

B.10.1.2.1 Foffa Conrad AG

140. Die Foffa Conrad AG zeigte mit Eingabe vom 30. November 2012 ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]» (Lose 1 und 2) im Jahr 2011 an. Konkret bezeichnete sie dieses Projekt als «abgesprochen».¹²⁷ Sie bestätigte diesbezüglich ihre Selbstanzeige mit Eingabe vom 1. Februar 2013.¹²⁸ Darin brachte sie den Vermerk «Telefonisch vereinbart» an.

141. Die Behörde konfrontierte I.____, Foffa Conrad AG, am 20. August 2015 mit den E-Mails von H.____ an ihn betreffend die «[...]» in [...]. Er gab daraufhin zu Protokoll, dass er sich nicht mehr genau erinnern könne. Es habe mutmasslich einen Kontakt zwischen H.____ und E.____ gegeben. Die Foffa Conrad AG habe wohl höher eingegeben als die Rocca + Hotz AG.¹²⁹

142. Anlässlich der Befragung vom 27. Oktober 2015 sagte E.____ aus, dass er mit H.____ am Telefon vereinbart habe, dass die Foffa Conrad AG höher eingeben werde, wenn die Rocca + Hotz AG ihr eine Offerte zukommen lassen würde. Zudem habe er H.____ wohl telefonisch mitgeteilt, dass er das mit I.____ erledigen solle. Dies würde die E-Mails von H.____ an I.____ vom September 2011 erklären. Das Interesse der Rocca + Hotz AG (an der Angebotskoordination) habe darin bestanden, dass ein Unternehmen der Bauherrschaft eine höhere Offerte unterbreitet habe als die Rocca + Hotz AG.¹³⁰

B.10.1.2.2 Rocca + Hotz AG

143. Anlässlich der Einvernahme vom 29. Oktober 2015 konfrontierte die Behörde auch H.____ mit seinen E-Mails an die Foffa Conrad AG betreffend das Bauprojekt «[...]» in [...]. H.____ führte dazu aus, dass die Foffa Conrad AG die Rocca + Hotz AG um ihre Offerte angefragt habe, um ihren Aufwand zu minimieren. Die Foffa Conrad AG hätte ihre Offerte auf der Basis der Offerte der Rocca + Hotz AG kalkuliert. Der Aufwand für die Erstellung der Offerte sei gross gewesen. Die beteiligten Unternehmen hätten aber nur eine geringe Chance gehabt, diesen Auftrag in [...] zu erhalten. Die Rocca + Hotz AG habe keinen Nutzen aus der höheren Eingabe der Foffa Conrad AG gezogen.¹³¹

B.10.2 Beweiswürdigung

B.10.2.1 Natürlicher (tatsächlicher) Konsens

144. Aus den E-Mails von H.____ an I.____ vom September 2011 (Rz 139 hiervor) ist ersichtlich, dass die Rocca + Hotz AG der Foffa Conrad AG vor Ablauf der Eingabefrist ihre Offerten

¹²⁷ Act. IX.C.24, pag. 46.

¹²⁸ Act. IX.C.35, pag. 5.

¹²⁹ Act. IX.C.53, Zeilen 339–348.

¹³⁰ Act. IX.C.61, Zeilen 492–515.

¹³¹ Act. IV.026, Zeilen 522 ff.

betreffend das Bauprojekt «[...]» (Lose 1 und 2) zustellte. Die Foffa Conrad AG und die Rocca + Hotz AG (Letztere jedenfalls an der Einvernahme von H.____ vom 29. Oktober 2015) räumten übereinstimmend ein, dass es hierbei darum gegangen sei, ihre Angebote zu koordinieren. Die übereinstimmenden Aussagen der beteiligten Unternehmen sind schlüssig, konkret und widerspruchsfrei. Im Übrigen läuft es im Kontext von Submissionen den üblichen Abläufen und Verhaltensweisen zuwider, wenn ein Unternehmen einem Konkurrenzunternehmen seine Offerte zustellt, namentlich wenn es sich unabhängig von Konkurrenten verhalten will. Damit deckt es seine Absichten zum Eingabeverhalten auf und riskiert, vom Konkurrenzunternehmen in der Ausschreibung unterboten zu werden. Dass die Rocca + Hotz AG der Foffa Conrad AG während der laufenden Ausschreibung ihre Offerte zusandte, ist daher mit typischem Verhalten in Konkurrenzverhältnissen nicht vereinbar. Vielmehr lässt sich dieses nur durch den gemeinsamen Willen zur Koordination der Angebote erklären.

145. Damit ist erstellt, dass die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG übereingekommen sind, ihre Angebote beim Bauprojekt «[...]» (Lose 1 und 2) zu koordinieren. Konkret sollte die Foffa Conrad AG dem Bauherrn für die beiden Lose jeweils ein höheres Angebot als die Rocca + Hotz AG unterbreiten. Daran bestehen bei der vorliegenden Beweislage keine vernünftigen Zweifel.

B.10.2.2 Verfolgter Zweck

146. Wie erstellt ist (Rz 145 hiervor), kamen die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG überein, ihre Angebote bezüglich der strittigen Ausschreibung zu koordinieren. Einer solchen Angebotskoordination ist immanent, dass sie darauf zielt, den Wettbewerb zwischen den Beteiligten zu verhindern. Dass die beteiligten Unternehmen ausschliesslich andere Gründe verfolgten, kann ausgeschlossen werden.

147. Damit ist erwiesen, dass die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG mit ihrem Verhalten – neben möglichen anderen Beweggründen – bezweckten, sich bei der Ausschreibung «[...]» (Lose 1 und 2) nicht zu konkurrenzieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Darüber hinaus handelten sie auch mit Täuschungsabsicht (dazu Rz 89 hiervor).

B.10.2.3 Umsetzung und Auswirkungen

148. Aus dem Vergabeentscheid [...] (vgl. Rz 139 hiervor) ist ersichtlich, dass die Foffa Conrad AG bei beiden Losen des Bauprojekts «[...]» eine höhere Offerte als die Rocca + Hotz AG einreichte. Damit hielten sich die beteiligten Unternehmen an die getroffene Abmachung. Erwiesen ist auch, dass sie sich in Bezug auf dieses Bauprojekt nicht konkurrenzieren. Dies gilt auch für allfällige Abgebotsrunden. So verneinte die Foffa Conrad AG, zur Abgabe eines Abgebots eingeladen worden zu sein.¹³²

149. Den Zuschlag erhielt allerdings nicht, wie im internen Verhältnis beabsichtigt, die Rocca + Hotz AG, sondern die [...] zum Pauschalpreis von CHF [...] für beide Lose (vgl. den Vergabeentscheid [...], Rz 139 hiervor).

B.10.3 Beweisergebnis

150. Zusammenfassend ist erwiesen, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG ein Konsens vorlag, ihre Angebote bei der Ausschreibung «[...]» (Lose 1 und 2) im Jahr 2011 zu koordinieren. Konkret sollte die Foffa Conrad AG bei beiden Losen jeweils ein höheres Angebot einreichen als die Rocca + Hotz AG. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. Ebenso ist erstellt, dass sie sich in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – verhielten und die Foffa Conrad AG der

¹³² Act. 99 (22-0459).

Vergabestelle tatsächlich ein höheres Angebot unterbreitete als die Rocca + Hotz AG. Den Zuschlag erhielt aber nicht, wie im internen Verhältnis beabsichtigt, die Rocca + Hotz AG, sondern die [...], die der Vergabestelle ein tieferes Angebot unterbreitete.

B.11 [...], Zuoz (2011)

151. Im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», Zuoz (2011), richtet sich der Vorwurf der Angebotskoordinierung an die Foffa Conrad AG und die Rocca + Hotz AG.

B.11.1 Beweismittel

B.11.1.1 Urkunden

152. Der Behörde liegen folgende relevanten Urkunden vor:

- E-Mail von H.____ an I.____ vom 18. Mai 2011 betreffend «[...]».¹³³ Die E-Mail enthält den Text «Wie besprochen». Ihr ist eine SIA-Schnittstellendatei angehängt.
- E-Mail von Q.____, [...], an R.____, Bauherr des Projekts, vom 19. Mai 2011.¹³⁴ Daraus ist ersichtlich, dass folgende Unternehmen ein Angebot für das Bauprojekt «[...]» eingereicht haben:

Unternehmen	Offertsumme (inkl. MWST)
[...]	CHF [...]
Rocca + Hotz AG, Zuoz	CHF [...]
[...]	CHF [...]
[...]	rund CHF [...]
Foffa Conrad AG, Zernez	CHF [...]

- Werkvertrag zwischen R.____ und der [...], vom [...] betreffend «[...]».¹³⁵

B.11.1.2 Auskünfte der Parteien

B.11.1.2.1 Foffa Conrad AG

153. Mit Eingabe vom 12. September 2018 erteilte die Foffa Conrad AG der Behörde folgende Auskünfte¹³⁶:

- Die Foffa Conrad AG sei seinerzeit zur Offertstellung für das Bauprojekt «[...]» eingeladen worden. Da ihr die Bauherrschaft im Oberengadin bekannt gewesen sei, habe sie sich für eine Offerteingabe entschieden, allerdings ohne Interesse an einer tatsächlichen Auftragserteilung. Um sich den Aufwand für die Erstellung der Offerte zu sparen und um

¹³³ Act. III.C.102.

¹³⁴ Act. 16 (22-0459).

¹³⁵ Act. 16 (22-0459).

¹³⁶ Act. 57 (22-0459).

sicher preislich höher zu liegen, habe sie den Mitbewerber Rocca + Hotz AG gebeten, ihr eine kalkulierte Offerte zukommen zu lassen. Mit E-Mail vom 18. Mai 2011 habe H.____ diese Bitte erfüllt und an I.____ eine entsprechende SIA-Datei gesandt. Die Eingabesumme der Foffa Conrad AG habe CHF [...] (exkl. MWST) betragen. Das entspreche einem Angebot in Höhe von CHF [...] (inkl. MWST). Den Zuschlag habe die [...] erhalten.

- Aus Sicht der Foffa Conrad AG habe es sich um eine «Pro-Forma-Offerte» gehandelt, weil sie am Auftrag kein Interesse gehabt habe. Im Verhältnis zur Rocca + Hotz AG habe es eine Angebotskoordination gegeben mit dem gemeinsamen Verständnis, dass die Foffa Conrad AG beim betreffenden Projekt höher als die Rocca + Hotz AG eingeben werde. Dieses Verhalten habe im Rahmen der Ausschreibung zu einer Wettbewerbsbeschränkung zwischen den beiden Unternehmen geführt.

B.11.1.2.2 Rocca + Hotz AG

154. Anlässlich seiner Einvernahme vom 29. Oktober 2015 sagte H.____ aus, dass die Foffa Conrad AG oftmals im Oberengadin für Projekte eingeladen worden sei. Die Foffa Conrad AG habe mitofferieren wollen, habe aber ein kleines Interesse an der Ausführung gehabt und habe deshalb die Rocca + Hotz AG gefragt, ob sie ihr ihre Offerte zukommen lassen könne. Die Foffa Conrad AG habe so Zeit sparen können, da sie die Offerte so nicht von Grund auf selbst habe kalkulieren müssen. Es habe vier bis fünf weitere Unternehmen gegeben, die mit Interesse mitofferiert hätten. Das Vorgehen der Foffa Conrad AG und der Rocca + Hotz AG habe für den Wettbewerb also gar nichts geändert. Es gebe auf dem Offertöffnungsprotokoll einfach noch ein weiteres Unternehmen mit einer Zahl. Den Zuschlag für das Projekt «[...]» habe die [...] erhalten.¹³⁷

B.11.2 Beweiswürdigung

B.11.2.1 Natürlicher (tatsächlicher) Konsens

155. Die Foffa Conrad AG und Rocca + Hotz AG räumten übereinstimmend ein, ihre Angebote für das Bauprojekt «[...]» koordiniert zu haben. Konkret habe die Foffa Conrad AG aufgrund ihres geringen bzw. fehlenden Interesse an der Ausführung die Rocca + Hotz AG um eine vorkalkulierte Offerte gebeten, die es ihr ermöglichen sollte, ohne Aufwand eine (höhere) Offerte einzureichen.

156. Die übereinstimmenden Aussagen betreffend die Angebotskoordination decken sich mit den objektiven Beweismitteln. Mit E-Mail vom 18. Mai 2011 liess die Rocca + Hotz AG der Foffa Conrad AG eine vorkalkulierte Offerte zukommen, um ihr einerseits die Einreichung einer Offerte ohne Aufwand zu ermöglichen und andererseits um sicherzustellen, dass das Angebot der Foffa Conrad AG höher ausfallen würde. Der E-Mail von Q.____ vom 19. Mai 2011 ist sodann zu entnehmen, dass die Foffa Conrad AG in der Folge der Bauherrschaft tatsächlich ein höheres Angebot unterbreitete als die Rocca + Hotz AG. Dieses von den Parteien an den Tag gelegte Verhalten lässt sich nur durch den gemeinsamen Willen zur Angebotskoordination erklären. Im Kontext von Submissionen läuft es den üblichen Abläufen und Verhaltensweisen zuwider, wenn ein Unternehmen einem Konkurrenzunternehmen seine Offerte zustellt, namentlich wenn es sich unabhängig von Konkurrenten verhalten will. Damit deckt es seine Absichten zum Eingabeverhalten auf und riskiert, vom Konkurrenzunternehmen in der Ausschreibung unterboten zu werden. Vor diesem Hintergrund ist erstellt, dass die Rocca + Hotz AG

¹³⁷ Zum Ganzen Act. IV.026, Zeilen 584 ff.

und Foffa Conrad AG übereingekommen waren, ihre Angebote beim Bauprojekt «[...]» preislich zu koordinieren. Konkret sollte die Foffa Conrad AG ein höheres Angebot einreichen als die Rocca + Hotz AG. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

B.11.2.2 Verfolgter Zweck

157. Die Parteien bringen vor, dass die Angebotskoordination dazu bestimmt gewesen sei, der Foffa Conrad AG ohne Aufwand die Abgabe einer Offerte zu ermöglichen. Sie habe aber kein oder nur ein geringes Interesse an der Ausführung des Projekts gehabt.

158. Dies mag für die Parteien im Vordergrund gestanden sein. Allerdings ist eine Angebotskoordination zwischen zwei grundsätzlich im Wettbewerb stehenden Unternehmen bei einer Ausschreibung immer auch darauf gerichtet, sich nicht zu konkurrenzieren. Dieser Zweck ist einer solchen Verhaltensweise immanent.

159. Damit ist erstellt, dass die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG mit ihrem Verhalten – neben möglichen anderen Beweggründen – bezweckten, sich beim Bauprojekt «[...]» nicht zu konkurrenzieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Darüber hinaus handelten sie auch mit Täuschungsabsicht (dazu Rz 89 hiervor).

B.11.2.3 Umsetzung und Auswirkungen

160. Aus der E-Mail von Q. ___ an R. ___ vom 19. Mai 2011 ist ersichtlich, dass die Foffa Conrad AG beim Bauprojekt «[...]» eine höhere Offerte als die Rocca + Hotz AG einreichte. Damit hielten sich die beteiligten Unternehmen an die getroffene Abmachung. Erwiesen ist insofern auch, dass sie sich in Bezug auf dieses Bauprojekt nicht konkurrenzieren. Dies gilt auch für allfällige Abgebotsrunden, sofern die Foffa Conrad AG hierzu überhaupt eingeladen worden ist. So bestätigte die Foffa Conrad AG, dass sie nicht beabsichtigte, den Zuschlag für das vorliegende Bauprojekt im Rahmen von Abgebotsrunden zu erhalten. Wenn es zu Abgebotsrunden gekommen sei, habe sich die Foffa Conrad AG in den zu beurteilenden Fällen äussert passiv verhalten oder vielfach auf Abgebote verzichtet.¹³⁸

161. Den Zuschlag erhielt allerdings nicht, wie im internen Verhältnis beabsichtigt, die Rocca + Hotz AG, sondern die [...] zum Preis von CHF [...]. Daneben gab es Angebote von zwei weiteren Unternehmen, die sich nicht durchsetzen konnten.

B.11.3 Beweisergebnis

162. Zusammenfassend ist erwiesen, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG ein Konsens vorlag, ihre Angebote bei der Ausschreibung «[...]» in Zuoz im Jahr 2011 zu koordinieren. Konkret sollte die Foffa Conrad AG ein höheres Angebot einreichen als die Rocca + Hotz AG. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. Ebenso ist erstellt, dass sie sich in der Folge entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen verhielten und die Foffa Conrad AG der Vergabestelle tatsächlich ein höheres Angebot unterbreitete als die Rocca + Hotz AG. Den Zuschlag erhielt aber nicht, wie im internen Verhältnis beabsichtigt, die Rocca + Hotz AG, sondern die [...], die der Vergabestelle ein tieferes Angebot unterbreitete.

¹³⁸ Act. 99 (22-0459).

B.12 [...] , Zuoz (2011)

163. Im Zusammenhang mit den Bauprojekten «[...]», Zuoz (2011), richtet sich der Vorwurf der Angebotskoordinierung an die Foffa Conrad AG und die Rocca + Hotz AG.

B.12.1 Beweismittel

B.12.1.1 Auskünfte der Parteien

B.12.1.1.1 Foffa Conrad AG

164. Die Foffa Conrad AG zeigte mit Eingabe vom 30. November 2012 ihr Verhalten im Zusammenhang mit den Bauprojekten «[...]», Zuoz (2011), an. Konkret bezeichnete sie diese beiden Projekte als «abgesprochen».¹³⁹ Sie bestätigte diesbezüglich ihre Selbstanzeige mit Eingabe vom 1. Februar 2013.¹⁴⁰ Die entsprechende E-Mail der Rocca + Hotz AG habe sie jedoch gelöscht.

165. An der Befragung vom 27. Oktober 2015 stellte E.____ klar, dass er keine Zweifel daran habe, dass die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG ihre Angebote für die Bauprojekte «[...]» abgesprochen hätten. Die Foffa Conrad AG habe aufgrund der «Absprache» eine höhere Offerte eingereicht als die Rocca + Hotz AG. Es könne sein, dass die «Absprache» mündlich und ohne E-Mailverkehr getroffen worden sei.¹⁴¹

B.12.1.1.2 Rocca + Hotz AG

166. Die Behörde konfrontierte die Rocca + Hotz AG mit den Aussagen der Foffa Conrad AG. H.____ führte an der Parteieinvernahme vom 14. März 2016 aus, dass die Projekte «[...]» gleich beschaffen gewesen seien wie das Haus «[...]», welches ca. drei Jahre zuvor von der Nicol. Hartmann & Cie. AG gebaut worden sei. Der Offertpreis der [...] sei damals deutlicher tiefer gewesen als derjenige der Rocca + Hotz AG. Die Rocca + Hotz AG habe ihren Preis von der Offerte für das Bauprojekt «[...]» für die Projekte «[...]» übernommen, obwohl ihr bewusst gewesen sei, damit keine Chance auf die Zuschlagserteilung zu haben. Mit den Aussagen von E.____ konfrontiert, erörterte er, dass wohl eine «Absprache» mit der Foffa Conrad AG stattgefunden habe, er sich aber nicht mehr erinnern könne. Es sei aber nicht darum gegangen, dass die Foffa Conrad AG bei diesem Projekt höher eingeben sollen als die Rocca + Hotz AG. Da er gewusst habe, dass die Rocca + Hotz AG den Auftrag nicht erhalten würde, sei es ihm egal gewesen, wie hoch die Foffa Conrad AG eingeben würde. Auf welche Weise die Rocca + Hotz AG mit der Foffa Conrad AG kommuniziert habe, wisse er nicht mehr. Die Rocca + Hotz AG habe weder den Bauherrn noch den Architekten über die «Absprache» mit der Foffa Conrad AG informiert. Auf die entsprechende Frage antwortete er: *«Ich gehe doch nicht zum Bauherrn und sage ihm, dass ich mich mit einem Mitbewerber abgesprochen habe. Mit ein wenig gesundem Menschenverstand ist dies logisch».*

B.12.1.2 Auskünfte des Architekten und Bauherrenvertreters

167. Gemäss Auskunft des Architekten und Bauherrenvertreters bei den Projekten «[...]», S.____, seien beim Bauprojekt «[...]» folgende Offerten eingegangen¹⁴²:

¹³⁹ Act. IX.C.24, pag. 42.

¹⁴⁰ Act. IX.C.35, pag. 5.

¹⁴¹ Act. IX.C.61, Zeilen 592–610.

¹⁴² Act. Act. 65 (22-0459), Antwort auf Frage 3c.

Unternehmen	Offertsumme (inkl. MWST)
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]
Foffa Conrad AG, Zernez	CHF [...]
Rocca + Hotz AG, Zuoz	CHF [...]

168. Die Angebote für das Bauprojekt «[...]» seien vom Bauprojekt «[...]» übernommen worden. Die [...] und die [...] hätten sich im Verlaufe der Ausschreibung wegen zu hoher Auslastung zurückgezogen. Die beiden Projekte seien schliesslich nach Verhandlungen der [...] zum Preis von CHF [...] («[...]») und von CHF [...] («[...]») vergeben worden. Dabei sei der Umfang des Projekts «[...]» verringert worden. Die Preise bezeichnete S. ___ als «naheliegend» und «gut». ¹⁴³

B.12.2 Beweiswürdigung

B.12.2.1 Natürlicher (tatsächlicher Konsens)

169. Urkunden, welche die Angebotskoordination zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG in Bezug auf die Bauprojekte «[...]» belegen, liegen nicht vor. Zu würdigen sind daher primär die Aussagen der Parteien.

170. Die Foffa Conrad AG zeigte ihr Verhalten im Zusammenhang mit den betreffenden Bauprojekten bereits im November 2012 an. Es handelte sich um grössere Bauprojekte. Die Erinnerungen dürften bei der Foffa Conrad AG zu diesem Zeitpunkt daher noch relativ frisch gewesen sein. E. ___ führte zudem mit Nachdruck aus, dass die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG ihre Angebote für die betreffenden Bauprojekte koordiniert hätten. Konkret habe die Foffa Conrad AG in Abstimmung mit der Rocca + Hotz AG höhere Offerten eingereicht. Die Behörde ist von der Richtigkeit der Aussagen von E. ___ überzeugt, was die Angebotskoordination anbelangt. Anzeichen, dass sich die Foffa Conrad AG fälschlicherweise selber und damit auch die Rocca + Hotz AG belastet hätte, sind nicht ersichtlich. Betreffend das Zustandekommen und die Sorgfältigkeit der Selbstanzeige der Foffa Conrad AG kann auf die Ausführungen zum Bauprojekt «[...]» in S-chanf verwiesen werden (Rz 116 ff. hiervor). Die Ausführungen haben auch für das vorliegende Bauprojekt Gültigkeit. Auch die Rocca + Hotz AG stellte die Angebotskoordination mit der Foffa Conrad AG nicht in Abrede (vgl. Rz 166 hiervor). Allerdings ist unklar, welchem Unternehmen welche Rolle im Rahmen der Angebotskoordination zugeordnet worden ist. Dabei fällt auf, dass die Foffa Conrad AG der Bauherrschaft zumindest beim Bauprojekt «[...]» sogar ein leicht tieferes Angebot unterbreitete als die Rocca + Hotz AG (vgl. Rz 167 hiervor). Vor diesem Hintergrund ist die Aussage von E. ___, dass die Foffa Conrad AG ein höheres Angebot als die Rocca + Hotz AG habe einreichen sollen, zu relativieren.

171. Bei dieser Beweislage erachtet es die Behörde zwar als erwiesen, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG ein natürlicher (tatsächlicher) Konsens zustande gekommen ist, ihre Angebote für die Bauprojekte «[...]» in Zuoz zu koordinieren. Daran beste-

¹⁴³ Act. 65 (22-0459), Antworten auf Fragen 6–9.

hen keine vernünftigen Zweifel. Allerdings lässt sich nicht mit hinreichender Bestimmtheit eruieren, ob bzw. bei welchem Unternehmen hierdurch die Chancen auf die Zuschlagserteilung hätten aufrechterhalten werden sollen. Diesem Umstand wird bei der rechtlichen Würdigung und Sanktionierung Rechnung zu tragen sein (vgl. Rz 202 und Rz 371 hiernach).

B.12.2.2 Verfolgter Zweck

172. Die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG haben den übereinstimmenden Willen geäußert, ihre Angebote bei den Bauprojekten «[...]» zu koordinieren. Einem Konsens mit diesem Inhalt ist immanent, dass die daran beteiligten Unternehmen darauf zielten, den Wettbewerb untereinander zu verhindern. Dass sie hierbei ausschliesslich andere Beweggründe hatten, kann ausgeschlossen werden. Insofern ist erstellt, dass die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei den Bauprojekten «[...]» nicht zu konkurrenzieren. Darüber hinaus handelten sie auch mit Täuschungsabsicht (dazu Rz 89 hiervor).

B.12.2.3 Umsetzung und Auswirkungen

173. Die Foffa Conrad AG und die Rocca + Hotz AG reichten bei den Bauprojekten «[...]» nahe beieinanderliegende Angebote ein. Dass sie ihre Angebote tatsächlich preislich aufeinander abgestimmt haben, haben beide Unternehmen eingeräumt. Vor diesem Hintergrund kann als erwiesen erachtet werden, dass sie sich bei dieser Ausschreibung zumindest weitgehend nicht konkurrenziert haben. Der Zuschlag ging schliesslich an einen Drittbewerber, nämlich an die [...].¹⁴⁴

B.12.3 Beweisergebnis

174. Zusammenfassend ist erwiesen, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG ein Konsens vorlag, ihre Angebote bei den Bauprojekten «[...]» in Zuoz im Jahr 2010 zu koordinieren. Damit bezweckten sie, sich bei diesen Bauprojekten nicht zu konkurrenzieren. Ebenso ist erstellt, dass sie sich in der Folge grundsätzlich entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen verhielten und sich – zumindest weitgehend – nicht konkurrenzierten. Der Zuschlag ging an die [...].

¹⁴⁴ Vgl. Act. IX.C.24, pag. 42.

B.13 [...], [...] (2012)

175. Im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», [...] (2012), richtet sich der Vorwurf der Angebotskoordinierung an die Foffa Conrad AG und die Rocca + Hotz AG.

B.13.1 Beweismittel

B.13.1.1 Urkunden

176. Die Behörde stützt ihre Sachverhaltsfeststellungen auf folgende Urkunden:

- E-Mail von H.____ an I.____ vom 16. Februar 2012 (10.39 Uhr) betreffend «[...]»¹⁴⁵;

Offerte

From: [REDACTED] Rocca + Hotz AG, 7524 Zuoz" [REDACTED]@roccahotz.ch>
To: [REDACTED], [REDACTED]@foffa-conrad.ch>
Date: Fri, 16 Mar 2012 10:39:47 +0100
Attachments: [REDACTED] (309.71 kB)

Hallo [REDACTED]

Bitte die einzelnen Preise ändern, ansonsten im % Vergleich beim Ing. immer dieselbe Differenz erscheint
Gruss und Dank

[REDACTED]
Dorta 74, 7524 Zuoz
www.roccahotz.ch

[REDACTED]

**ROCCA
+ HOTZBAU**

¹⁴⁵ Act. III.C.101.

- Antwort-E-Mail von I.____ an H.____ vom 16. Februar 2012 (14.16 Uhr) sowie die ihr angehängte Zusammenstellung der Offerte der Foffa Conrad AG¹⁴⁶;

E-Mail:

AW: Offerte [REDACTED]

From: [REDACTED] [REDACTED]@foffa-conrad.ch>
To: [REDACTED] Rocca + Hotz AG, 7524 Zuoz" [REDACTED]@roccahotz.ch>
Date: Fri, 16 Mar 2012 14:16:42 +0100
Attachments: [REDACTED] (25.43 kB)

Ciao [REDACTED]

Im Anhang eingabe FC.

Danke und schönes Wochenende
 [REDACTED]

Anhang:

Sachbearbeiter: [REDACTED] Zerne, 16. März 2012

Offerte Nr. [REDACTED]

Objekt: [REDACTED]

Zusammenstellung:			
111	REGIEARBEITEN		
112	PRÜFUNGEN		
113	BAUSTELLENEINRICHTUNG		
116	HOLZEN UND RODEN		
117	ABBRÜCHE UND DEMONTAGEN		
121	SICHERN, UNTERFANGEN, VERSTÄRKEN UND VERSCHIEBEN		
132	BOHREN UND TRENNEN VON BETON UND MAUERWERK		
151	BAUARBEITEN FÜR WERKLEITUNGEN		
211	BAUGRUBEN UND ERDBAU		
221	FUNDATIONSSCHICHTEN FÜR VERKEHRSANLAGEN		
237	KANALISATIONEN UND ENTWÄSSERUNGEN		
	Brutto-Betrag		
	Mehrwertsteuer	%	8.000 [REDACTED]
	Nettobetrag nach MWST		[REDACTED]

FC teurer = gelb
 FC billiger = grün

¹⁴⁶ Act. III.C.70.

- Offertöffnungsprotokoll der [...] betreffend [...] ¹⁴⁷. Daraus ist ersichtlich, dass folgende Unternehmen ein Angebot eingereicht haben:

Unternehmen	Offertsumme
[...]f	CHF [...]
Rocca + Hotz AG, Zuoz	CHF [...]
[...]	CHF [...]
Foffa Conrad AG, Zernez	CHF [...]
[...]	CHF [...]

B.13.1.2 Auskünfte der Parteien

B.13.1.2.1 Foffa Conrad AG

177. Die Foffa Conrad AG zeigte mit Eingabe vom 30. November 2012 ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», [...] (2012), an. Konkret bezeichnete sie dieses Projekt als «abgesprochen». ¹⁴⁸ Sie bestätigte diesbezüglich ihre Selbstanzeige mit Eingabe vom 1. Februar 2013. ¹⁴⁹ Die entsprechende E-Mail der Rocca + Hotz AG habe sie jedoch gelöscht.

178. Anlässlich seiner Befragung vom 20. August 2015 bestätigte I. ____, Foffa Conrad AG, dass die Foffa Conrad AG die Offerte für das Bauprojekt «[...]» nicht unabhängig gerechnet habe. Vielmehr habe sie sich auf die Preisangaben der Rocca + Hotz AG gestützt und die Preise in deren Verhältnis etwas erhöht. I. ____ habe in diesem Zusammenhang auf «Befehl» von E. ____ gehandelt. Die Foffa Conrad AG habe in preislicher Hinsicht kaum Chancen gehabt, das Projekt zu erhalten. Die [...] habe aufgrund ihres Standorts, ihren Bezugsmöglichkeiten von Kies und Beton sowie günstigeren Deponiekonditionen einen Vorteil gehabt. Entsprechend sei das Angebot der Foffa Conrad AG rund 30 % höher ausgefallen als dasjenige der [...]. Die Konkurrenz in [...] würde sich zwischen der [...] und der Rocca + Hotz AG abspielen. Das Ziel [der Angebotskoordination] habe darin bestanden, dass die Rocca + Hotz AG den Auftrag erhalte. Insofern könne man von «Stützen» sprechen. Da der Bauherr [...] auch Projekte in Zernez ausschreibe, habe die Foffa Conrad AG beim betreffenden Projekt in S-chanf trotzdem eingeben wollen. ¹⁵⁰

B.13.1.2.2 Rocca + Hotz AG

179. H. ____ gab anlässlich seiner Einvernahme vom 29. Oktober 2015 zu Protokoll, dass die Rocca + Hotz AG an der Ausführung des Bauprojekts «[...]», S-chanf (2012), interessiert gewesen sei. Allerdings habe sie sich nur geringe Chancen ausgerechnet, da die [...] in [...] stets

¹⁴⁷ Act. IV.026, Beilage 1.

¹⁴⁸ Act. IX.C.24, pag. 50.

¹⁴⁹ Act. IX.C.35, pag. 5.

¹⁵⁰ Act. IX.C.53, Zeilen 245–292.

am tiefsten offeriere. Er räumte ein, dass ein Kontakt mit der Foffa Conrad AG und ein Austausch der Preisinformationen stattgefunden habe. Die Foffa Conrad AG habe kein Interesse am Bauprojekt gehabt, aber trotzdem eine Offerte einreichen wollen. Aus Zeitersparnissen habe sich die Foffa Conrad AG auf die Preisangaben der Rocca + Hotz AG gestützt und den Preis im Verhältnis zur Offerte der Rocca + Hotz AG erhöht. Allerdings habe die Rocca + Hotz AG daraus keinen Nutzen gezogen. Aus Sicht der Rocca + Hotz AG sei es nicht von Bedeutung gewesen, ob ein Unternehmen mehr oder weniger eine Offerte einreiche.¹⁵¹

B.13.2 Beweiswürdigung

B.13.2.1 Natürlicher (tatsächlicher) Konsens

180. Vorliegend räumten sowohl die Foffa Conrad AG als auch die Rocca + Hotz AG den relevanten Sachverhalt ein. So anerkennen beide Parteien, dass die Rocca + Hotz AG der Foffa Conrad AG vor Ablauf der Eingabefrist ihre Offerte zukommen liess und die Foffa Conrad AG auf deren Grundlage ihre eigene Offerte kalkulierte. Insofern bestreiten sie nicht, dass sie den gemeinsamen Willen zur Angebotskoordination äusserten. Dass sie ihre Angebote koordinieren wollten, offenbart zudem auch der E-Mailverkehr zwischen den beiden Unternehmen betreffend das strittige Bauprojekt. Nachdem die Rocca + Hotz AG der Foffa Conrad AG ihre Offerte zugestellt hatte, liess die Foffa Conrad AG mit E-Mail vom 16. März 2012 der Rocca + Hotz AG ihrerseits die Offertzusammenstellung zukommen. Dabei gab I. ___ bekannt, in welchen Positionen das – auf der Grundlage der Preisangaben der Rocca + Hotz AG kalkulierte – Angebot der Foffa Conrad AG höher bzw. tiefer war als dasjenige der Rocca + Hotz AG.¹⁵² Im Übrigen läuft es im Kontext von Submissionen den üblichen Abläufen und Verhaltensweisen zuwider, wenn ein Unternehmen einem Konkurrenzunternehmen seine Offerte zustellt, namentlich wenn es sich unabhängig von Konkurrenten verhalten will. Damit deckt es seine Absichten zum Eingabeverhalten auf und riskiert, vom Konkurrenzunternehmen in der Ausschreibung unterboten zu werden. Dass die Rocca + Hotz AG der Foffa Conrad AG während der laufenden Ausschreibung ihre Offerte zusandte, ist daher mit typischem Verhalten in Konkurrenzverhältnissen nicht vereinbar. Vielmehr lässt sich dieses nur durch den gemeinsamen Willen zur Koordination der Angebote erklären.

181. Bei dieser Beweislage ist erstellt, dass zwischen der Foffa Conrad AG und Rocca + Hotz AG übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich des Bauprojekts «[...]» zu koordinieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Konkret sollte die Foffa Conrad AG ein höheres Angebot einreichen als die Rocca + Hotz AG. Dies deckt sich mit dem tatsächlichen Bieterverhalten der beiden Unternehmen. So unterbreitete die Foffa Conrad AG der Bauherrschaft effektiv ein höheres Angebot als die Rocca + Hotz AG (vgl. Rz 176 hiavor).

B.13.2.2 Verfolgter Zweck

182. Wie erstellt ist (vgl. Rz 181 hiavor), lag zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG ein Konsens vor, ihre Angebote beim Bauprojekt «[...]» zu koordinieren. Einem Konsens über einen solchen Inhalt ist immanent, dass die Beteiligten darauf zielten, den Wettbewerb unter sich auszuschalten. Die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG sollten sich nicht konkurrenzieren. Vielmehr wollten sie im Einvernehmen darüber entscheiden, bei welchem Unternehmen die Chancen für die Zuschlagserteilung aufrechterhalten werden sollten. Dass die Beteiligten mit ihrem Verhalten ausschliesslich andere Motive verfolgten, ist nicht ersichtlich.

¹⁵¹ Act. IV.026, Zeilen 91–162.

¹⁵² Act. III.C.70.

183. Damit ist erstellt, dass die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei der Ausschreibung des Bauprojekts «[...]» nicht zu konkurrenzieren. Darüber hinaus handelten sie auch mit Täuschungsabsicht (dazu Rz 89 hiervor).

B.13.2.3 Umsetzung und Auswirkungen

184. Aus dem Offertöffnungsprotokoll [...] (vgl. Rz 176 hiervor) ist ersichtlich, dass die Rocca + Hotz AG die Ausführung des Bauprojekts «[...]» zum Preis von CHF [...] und die Foffa Conrad AG zum Preis von CHF [...] offerierten. Damit ist erstellt, dass sie sich an die getroffene Abmachung hielten. Erwiesen ist ebenso, dass sich die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG in Bezug auf das vorliegende Bauprojekt nicht konkurrenzieren.

185. Den Zuschlag erhielt allerdings nicht, wie im internen Verhältnis beabsichtigt, die Rocca + Hotz AG, sondern die [...]. Daneben reichten fünf weitere Unternehmen ein Anbot ein, die sich aber nicht durchsetzen konnten.

B.13.3 Beweisergebnis

186. Nach dem Gesagten ist erwiesen, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG ein Konsens vorlag, ihre Angebote bei der Ausschreibung «[...]» im Jahr 2012 zu koordinieren. Konkret sollte die Foffa Conrad AG ein höheres Angebot einreichen als die Rocca + Hotz AG. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. Ebenso ist erstellt, dass sie sich in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – verhielten und die Foffa Conrad AG der Vergabestelle tatsächlich ein höheres Angebot unterbreitete als die Rocca + Hotz AG. Den Zuschlag erhielt aber nicht, wie im internen Verhältnis beabsichtigt, die Rocca + Hotz AG, sondern die [...], die der Vergabestelle ein tieferes Angebot unterbreitete.

C Erwägungen

C.1 Geltungsbereich

187. Das Kartellgesetz (KG)¹⁵³ 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. 1^{bis} KG). Sämtliche Parteien erfüllen vorliegend die Merkmale privatrechtlicher Unternehmen, womit das Kartellgesetz in persönlicher Hinsicht anwendbar ist.

188. 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). Ob die Parteien Wettbewerbsabreden getroffen haben, wird im Rahmen der materiellen Beurteilung noch im Einzelnen zu prüfen sein (vgl. dazu Rz 194 ff.). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und an dieser Stelle auf deren Wiedergabe verzichtet.

189. Schliesslich fallen die vorliegend zu beurteilenden Handlungen und Verhaltensweisen in den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

C.2 Zuständigkeit der Gesamtkommission der WEKO

190. Die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden bestimmt sich nach Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG und den Vorschriften des GR-WEKO¹⁵⁴. Danach trifft die Gesamtkommission der WEKO die Entscheide, welche nicht ausdrücklich einem anderen Organ oder dem Sekretariat zugewiesen sind.

191. Vorliegend entscheidet die WEKO mittels verfahrensabschliessender Endverfügung darüber, ob gegen die Untersuchungsadressaten wegen Verstoss gegen das Kartellgesetz Massnahmen (Handlungs- und Unterlassungspflichten, Sanktionen) zu erlassen sind. Für eine derartige Entscheidung ist grundsätzlich die Gesamtkommission der WEKO zuständig (Art. 10 Abs. 1 GR-WEKO). Da vorliegend keine Zuständigkeit eines anderen WEKO-Organs gegeben ist (etwa gemäss Art. 19 Abs. 1 Satz 3 KG oder Art. 19 f., 27 ff. GR-WEKO), ist die allgemeine Verfügungskompetenz einschlägig. Zuständig ist vorliegend folglich die Gesamtkommission der WEKO.

C.3 Vorbehaltene Vorschriften

192. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche 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).

193. Im hier zu beurteilenden Markt gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen.

¹⁵³ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

¹⁵⁴ Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission (Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO); SR 251.1.

C.4 Unzulässige Wettbewerbsabreden

C.4.1 Einleitung

194. 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).

195. In den Ausführungen zum Sachverhalt ist die Angebotskoordination zwischen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG bei zehn Hoch- und Tiefbauprojekten in den Jahren 2008 bis 2012 behandelt worden (Rz 20 ff. hiervor). In einem Fall («[...]», [...]) war zusätzlich die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau involviert. Konkret handelt es sich um folgende Bauprojekte:

Bauprojekt	Parteien	Jahr	Bereich	Sachverhalt
«[...]», [...]	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2008	Tiefbau	Rz 41 ff.
«[...]», la Punt Chamues-ch	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2008	Hochbau	Rz 56 ff.
«[...]», [...]	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG P. Lenatti AG	2008	Tiefbau	Rz 70 ff.
«[...]», Zuoz	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2009	Hochbau	Rz 93 ff.
«[...]», S-chanf	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2010	Hochbau	Rz 107 ff.
«[...]», Zuoz	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2011	Tiefbau	Rz 123 ff.
«[...]», [...]	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2011	Tiefbau	Rz 138 ff.
«[...]», Zuoz	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2011	Hochbau	Rz 151 ff.
«[...]», Zuoz	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2011	Hochbau	Rz 163 ff.
«[...]», [...]	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2012	Tiefbau	Rz 175 ff.

196. Basierend auf den entsprechenden Sachverhaltsfeststellungen wird im Folgenden die Zusammenarbeit bei diesen zehn Hoch- und Tiefbauprojekten rechtlich gewürdigt. Soweit dabei in Bezug auf einzelne Rechtsfragen Differenzierungen zwischen einzelnen Bauprojekten notwendig sind, werden diese vorgenommen. Im Übrigen werden die relevanten Rechtsfragen für alle Bauprojekte gemeinsam erörtert.

C.4.2 Wettbewerbsabreden

197. 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). Vorausgesetzt ist zum einen ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken, zum anderen ein Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung.

198. Beweismässig ist bei allen zehn Hoch- und Tiefbauprojekten erstellt, dass zwischen den beteiligten Unternehmen tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bei den betreffenden Ausschreibungen zu koordinieren (*natürlicher Konsens*; Rz 48 ff., 63 ff., 79 ff., 100 ff., 113 ff., 131 ff., 144 f., 155 f., 169 ff. und 180 ff.).

199. Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG in sämtlichen zehn Fällen erfüllt.

200. Die Abreden im Zusammenhang mit den zehn Hoch- und Tiefbauprojekten beinhalteten, das Eingabeverhalten zwischen den Abredeteilnehmern zu koordinieren. Ein solcher Abredeinhalt ist in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Darüber hinaus ist vorliegend – obwohl dies nicht notwendig ist – erwiesen, dass die Abredeteilnehmer mit ihrem Verhalten bei allen zehn Hoch- und Tiefbauprojekten auch in subjektiver Hinsicht bezweckten, sich nicht zu konkurrenzieren (Rz 50 f., 66 f., 88, 103, 120, 135, 146 f., 157 ff., 172 und 182 f.). Somit waren die vorliegenden Abreden nicht nur (objektiv) geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, sondern es bestand auch eine dahingehende Absicht der Abredeteilnehmer.

201. Damit liegen in allen zehn Fällen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

C.4.2.1 Qualifikation als horizontale Preis- und Geschäftspartnerabreden (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)

202. Die Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit den zehn Hoch- und Tiefbauprojekten hatten alle zum Gegenstand, die Angebote der Abredeteilnehmer zu koordinieren. Dies beinhaltete folgende Aspekte:

- Erstens waren die Abredeteilnehmer in allen zehn Fällen Unternehmen der gleichen Marktstufe, nämlich Anbieter von Hoch- und/oder Tiefbauleistungen. Ohne entsprechende Zusammenarbeit hätten sie miteinander im Wettbewerb gestanden. Die betreffenden Vereinbarungen sind daher als horizontale Wettbewerbsabreden zu qualifizieren (Art. 5 Abs. 3 KG).
- Zweitens legten die Abredeteilnehmer fest, bei welchem Unternehmen die Chancen an der Zuschlagserteilung aufrechterhalten werden sollten. Dies hatte unter den Abredeteilnehmern eine Zuordnung von Auftraggebern und Auftraggeberinnen zur Folge. Ein solcher Abredegegenstand erfüllt den Tatbestand der Geschäftspartnerabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG. Eine Ausnahme bildet die Wettbewerbsabrede im Zusammenhang mit den Bauprojekten «[...]» in Zuoz (2011). Hier ist nicht klar, welchem Unternehmen welche Rolle zugeordnet war. Die entsprechende Wettbewerbsabrede lässt sich daher nicht als Geschäftspartnerabrede zu qualifizieren.
- Drittens ging es zwischen den Abredeteilnehmern in sämtlichen zehn Fällen um eine preisliche Abstimmung ihrer Angebote. Typischerweise einigten sie sich auf den Preis des tieferen Angebots, das den Zuschlag erhalten sollte, und kamen überein, dass das andere Unternehmen einen höheren Preis offeriert. Die Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit den zehn einzelnen Bauprojekten sind vor diesem Hintergrund auch als

Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu qualifizieren. Als Preisabrede ist namentlich auch die Wettbewerbsabrede zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG betreffend die Bauprojekte «[...]» zu werten. Diesbezüglich gab es zwischen den Abredeteilnehmern eine preisliche Angebotskoordinierung (vgl. Rz 171 hiervor), ohne aber festzulegen, welches Angebot höher ausfallen sollte. Eine Ausnahme gilt hinsichtlich der Beteiligung der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau an der Wettbewerbsabrede im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», [...]. Bei diesem Bauprojekt bestand zwischen der Rocca + Hotz AG und der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau nur dahingehend eine Übereinkunft, dass die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau ihr Bieterverhalten so gestalten sollte, dass eine mögliche Zuschlagserteilung an die Rocca + Hotz AG nicht gefährdet ist (Rz 85 hiervor). Der Konsens zielte nicht zwingend auf eine preisliche Abstimmung der Angebote, sondern hätte auch durch Angebotsverzicht vollzogen werden können. Insofern erfüllt diese Wettbewerbsabrede nicht den Tatbestand der Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG), sondern lediglich der Geschäftspartnerabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG).

203. Liegen Abreden vor, welche unter die Aufzählung von Art. 5 Abs. 3 KG fallen, so wird für diese Abreden vermutet, dass sie eine wettbewerbsbeseitigende Wirkung haben. In Bezug auf die Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit den zehn einzelnen Hoch- und Tiefbauprojekten greift damit die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs.

204. Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich diese Vermutung widerlegen lässt. Dabei ist zunächst der relevante Markt, auf dem sich die vorliegenden Abreden auswirkten, in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht abzugrenzen (Rz 205 ff. hiernach). Anschliessend ist zu prüfen, ob der auf dem relevanten Markt bzw. den relevanten Märkten trotz des Vorliegens von Wettbewerbsabreden noch verbliebene aktuelle und potenzielle Aussen- sowie Innenwettbewerb die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag. Wie zu zeigen ist, liegt in einem Fall eine Wettbewerbsbeseitigung vor (Rz 210 ff. hiernach). In neun Fällen lässt sich die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs zwar widerlegen, die Abreden hatten aber eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zur Folge (Rz 217 ff. hiernach) und lassen sich nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen (Rz 221 f. hiernach).

C.4.2.2 Relevanter Markt

205. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.¹⁵⁵ Im Vordergrund steht dabei, die (ökonomischen) Wirkungen einer konkret untersuchten Wettbewerbsbeschränkung zu beurteilen.¹⁵⁶ Zudem ist die Bestimmung des relevanten Markts für die Höhe der Sanktion von Bedeutung.

206. Bei den vorliegend zu beurteilenden Wettbewerbsverstössen im Zusammenhang mit einzelnen Bauprojekten bildete die jeweilige Bauherrschaft, welche die Bauleistungen nachgefragt hat, Marktgegenseite der Parteien.

¹⁵⁵ BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Entscheidung der WEKO vom 26.3.2018, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 599, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018).

¹⁵⁶ Exemplarisch OECD, *Market Definition*, DAF/COMP(2012)19, S. 11; RAINER TRAUOGOTT, *Zur Abgrenzung von Märkten*, WuW 1998, 929–939, 929; TILL STEINVORTH, *Probleme der geografischen Marktabgrenzung*, WuW 10/2014, S. 924–937; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert* (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 2 KG N 94; MARCEL MEINHARDT/ASTRID WASER/JUDITH BISCHOF, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert* (Hrsg.), 2010, Art. 10 KG N 40.

207. In sachlicher Hinsicht bezogen sich die zu beurteilenden Wettbewerbsverstösse jeweils auf ein einzelnes Hoch- oder Tiefbauprojekt. Die sachlich relevanten Märkte umfassen daher die jeweiligen Bauleistungen im Zusammenhang mit den betreffenden Bauprojekten.

208. Die betreffenden Bauprojekte waren naturgemäss an den Ort der Ausführung gebunden. 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.

209. Vorliegend sind Hoch- und Tiefbauprojekte mit kleinem oder mittelgrossem Bauvolumen im Oberengadin zu beurteilen. Aufgrund der Projektgrössen und der geographischen Gegebenheiten (Alpenpässe, Distanzen, fehlende Schnellstrassen) des Oberengadins ist davon auszugehen, dass in den meisten Fällen primär lokal tätige Bauunternehmen eine wirtschaftliche Offerte einreichen konnten. Tatsächlich haben in den zu beurteilenden Fällen ausnahmslos Unternehmen aus dem Engadin eine Offerte eingereicht. Aus diesem Grund bilden vorliegend das Engadin sowie allenfalls angrenzende Gebiete den räumlich relevanten Markt.

C.4.2.3 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs in einem Fall

210. Nachfolgend ist zu beurteilen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb diszipliniert worden sind, d.h., ob sie überhaupt über die Möglichkeit verfügten, die Preise zu erhöhen, die Mengen zu reduzieren, die Qualitäten zu senken oder die Innovation zu verzögern; kurz, ob sie volkswirtschaftliche oder soziale Schäden verursachen konnten. Ebenso ist zu prüfen, ob allenfalls verbleibender Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umzustossen vermag.

211. In Bezug auf den Innenwettbewerb ist Folgendes festzuhalten: Die getroffenen Abreden beinhalteten in acht Fällen, unter den Abredeteilnehmern durch koordinierte Angebotspreise den designierten Zuschlagsempfänger bzw. die designierte Zuschlagsempfängerin zu bestimmen. Damit zielten die Abredeteilnehmer darauf, sämtliche möglichen Aspekte des Wettbewerbs untereinander auszuschliessen. Bei den Bauprojekten «[...]» stimmten die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG zwar ebenfalls ihre Angebote in preislicher Hinsicht ab. Allerdings ist unklar, ob bzw. bei welchem Unternehmen hierdurch die Chancen auf die Zuschlagserteilung hätten aufrechterhalten werden sollen (vgl. Rz 171 hiavor). Daher kann aufgrund der Abrede keine vollständige Verhinderung des Innenwettbewerbs angenommen werden.

212. Sodann ist in allen zehn Fällen erwiesen, dass sich die Abredeteilnehmer an die getroffenen Abmachungen hielten. Dadurch entfiel zwischen ihnen jeglicher Innenwettbewerb; bei den Bauprojekten «[...]» hemmte die Angebotskoordination den Innenwettbewerb zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG zumindest weitgehend. Selbst wenn nicht von den Abreden betroffene Wettbewerbsparameter vorhanden gewesen wären, wäre das Spektrum der verbleibenden Wettbewerbskräfte nicht ausreichend gewesen, um die Beseitigungsvermutung umzustossen. Bei der Vergabe von Hoch- und Tiefbauleistungen im Oberengadin bildete der Preis die zentrale Wettbewerbsdimension. Dies zeigt sich auch daran, dass sich in den untersuchten Fällen jeweils dasjenige Unternehmen mit dem tiefsten Angebot durchgesetzt hat. Im Übrigen hielt die WEKO bereits in mehreren Entscheiden fest, dass bei Submissionsabreden typischerweise keine weiteren – nicht von der Abrede erfassten – Wettbewerbsparameter bestehen, die einen wirksamen Rest- oder Teilwettbewerb ermöglichen.¹⁵⁷ Diese Auffassung bestätigte das Bundesverwaltungsgericht im Fall *Strassenbeläge Tessin*. Nicht-preisliche Wettbewerbsparameter wie Ausführungsfristen, die Qualität der Leistungen oder die

¹⁵⁷ RPW 2009/3, 196 Rz 96, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2012/2, 270, Rz 1030 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

Betriebskosten seien unwesentlich, da diese Kriterien im Wesentlichen bereits vorgängig durch den Bauherrn in den Ausschreibungsunterlagen vorgegeben würden. Massgebend sei vielmehr der Angebotspreis.¹⁵⁸ Die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts lässt sich je nach Umständen zwar nicht zum Vornherein auf sämtliche Hoch- und Tiefbauleistungen übertragen. Jedoch bildet der Preis bei Ausschreibungen oftmals den zentralen Zuschlagsfaktor. So erachteten die Parteien es auch in den vorliegenden Bauprojekten als ausreichend, den Preis abzusprechen, um die Projektzuteilung im internen Verhältnis zu regeln.

213. Aus diesen Gründen ist zu schliessen, dass in keinem der Fälle die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs infolge des Innenwettbewerbs widerlegt wird.

214. Im Folgenden ist nun der tatsächliche und potenzielle Aussenwettbewerb bei den betreffenden Ausschreibungen zu würdigen. Dabei ist zwischen den einzelnen Projekten wie folgt zu differenzieren:

- Beim «[...]», la Punt Chamues-ch, waren mit der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG alle offerierenden Bauunternehmen an der Abrede beteiligt. Das Bauprojekt wurde durch eine private Bauherrschaft vergeben. Aussenwettbewerb (aktueller oder potenzieller) konnte daher ausschliesslich durch zur Offertabgabe eingeladene bzw. angefragte Bauunternehmen entstehen. Den Angaben der Bauherrschaft zufolge (vgl. Rz 62 hier vor) wurden keine weiteren Unternehmen eingeladen. Eine disziplinierende Wirkung von aktuellen oder potenziellen Wettbewerbern ist somit nicht anzunehmen. Eine Widerlegung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung aufgrund von Aussenwettbewerb kommt bei dieser Sachlage nicht in Betracht.
- In den Fällen «[...]», [...], «[...]», Zuoz, und «[...]», S-chanf, konnten die Abredeteilnehmer den Zuschlag durch die Angebotskoordination ebenfalls erfolgreich steuern. Allerdings gab es in diesen Fällen neben den beiden Abredeteilnehmern jeweils zumindest ein weiteres Unternehmen, das eine Offerte einreichte. Im Fall «[...]», S-chanf, reichten neben den Abredeteilnehmern die [...] und die [...] ein Angebot ein. Beim Bauprojekt «[...]» ist zugunsten der Parteien anzunehmen, dass die [...] mitofferte (vgl. Rz 54 hiervor). Beim Bauprojekt «[...]» ist aufgrund der Auskünfte der Bauherrschaft erstellt, dass ein nicht an der Abrede beteiligtes Unternehmen ein Angebot unterbreitete. Allerdings ist unklar, um welches Unternehmen es sich hierbei handelte (vgl. Rz 104 hiervor). Dass die betreffenden Unternehmen in Bezug auf die zu beurteilenden Bauprojekte nicht als starke Aussenwettbewerber (z.B. aufgrund ihres Standorts oder ihrer strategischen Ausrichtung bzw. aufgrund fehlender Kapazitäten oder Referenzobjekte) zu bewerten sind, ist nicht ersichtlich. So hat etwa die [...] bei mehreren der zu beurteilenden Projekte durchaus deutlich tiefer offeriert als die abredeteiligten Unternehmen. Insofern ist anzunehmen, dass von den Aussenwettbewerbern, namentlich der [...], eine gewisse disziplinierende Wirkung ausging. Eine wettbewerbsbeseitigende Wirkung der Abreden kann bei dieser Sachlage nicht bejaht werden. Vielmehr ist die Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG in den Fällen «[...]», «[...]» und «[...]» als widerlegt zu betrachten.
- Bei den Bauprojekten «[...]», [...], «[...]», Zuoz, «[...]», [...], «[...]», Zuoz, «[...]», Zuoz, und «[...]», [...], erhielt jeweils ein Aussenwettbewerber den Zuschlag. Zwar erfüllte die Abrede zumindest teilweise ihren Zweck, nämlich, dass sich die Abredeteilnehmer im Innenverhältnis nicht konkurrenzieren. Dass sich aber letztlich ein Drittunternehmen durchsetzen konnte, zeigt, dass der Aussenwettbewerb hinreichend war, um eine wettbewerbsbeseitigende Wirkung der Abrede zu verhindern. Die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung ist daher auch in diesen sechs Fällen widerlegt.

215. Nach dem Gesagten kann die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei der Wettbewerbsabrede im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», la Punt Chamues-ch,

¹⁵⁸ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 368 E. 9.2.2., *Strassenbeläge Tessin*.

nicht widerlegt werden. In diesem Fall erübrigt sich zu prüfen, ob die Wettbewerbsabrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Wettbewerbsabreden, die den beteiligten Unternehmen Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen, sind einer Effizienzprüfung nicht zugänglich (Art. 5 Abs. 1 KG). Damit handelt sich bei der Wettbewerbsabrede im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]» um eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG.

216. Dagegen wird die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG in den übrigen neun Fällen widerlegt. Im Folgenden ist zu prüfen, ob in diesen Fällen eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 1 KG) gegeben ist (Rz 217 ff. hiernach).

C.4.2.4 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs in neun Fällen

217. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

218. Das Bundesgericht hat im Gaba-Urteil festgehalten, dass das Kriterium der Erheblichkeit eine Bagatellklausel ist. Die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten besonders schädlichen Abreden erfüllen grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG.¹⁵⁹ Dies gilt ohne Bezug auf einen Markt bzw. ungeachtet einer Marktabgrenzung.¹⁶⁰ Mit anderen Worten sind solche Wettbewerbsabreden grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich.¹⁶¹ Es ist nicht erforderlich, dass sich die betreffenden Abreden tatsächlich negativ auf den Wettbewerb ausgewirkt haben. Es genügt, dass sie den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können.¹⁶²

219. Den Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit den betreffenden neun Bauprojekten waren ein nicht unbedeutendes Schädigungspotenzial immanent. In den Worten des Bundesverwaltungsgerichts haben Angebotskoordinierungen zur Folge, dass der Vergabewettbewerb durch die verdeckte und treuwidrige Kooperation mit einem Konkurrenten grundlegend verfälscht und das zentrale Ziel einer unbeeinflussten Wahlmöglichkeit durch die ausschreibende Stelle vereitelt wird.¹⁶³ Als horizontale Geschäftspartner- und/oder Preisabreden (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG; vgl. Rz 202) betrafen die vorliegenden Wettbewerbsabreden zentrale Wettbewerbsparameter. Zudem wurden sie in allen neun Fällen umgesetzt. Damit entfiel zwischen den jeweiligen Abredeteilnehmern jeglicher Innenwettbewerb; bei den Bauprojekten «[...]» wurde der Innenwettbewerb zwischen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG infolge der Wettbewerbsabrede zumindest weitgehend verhindert. In den Fällen «[...]», [...], «[...]i», Zuoz, und «[...]», S-chanf, erhielt mit der Rocca + Hotz AG gar dasjenige Unternehmen den Zuschlag, das von den Abredeteilnehmern hierfür vorgesehen war.

¹⁵⁹ BGE 143 II 297, 324 E. 5.1, *Gaba*; bestätigt in Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, *BMW*; zuletzt: Entscheid der WEKO vom 2.10.2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*, Rz 131, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018);

¹⁶⁰ BGE 143 II 297, 324 E. 5.5, *Gaba*.

¹⁶¹ 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*; zuletzt: Entscheid der WEKO vom 2.10.2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*, Rz 131, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018).

¹⁶² 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*. zuletzt: Entscheid der WEKO vom 2.10.2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*, Rz 131, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018).

¹⁶³ Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25.6.2018, E. 8.3.3.

220. Vorliegend sind keine Elemente ersichtlich, welche auf eine Ausnahme von der grundsätzlichen Erheblichkeit der Wettbewerbsabreden hinweisen würden. Sie stellen somit erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar.

C.4.2.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

221. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

- notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen (Bst. a); und
- den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Bst. b).

222. Rechtfertigungsgründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) sind bei den Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit den Bauprojekten «[...]», «[...]», «[...]», «[...]», «[...]», «[...]», «[...]», «[...]» und «[...]» nicht ersichtlich und wurden von den Parteien auch nicht vorgebracht. Die Wettbewerbsabreden in diesen neun Fällen stellen daher ebenfalls unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar.

C.4.2.6 Zwischenergebnis

223. Zusammenfassend ist Folgendes festzuhalten:

- Bei den zehn zu beurteilenden einzelnen Bauprojekten (vgl. die Übersicht in Rz 195) lagen zwischen den jeweils beteiligten Unternehmen tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen vor, ihre Angebote bei den betreffenden Ausschreibungen zu koordinieren (*natürlicher Konsens*). Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG in allen zehn Fällen erfüllt. Ein solcher Abredeinhalt ist in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Zudem bezweckten die Abredeteilnehmer vorliegend tatsächlich, sich bei den betreffenden Ausschreibungen nicht zu konkurrenzieren.
- Die Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit den zehn einzelnen Bauprojekten sind als horizontale Geschäftspartner- und/oder Preisabreden zu werten. Als solche erfüllen sie den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und/oder Bst. c KG. Damit greift gemäss Art. 5 Abs. 3 KG die Vermutung, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt ist.
- In Bezug auf das Bauprojekt «[...]» lag kein hinreichender Aussen- oder Innenwettbewerb auf dem relevanten Markt vor, der wirksamen Wettbewerb hätte gewährleisten können. Die Wettbewerbsabrede im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt stellt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar.
- In den Fällen «[...]», «[...]», «[...]», «[...]», «[...]», «[...]», «[...]», «[...]» und «[...]» lässt sich die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zwar widerlegen. Allerdings handelt es sich nicht um Bagatelldfälle. Die betreffenden Abreden sind daher als erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG zu werten. Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG sind nicht ersichtlich und wurden auch nicht vorgebracht. Die Abreden im Zusammenhang mit diesen neun Bauprojekten stellen ebenfalls unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar.

224. Die nachfolgende Übersicht listet die begangenen Wettbewerbsverstöße und die daran beteiligten Unternehmen auf. Zudem wird summarisch festgehalten, wie die einzelnen Wettbewerbsverstöße rechtlich zu qualifizieren sind.

Wettbewerbsverstoss	Beteiligte Parteien	Qualifikation	Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung / Erheblichkeit / Rechtfertigung
«[...]», [...] (2008)	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	Beseitigungsvermutung widerlegt; erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs; keine Rechtfertigung
«[...]», la Punt Chamues-ch (2008)	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	Wettbewerbsbeseitigung
«[...]», [...] (2008)	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG P. Lenatti AG	Geschäftspartner- und Preisabrede zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG); Geschäftspartnerabrede zwischen der Rocca + Hotz AG und P. Lenatti, Hoch- und Tiefbau (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG)	Beseitigungsvermutung widerlegt; erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs; keine Rechtfertigung
«[...]», Zuoz (2009)	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	Beseitigungsvermutung widerlegt; erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs; keine Rechtfertigung
«[...]», S-chanf (2010)	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	Beseitigungsvermutung widerlegt; erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs; keine Rechtfertigung
«[...]», Zuoz (2011)	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	Beseitigungsvermutung widerlegt; erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs; keine Rechtfertigung
«[...]», [...] (2011)	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	Beseitigungsvermutung widerlegt; erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs; keine Rechtfertigung

[...]», Zuoz (2011)	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	Beseitigungsvermutung widerlegt; erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs; keine Rechtfertigung
«[...]», Zuoz (2011)	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG)	Beseitigungsvermutung widerlegt; erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs; keine Rechtfertigung
«[...]»,[...] (2012)	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	Beseitigungsvermutung widerlegt; erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs; keine Rechtfertigung

D Massnahmen

225. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn sind sowohl Anordnungen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. Rz 226 ff.) als auch monetäre Sanktionen (vgl. Rz 231 ff.).

D.1.1 Anordnung von Massnahmen

226. 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.¹⁶⁴

227. Aus den Erwägungen ergibt sich, dass sich sämtliche Verfahrensparteien an einer oder mehreren unzulässigen Wettbewerbsabreden im Bereich Hoch- und Tiefbauleistungen im Oberengadin beteiligt haben (Rz 194 ff.). Sie sind zu einem Verhalten zu verpflichten, bei welchem vergleichbare Wettbewerbsbeschränkungen verhindert werden und nicht mehr drohen.

228. Konkret ist den Untersuchungsadressaten zu untersagen:

- Konkurrenten und Konkurrentinnen im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;
- sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten und Konkurrentinnen vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Kundinnen und Gebieten auszutauschen. Davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit:
 - der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE); sowie
 - der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.

229. Diese Anordnungen umschreiben die Verpflichtungen der Verfahrensparteien, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Zudem stehen sie in unmittelbarem Zusammenhang zu den von ihnen begangenen unzulässigen Verhaltensweisen 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.

230. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen diese Anordnungen 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 Dispositiv verzichtet werden kann.¹⁶⁵

¹⁶⁴ RPW 2015/2, 235 Rz 267, *Tunnelreinigung*; zum Ganzen sodann auch RPW 2013/4, 643 ff. Rz 1028 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2017/3, 453 Rz 253, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*.

¹⁶⁵ 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*.

D.1.2 Sanktionierung

D.1.2.1 Allgemeines

231. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Art. 49a ff. KG vorgesehenen Verwaltungssanktionen – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.¹⁶⁶ Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.¹⁶⁷

232. Aufgrund der Sanktionierbarkeit handelt es sich beim Kartellverfahren um ein Administrativverfahren mit strafrechtsähnlichem Charakter, nicht jedoch um reines Strafrecht. Die entsprechenden Garantien von Art. 6 und 7 EMRK und Art. 30 bzw. 32 BV sind demnach grundsätzlich im gesamten Verfahren anwendbar; über deren Tragweite ist jeweils bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden.¹⁶⁸

D.1.2.2 Voraussetzungen

D.1.2.2.1 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

233. Die Belastung der Verfahrensparteien mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt haben. Danach wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Daraus ergeben sich folgende Strafbarkeitsvoraussetzungen:

- Es müssen unzulässige Verhaltensweisen im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG vorliegen (Rz 234);
- Die unzulässige Verhaltensweisen müssen von einem Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes begangen worden sein (Rz 235 ff.).

D.1.2.2.2 Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG

234. Die festgestellten Verhaltensweisen (vgl. die Übersicht unter Rz 224) verstossen gegen Art. 5 Abs. 3 Bst. a und/oder Bst. c KG. Damit liegen in allen Fällen unzulässige Verhaltensweisen im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG vor. Nicht massgebend für die Frage der Sanktionierbarkeit ist, ob die unzulässigen Abreden zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs oder zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs geführt haben.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Botschaft vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBI 2002 2022, insb. 2023, 2033 ff. und 2041; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92.

¹⁶⁷ BBI 2002 2022, 2034.

¹⁶⁸ BGE 139 I 72, 78 ff. E. 2.2.2 (= RPW 2013/1, 118 E. 2.2.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 798 ff. E. 14, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 835 ff. E. 12, *Gebro/WEKO*.

¹⁶⁹ BGE 143 II 297, 337 ff. E. 9.

D.1.2.2.3 Unternehmen

235. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem «Unternehmen» begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG abgestellt.¹⁷⁰

236. Sämtliche Parteien, die sich an einer oder mehreren der festgestellten unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt haben (vgl. die Übersicht unter Rz 224), waren zum Tatzeitpunkt Trägerinnen eines Unternehmens im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG (vgl. Rz 187).

D.1.2.2.4 Vorwerfbarkeit

237. Das Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit stellt gemäss Rechtsprechung das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar.¹⁷¹ Massgebend für das Vorliegen von Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit ist gemäss dieser Rechtsprechung ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden, an dessen Vorliegen jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind.

238. Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben. Nur in seltenen Fällen wird keine Vorwerfbarkeit vorliegen; so möglicherweise wenn der durch einen Mitarbeitenden ohne Organstellung begangene Kartellrechtsverstoss innerhalb des Unternehmens nicht bekannt war und auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.¹⁷² Ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. Organisationsverschulden liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt oder weiterführt, obwohl es sich bewusst ist oder sein müsste, dass das Verhalten möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.¹⁷³

239. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen handelten und die kartellrechtswidrigen Wettbewerbsabreden trafen, taten dies wissentlich und nahmen deren wettbewerbsbeseitigende bzw. wettbewerbsbeschränkende Wirkung zumindest in Kauf, handelten diesbezüglich also zumindest eventualvorsätzlich. Sodann ist festzuhalten, dass die handelnden natürlichen Personen für die jeweiligen Unternehmen entweder zeichnungsberechtigt waren oder jeweils mindestens dem mittleren oder oberen Kader bzw. der Geschäftsleitung angehörten. Ihr (Eventual-)Vorsatz bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen ist daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen.

¹⁷⁰ RPW 2017/3, 454 Rz 260, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; Entscheid der WEKO vom 26.3.2018, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 733, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018).

¹⁷¹ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*. Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung hinsichtlich Vorwerfbarkeit: RPW 2006/1, 169 ff. Rz 197 ff., *Flughafen Zürich AG (Unique)*; Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 672 E. 4.2.6, *Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO*; RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, *SIX/DCC*; RPW 2007/2, 232 ff. Rz 306 ff., insb. Rz 308 und 314, *Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 803 E. 14.3.5, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 840 E. 13.2.5, *Gebro/WEKO*.

¹⁷² RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., *SIX/DCC*.

¹⁷³ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

240. Anderweitige Gründe, welche dagegen sprechen würden, dass den Unternehmen die fraglichen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen vorgeworfen werden können, sind nicht ersichtlich und werden von den Parteien auch nicht vorgebracht. So dürfen das Kartellgesetz resp. dessen grundlegende Normen für Unternehmen (als dessen Adressaten) als bekannt vorausgesetzt werden.¹⁷⁴ Die Unternehmen müssen alles Zumutbare vorkehren, um sicherzustellen, dass die Vorgaben des Kartellgesetzes eingehalten werden. Dass die Parteien vorliegend angemessene und wirksame organisatorische Massnahmen zur Verhinderung der getroffenen Wettbewerbsabreden getroffen hätten, ist nicht ersichtlich.

D.1.2.2.5 Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht

241. Die Sanktionierung ist gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ausgeschlossen, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist. Für die Prüfung dieser fünfjährigen Frist ist im Einzelfall die gesamte Dauer des Kartells miteinzubeziehen.

242. Die vorliegenden Wettbewerbsabreden wurden zwischen 2008 und 2012 getroffen. Die vorliegende Untersuchung wurde im Oktober 2012 eröffnet. Allerdings bezog sich der damalige Untersuchungsgegenstand auf «Wettbewerbsbeschränkungen im Unterengadin». Die vorliegend strittigen Projekte liegen im Oberengadin und waren somit vom damaligen Untersuchungsgegenstand nicht erfasst. Am 22. April 2013 dehnten die Wettbewerbsbehörden die Untersuchung auf den gesamten Kanton Graubünden aus. Die Ausdehnung wurde im Schweizerischen Handelsblatt publiziert.¹⁷⁵ Mit der kantonsweiten Ausdehnung wurden auch allfällige Wettbewerbsabreden bezüglich einzelner Hoch- und Tiefbauprojekte im Oberengadin in den Untersuchungsgegenstand einbezogen. Stichdatum für die fünfjährige Frist gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ist somit der 22. April 2008.

243. Vorliegend erfolgten die massgeblichen Tathandlungen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG bei zwei der zehn unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vor dem 22. April 2008, nämlich in Bezug auf die Bauprojekte «[...]», [...] (Februar 2008), und «[...]», la Punt Chamues-ch (März 2008). Bei diesen Bauprojekten übersteigt die Dauer zwischen der Ausübung der Wettbewerbsbeschränkung und der Untersuchungseröffnung – konkret der Verfahrensausdehnung vom 22. April 2013 – fünf Jahre. Für diese beiden Verstösse entfällt damit gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG die Sanktionierungsmöglichkeit.¹⁷⁶

244. Für die übrigen acht Wettbewerbsverstösse ist die Frist für die Sanktionierbarkeit gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG mit der Ausdehnung vom 22. April 2013 grundsätzlich gewahrt. Dies betrifft jedenfalls die Foffa Conrad AG, gegen welche die Untersuchung von Anfang an geführt worden ist. Allerdings wurde das vorliegende Verfahren erst am 23. November 2015 gegen die Rocca + Hotz AG, P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau und Broggi Lenatti AG ausgedehnt (vgl. Rz 12 hiervor). Damit stellt sich die Frage, ob auch hinsichtlich dieser Untersuchungsadressaten die Frist für die Sanktionierbarkeit bei allen übrigen acht Verstössen gewahrt ist.

¹⁷⁴ Siehe statt anderer etwa RPW 2011/1, 190 Rz 558 m.w.H. *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; vgl. auch Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18.6.2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PubIG; SR 170.512).

¹⁷⁵ SHAB vom 28.05.2013 [siehe auch Act. I.080 (22-0433)].

¹⁷⁶ Vgl. auch RPW 2013/4, 591 Rz 801, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

245. Wie die WEKO in der Vergangenheit festgehalten hat, ist die Vorschrift von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG nicht «unternehmensbezogen», sondern «tatbezogen» zu verstehen.¹⁷⁷ Mit hin ist die Sanktionierung eines Unternehmens nur dann ausgeschlossen, wenn die Untersuchung als solche über fünf Jahre nach Einstellung des KG-Verstosses eingeleitet wird, unabhängig davon, ob sich die Untersuchung von Anfang an gegen das betreffende Unternehmen richtete oder nicht. Für eine solche tatbezogene Auslegung spricht zunächst der Wortlaut der Bestimmung. Denn Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ist tatbezogen formuliert («Die Belastung entfällt, wenn die Wettbewerbsbeschränkung...»). Eine «unternehmensbezogene» Auslegung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG liefe sodann dem Sinn und Zweck der Norm zuwider. Den Wettbewerbsbehörden sind bei Eröffnung einer Untersuchung oftmals nicht alle an einem Wettbewerbsverstoss beteiligten Unternehmen bekannt. Häufig erweist sich erst im Laufe der Untersuchung, dass weitere Unternehmen am möglichen Wettbewerbsverstoss beteiligt sind. Wäre die Norm unternehmensbezogen zu verstehen, müssten die Wettbewerbsbehörden die Untersuchung vorsorglich gegen sämtliche theoretisch denkbaren Beteiligten eröffnen, damit die Sanktionierbarkeit nicht entfällt. Hierdurch wäre zum einen die Durchführung der entsprechenden Untersuchung erschwert. Zudem läge eine solche «breite» Untersuchungseröffnung nicht im Interesse der Unternehmen.

246. Keine Hinweise für die Bedeutung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ergeben sich aus den Gesetzesmaterialien und der Gesetzessystematik. Damit ist auf das Ergebnis der grammatischen und teleologischen Auslegung abzustellen. Im Einklang mit diesen Auslegungskriterien ist die Vorschrift somit «tatbezogen» zu verstehen.

247. Nach dem Gesagten steht der Sanktionierung aller übrigen acht Kartellrechtsverstösse in zeitlicher Hinsicht auch in Bezug auf die Rocca + Hotz AG, P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau und Broggi Lenatti AG nichts entgegen. Für die betreffenden Verstösse sind sämtliche Voraussetzungen für eine Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt. Nicht zu sanktionieren sind einzig die Verstösse im Zusammenhang mit den Bauprojekten «[...]», [...], und «[...]», la Punt Chamues-ch.

248. Daran vermögen auch die Vorbringen der Rocca + Hotz AG nichts zu ändern. Konkret vertritt sie den Standpunkt, dass im Hinblick auf eine Sanktionierung der Rocca + Hotz AG erst auf den Zeitpunkt der Untersuchungsausdehnung gegen sie vom 23. November 2015 abgestützt werden könne. Auch bei den Projekten «[...]», [...] (2008), «[...]», Zuoz (2009), und «[...]», S-chanf (2010), sei die 5-jährige Verwirkungsfrist seit der Ausübung bzw. Beendigung des relevanten Verhaltens abgelaufen.¹⁷⁸ Wie gezeigt worden ist (Rz 245 hiervor), ist die Bestimmung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG nicht unternehmensbezogen, sondern tatbezogen auszulegen. Massgebend für die fünfjährige Frist ist somit der Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bzw. vorliegend der räumlichen Verfahrensausdehnung auf den gesamten Kanton Graubünden vom 22. April 2013. Auch die von der Rocca + Hotz AG gerügte Verletzung des Anklage- bzw. Akkusationsprinzips ist unbegründet. Mit den Vorwürfen gegen sie wurde die Rocca + Hotz AG an den Einvernahmen vom 29. Oktober 2015 und 14. März 2016 sowie mit der Mitteilung der Verfahrensausdehnung vom 23. November 2015, spätestens aber mit dem Antrag des Sekretariats vom 10. Januar 2019 hinreichend konfrontiert. Dazu konnte sie schriftlich Stellung nehmen. Zudem hatte sie an der Anhörung vom 13. Mai 2019 die Gelegenheit, ihren Standpunkt mündlich der WEKO vorzutragen.

¹⁷⁷ Entscheidung der WEKO vom 2.10.2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin IV*, Rz 122 ff., sowie Entscheidung der WEKO vom 2.10.2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*, Rz 146 ff., beide abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018).

¹⁷⁸ Act. 93 (22-0459), Rz 171 ff.

249. Nicht zu folgen ist weiter dem Einwand der Rocca + Hotz AG¹⁷⁹, dass die lange Verfahrensdauer der Sanktionierung entgegenstehe. Dabei ist der besondere Kontext der Untersuchung zu berücksichtigen. Das vorliegende Verfahren hat seinen Ursprung in der Untersuchung «Bauleistungen Unterengadin», welche am 30. Oktober 2012 gegen 17 im Unterengadin tätige Unternehmen eröffnet worden ist. Aufgrund erster Ermittlungsergebnisse dehnten die Wettbewerbsbehörden die Untersuchung am 22. April 2013 auf den gesamten Kanton Graubünden (insbesondere das Oberengadin) und sieben weitere Unternehmen aus. Die Untersuchung wurde im November 2015 auf weitere Unternehmen ausgedehnt und anschliessend aus prozessökonomischen Gründen in zehn Untersuchungen aufgeteilt (vgl. zur Verfahrensgeschichte Rz 6 ff. hiervor). Die Verfahrenstrennung erlaubte es der WEKO, die einzelnen Verfahren gestaffelt abzuschliessen. Eine erste Untersuchung schloss die WEKO mit Entscheid vom 10. Juli 2017 ab. Sie stellte rechtskräftig fest, dass Hoch- und Tiefbauunternehmen im Münstertal (GR) zwischen 2004 und 2012 mehr als hundert Ausschreibungen abgesprochen hatten. Sechs weitere Entscheide über Submissionsabreden im Hoch- und Tiefbau im Engadin fällte die WEKO am 2. Oktober 2017 («Engadin III–VIII»). Am 26. März 2018 folgte der Entscheid im Verfahren Engadin I, der eine Vielzahl von unterschiedlich gelagerten Submissionsabreden und unzulässigen Kooperationsformen im Unterengadin zum Gegenstand hatte. Noch ausstehend ist der Abschluss der Untersuchung «Strassenbau», die im Wesentlichen allfällige systematische Abreden im Bereich Strassenbau im ganzen Kanton Graubünden betrifft. Art und Umfang der in diesen zusammenhängenden Verfahren durchzuführenden Untersuchungshandlungen und Ermittlungsmassnahmen, die angesichts des Aktenaufwands anspruchsvolle Geschäftsbereinigung und Durchführung der Akteneinsicht sowie die Vielzahl der zu beurteilenden Verhaltensweisen und involvierter Unternehmen nahmen Zeit in Anspruch. Auch im vorliegenden Verfahren sind immerhin zehn Wettbewerbsverstösse zu behandeln. Perioden von Untätigkeit sind keine zu verzeichnen. Eine Verfahrensdauer von sechs Jahren (ab Ausdehnung des Verfahrens auf das Oberengadin im April 2013) ist bei diesen besonderen Umständen nicht unangemessen.¹⁸⁰

D.1.2.3 Zurechenbarkeit der Wettbewerbsverstösse

250. Im Folgenden ist zu beurteilen, inwiefern die begangenen Wettbewerbsverstösse den Verfahrensparteien zugerechnet werden können. Massgebend ist dabei die Unternehmens-trägerschaft, das heisst, welche juristischen oder natürliche Personen oder Rechtsgemeinschaften (z.B. Kollektivgesellschaft) Trägerinnen der fehlbaren Unternehmen waren bzw. sind. Soweit die Verfahrensparteien sowohl zum Tatzeitpunkt als auch aktuell Trägerinnen der fehlbaren Unternehmen waren bzw. sind, wirft die Zurechnung der Wettbewerbsverstösse keine spezifischen Fragen auf. Die Verfahrensparteien sind für diejenigen Verstösse zu sanktionieren, die von den von ihnen getragenen Unternehmen begangen worden sind.

251. Besonders zu prüfen ist die Zurechenbarkeit hingegen in Konstellationen, in denen die Unternehmensträgerschaft während oder nach der Tatbegehung geändert hat, namentlich im Zuge von Umstrukturierungen. Dies betrifft vorliegend das Verhältnis zwischen der Broggi Lenatti AG und der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau. So wurde die Tätigkeit der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau, sowie Hohenegger & Broggi AG, Bergün/Bravuogn, im Bereich Hoch- und Tiefbau per 29. April 2014 auf die Broggi Lenatti AG überführt.

252. Wie die WEKO in der Vergangenheit bereits festgehalten hat¹⁸¹, ist ein Wettbewerbsverstoss nicht nur bei eigentlicher Rechtsnachfolge (z.B. infolge Fusion) der neuen Unternehmensträgerin zuzurechnen, sondern auch in Fällen, in denen ein bestehendes Unternehmen

¹⁷⁹ Act. 93 (22-0459), Rz 177 f.

¹⁸⁰ Zum Ganzen auch Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1644 ff.

¹⁸¹ Vgl. RPW 2017/3, 454 Rz 261 ff., *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*, den Entscheid der WEKO vom 26.3.2018, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 746 ff., sowie den Entscheid

bloss wirtschaftlich betrachtet unter neuer Trägerschaft fortgeführt wird (Unternehmenskontinuität), etwa im Rahmen eines «Asset Deals». Gleiches wird im Übrigen auch in der Literatur zum Unternehmensstrafrecht postuliert.¹⁸²

253. Massgebend ist die Unterscheidung zwischen Unternehmen und Unternehmensträger. Hiervon sind sowohl die Bestimmungen zum Geltungsbereich des Kartellgesetzes in Art. 2 KG als auch diejenigen zu den Verwaltungssanktionen nach Art. 49a ff. KG geprägt. Das «Unternehmen» im Sinne des Kartellgesetzes ist als wirtschaftliche Einheit zu verstehen, etwa als Zusammenfassung von personellen, sachlichen und finanziellen Ressourcen, mit denen sich die Einheit als Produzentin von Gütern oder Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligt. Die Betrachtung ist funktional. Dagegen handelt es sich beim «Unternehmensträger» um diejenige Organisationseinheit, die aus der Unternehmenstätigkeit berechtigt und verpflichtet wird. Die Betrachtung ist juristisch. Aus der Unterscheidung zwischen Unternehmen und Unternehmensträger in der Ordnung des Kartellgesetzes ergeben sich folgende Implikationen: Normadressat der Vorschriften des Kartellgesetzes bildet das Unternehmen als wirtschaftliches Gefüge.¹⁸³ Verstösse gegen das Kartellgesetz gehen vom Unternehmen aus. Auch eine allfällige Sanktion hierfür soll das Unternehmen treffen. Entsprechend ist die Bestimmung von Art. 49a KG formuliert. Danach wird das «Unternehmen» und nicht etwa der Rechtsträger für unzulässiges Verhalten sanktioniert. Allerdings ist zu beachten, dass dem Unternehmen selber keine Rechte und Pflichten auferlegt werden können. Seine Tat muss daher einem Unternehmensträger zugerechnet werden, dem gegenüber alsdann auch die entsprechenden kartellrechtlichen Massnahmen, namentlich die Sanktion, anzuordnen sind. Dies gilt auch bei Umstrukturierungen, bei denen das Unternehmen unter neuer Trägerschaft fortgeführt wird. Obwohl die Sanktion wirtschaftlich das fehlbare Unternehmen treffen soll, ist sie formell dem (ggf. neuen) Unternehmensträger aufzuerlegen. Damit steht die Prüfung der wirtschaftlichen Kontinuität im Kontext der Zurechenbarkeit von Zuwiderhandlungen im Einklang mit Art. 49a KG. Ein Verstoß gegen das Legalitätsprinzip bzw. den Grundsatz *nulla poena sine lege* liegt nicht vor.

254. Die Zurechnung von Kartellrechtsverstössen an eine neue Unternehmensträgerin verstösst vor diesem Hintergrund auch nicht gegen das Schuldprinzip. Das «schuldige» Unternehmen besteht bei Unternehmenskontinuität fort und wird – auf dem Weg der Zurechnung seines Verhaltens an die neue Unternehmensträgerin – gebüsst. Dies deckt sich mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts im Fall *Preispolitik Swisscom ADSL*. Darin erachtete es das Gericht als mit dem Schuldprinzip vereinbar, im Konzernverhältnis eine Obergesellschaft als Verfügungsadressatin neben der handelnden Gruppengesellschaft heranzuziehen.¹⁸⁴

255. Nichts anderes ergibt der Blick auf EU-Rechtsprechung. Auch die Europäischen Gerichte unterscheiden im Kartellrecht zwischen dem Unternehmen, das die Tat begeht, und dem Unternehmensträger, dem die Handlung des Unternehmens zuzurechnen ist.¹⁸⁵ Im Fall *Anic* aus dem Jahr 1991 entschied das EuG, dass jeweils zu prüfen sei, auf welche Person das Unternehmen – im Sinne einer wirtschaftlichen Kontinuität – übertragen worden sei, wenn die

der WEKO vom 2.10.2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*, Rz 85 ff., abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018).

¹⁸² Vgl. CARLO ANTONIO BERTOSSA, Unternehmensstrafrecht – Strafprozess und Sanktionen, 2003, 160; NIKLAUS SCHMID, Strafbarkeit des Unternehmens: die prozessuale Seite, in: recht 2003, 201–224, Rz 4.2.5.

¹⁸³ Vgl. Urteil des BVGer, B-7633/2009 vom 14. September 2015, E. 77.

¹⁸⁴ Urteil des BVGer, B-7633/2009 vom 14. September 2015, E. 77.

¹⁸⁵ Urteil des EuGH vom 16.12.1975 C-40/73 *Suiker Unie u.a./Kommission*, Slg. 1975, 1663, Rz 84/87; Urteil des EuG vom 17.12.1991 T-6/89 *Enichem Anic/Kommission*, Slg. 1991, II-1623, Rz 236.

Person, welche das Unternehmen zum Tatzeitpunkt getragen habe, rechtlich nicht mehr existiere. Bestehe die ursprüngliche Unternehmensträgerin bis zum Erlass der Entscheidung rechtlich fort, sei ihr die Zuwiderhandlung zuzurechnen.¹⁸⁶

256. Die Folgerungen des EuG im Fall *Anic* wurden vom EuGH zunächst bestätigt.¹⁸⁷ In späteren Urteilen präzisierte der EuGH indes seine Rechtsprechung zur Zurechenbarkeit von Verstössen bei wirtschaftlicher Kontinuität. Im Jahr 2004 hielt er im Fall *Aalborg Portland u.a./Kommission* fest, dass fehlbares Verhalten unter Umständen selbst dann dem neuen Unternehmensträger infolge wirtschaftlicher Kontinuität zugerechnet werden könne, wenn der frühere Unternehmensträger rechtlich noch bestehe.¹⁸⁸ Auch im Fall *ETI u.a.* aus dem Jahr 2007 führte er aus, dass sich die Frage der Zurechnung von Handlungen an den neuen Unternehmensträger nicht nur dann stelle, wenn der frühere Unternehmensträger rechtlich nicht mehr existiere. Vielmehr sei dies auch dann zu prüfen, wenn der frühere Unternehmensträger zwar rechtlich noch bestehe, aber keine wirtschaftliche Tätigkeit mehr ausübe. Damit stellte der EuGH klar, dass seine frühere Rechtsprechung im Fall *Anic* zu eng gefasst war. Er begründete seine revidierte Praxis unter anderem damit, dass eine Sanktion gegen eine Person, die rechtlich zwar noch existiere, aber kein Unternehmen mehr trage, unwirksam sei. Sodann dürften Unternehmen ihrer Sanktion nicht durch Umstrukturierungen, Übertragungen oder sonstiger Änderungen rechtlicher oder organisatorischer Art entgehen können.¹⁸⁹ Diese Praxis zur wirtschaftlichen Kontinuität haben die Europäischen Gerichte seither mehrfach bestätigt.¹⁹⁰

257. Nach dem Gesagten bestehen keine Hindernisse, die vorliegend zu beurteilende Umstrukturierungskonstellation unter dem Gesichtspunkt der Unternehmenskontinuität zu prüfen, um die Frage der Zurechenbarkeit der Verstösse zu klären.

258. Ob bei Umstrukturierungen eine wirtschaftliche Kontinuität gegeben ist, beurteilt sich nach den gesamten Umständen des Einzelfalls. Massgebend sind insbesondere folgende Kriterien¹⁹¹:

- Übernahme von Personal (insbesondere von Schlüsselpersonen), Inventar und Räumlichkeiten;
- identische Geschäftstätigkeit (sachlich, örtlich);
- Übernahme von Know-how, Kundenregistern und anderen immateriellen Werten;
- Eintritt in Verträge;
- Aussenauftritt (z.B. gleiche oder ähnliche Firma, Corporate Identity);
- besondere Schutzmassnahmen zugunsten des übernommenen Unternehmens (z.B. Konkurrenzverbot der früheren Rechtsträgerin).

¹⁸⁶ Urteil des EuG vom 17.12.1991 T-6/89 *Enichem Anic/Kommission*, Slg. 1991, II-1623, Rz 236.

¹⁸⁷ Urteil des EuGH vom 8.7.1999 C-49/92 P *Kommission/Anic Partecipazioni*, Slg. 1999, I-4208 f., Rz 145.

¹⁸⁸ Urteil des EuGH vom 7.1.2004 C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P *Aalborg Portland u.a./Kommission*, Slg. 2004, I-403, Rz 354 ff.

¹⁸⁹ Urteil des EuGH vom 11.12.2007 C-280/06 *ETI u.a.*, Slg. 2007, I-10893, Rz 40 f.

¹⁹⁰ Vgl. etwa Urteil des EuGH vom 29.3.2011, C-352/09 P *ThyssenKrupp/Kommission*, Slg. 2011, 2011 I-02359, Rz 143 f.; Urteil des EuG vom 17.5.2013 T-146/09, *Parker ITR und Parker-Hannifin/Kommission*, Rz 89; Urteil des EuGH vom 5.3.2015 C-93/13 P und C-123/13 P, *Kommission/Versalis und Eni*, Rz 57.

¹⁹¹ So auch Entscheid der WEKO vom 26.3.2018, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 753; Entscheid der WEKO vom 2.10.2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*, Rz 87, beide abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018).

259. Die Broggi Lenatti AG übernahm von der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau, bis auf eine Ausnahme, das bauspezifische Personal, das Inventar (Maschinen, Werkzeuge, Warenlager etc.) sowie eine Immobilie¹⁹². Gemäss eigenen Angaben entspricht die Geschäftstätigkeit der Broggi Lenatti AG im Bereich Bau ab dem 1. Mai 2014 derjenigen, welche die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau vor der Zusammenführung ausgeübt hat.¹⁹³ Die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau ist zwar noch immer im Handelsregister eingetragen, übt jedoch laut eigenen Angaben keine Bautätigkeit mehr aus. Zudem stellte die Broggi Lenatti AG durch die gewählte Firma auch in der Aussenwahrnehmung einen Zusammenhang zur P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau her. Auch auf ihrer Homepage erwähnt die Broggi Lenatti AG, dass sie aus der Zusammenführung der Bautätigkeit der beiden bestehenden Unternehmen Hohenegger & Broggi AG und der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau hervorgegangen ist.¹⁹⁴

260. Aus diesen Gründen ist eine wirtschaftliche Kontinuität zwischen der Broggi Lenatti AG und der P. Lenatti AG zu bejahen. Die Broggi Lenatti AG ist daher für den Wettbewerbsverstoss der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau (dazu Rz 70 ff.) ebenfalls ins Recht zu fassen.

D.1.2.4 Bemessung

261. Rechtsfolge eines Verstosses im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt also die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

262. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG¹⁹⁵ 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 Verhältnismässigkeit (Art. 2 Abs. 2 SVKG) und der Gleichbehandlung begrenzt wird.¹⁹⁶ 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.¹⁹⁷

263. Im Folgenden wird die Sanktionsbemessung in Bezug auf die sanktionierbaren acht Wettbewerbsverstösse (vgl. dazu Rz 247 hiervoor) einzeln erörtert.

¹⁹² Act. I.443, Antworten auf die Fragen 8, 9 und 12 sowie den beiliegenden Sacheinlagevertrag vom 20.10.2014 und die beiliegenden Inventarlisten; sowie der WEKO vom 2. Oktober 2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*, Rz 89, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018).

¹⁹³ Act. I.443, Antwort auf Frage 7; vgl. auch die Medienmitteilung der Broggi Lenatti AG vom 29.4.2014 «Zusammenschluss zweier Traditionsbetriebe».

¹⁹⁴ <<http://broggi-lenatti.ch/de/ueber-uns/geschichte>> (30.11.2018).

¹⁹⁵ Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

¹⁹⁶ Vgl. etwa Entscheid der WEKO vom 26.3.2018, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 758, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018); RPW 2017/3, 455 Rz 272, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

¹⁹⁷ Vgl. etwa Entscheid der WEKO vom 26.3.2018, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 758, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018); RPW 2017/3, 455 Rz 272, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

D.1.2.5 [...], [...] (2008)

D.1.2.5.1 Basisbetrag

264. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren *auf den relevanten Märkten* in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG).

265. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», [...] (vgl. Rz 207 hiervor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligten Unternehmen erzielten im relevanten Markt keinen Umsatz, da ihre Schutznahme erfolglos blieb (Rocca + Hotz AG) bzw. da ihnen lediglich die Rolle der Schutzgeberin zugedacht war (Foffa Conrad AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau).

266. Art. 49a Abs. 1 KG sieht eine Sanktionierung von Unternehmen vor, welche sich an einer Abrede beteiligt haben. 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.¹⁹⁸

267. Vorliegend ist daher – 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 Wettbewerbsabrede betroffenen Umsatz einbezieht und andererseits die Schwere und Art des Verstosses berücksichtigt. Dabei ist ersatzweise derjenige Umsatz heranzuziehen, den das (erfolglos) geschützte Unternehmen beim Bauprojekt «[...]» abredgemäß hätte erzielen sollen. Denn dieser Umsatz reflektiert letztlich die wirtschaftliche Bedeutung der fraglichen Submission und damit des entsprechenden Marktes und gibt dadurch Aufschluss über die Tragweite und das Schädigungspotential des Kartellrechtsverstosses.¹⁹⁹ Im vorliegenden Fall handelt es sich dabei um die Offertsumme der Rocca + Hotz AG, als (erfolglos) schutznehmendes Unternehmen, von CHF [...] exkl. MWST. Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

268. Die Schwere der Zuwiderhandlung ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden als schwer sind nur sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer sehr stark auf die konkreten Umstände 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 Gefährdungspotentials grundsätzlich im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, d.h. zwischen 7 und 10 %, einzuordnen. Tendenziell leichter zu gewichten sind den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden, welche sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. 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.²⁰⁰

¹⁹⁸ Zur Zulässigkeit der Sanktionierung von Einzelsubmissionsabreden, bei denen kein Umsatz generiert worden ist, eingehend Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25.6.2018, E. 9.6.8; Entscheid der WEKO vom 2. Oktober 2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*, Rz 156 f., abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018).

¹⁹⁹ Vgl. RPW 2013/4, 618 Rz 956, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

²⁰⁰ Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 3.

269. Vorliegend beteiligten sich die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG an einer Abrede, die den Preis und die Aufteilung von Aufträgen nach Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Bezüglich der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau fehlt die preisliche Dimension der Abrede (vgl. Rz 202 hiavor). Beim Abschluss und der Umsetzung der Abrede handelten die beteiligten Unternehmen vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential von Abreden über die Aufteilung von Geschäftspartnern sowie den Preis (Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG) unbestritten. Vorliegend sind in Bezug auf die Abrede zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG zudem gleichzeitig mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen. Zu berücksichtigen ist indes, dass die Abrede zwar umgesetzt worden ist, aber nicht zum angestrebten Ergebnis führte. Vielmehr konnte sich mit der [...] einer der Aussenwettbewerber durchsetzen. Daher ist nicht von einer Wettbewerbsbeseitigung, sondern von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen (vgl. Rz 217 ff. hiavor).

270. Vor diesem Hintergrund ist der von der Rocca + Hotz AG begangene Kartellrechtsverstoss im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]» als mittelschwer zu werten. In Bezug auf die Foffa Conrad AG ist von einem eher leichten Verstoss auszugehen, in Bezug auf die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau von einem leichten Verstoss.

271. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Rocca + Hotz AG als nicht erfolgreiche «Schutznehmerin» der Submissionsabrede ein Basisbetrag von CHF [...] (5 %) und für die Foffa Conrad AG sowie die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau als «schützende» Unternehmen ein Basisbetrag von CHF [...] (2,5 %) bzw. CH [...] (1,25 %) als angemessen.

D.1.2.5.2 Dauer des Verstosses

272. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht zu erhöhen.

D.1.2.5.3 Erschwerende und mildernde Umstände

273. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor. Zwar bringt die Rocca + Hotz AG vor, dass ihre Sanktion aufgrund einer passiven Rolle im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG zu mildern sei. Dies überzeugt nicht. Die vorliegenden Angebotskoordinierungen lagen im Interesse Rocca + Hotz AG, zumal die anderen abredebeteiligten Unternehmen im Rahmen der Koordination des Bieterverhaltens jeweils höhere Angebote einreichten und dadurch die Chancen der Rocca + Hotz AG auf die Zuschlagserteilung begünstigten. Darüber hinaus beteiligte sich die Rocca + Hotz AG auch an der Organisation und Umsetzung der Abreden. In Bezug auf das Bauprojekt «[...]», [...] (2008) liess sie der Foffa Conrad AG und der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau etwa ihre eigene Offerte zukommen. In der betreffenden E-Mail²⁰¹ hielt H.____ zudem fest: «*Ich bitte Euch um Anhebung Eurer Offerten um 5–10 %*».

D.1.2.5.4 Maximalsanktion

274. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird.

²⁰¹ Act. IX.C.035, pag. 15 und 16 sowie Act. III.C.001, pag. 6.

D.1.2.5.5 Selbstanzeige

275. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG.

276. Die Foffa Conrad AG erstattete am 12. November 2012 Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Oberengadin.²⁰² In der Folge reichte sie mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. In den Eingaben vom 30. November 2012²⁰³, 1. Februar 2013²⁰⁴ (beide schriftlich) und 27. Oktober 2015 (mündlich zu Protokoll)²⁰⁵ zeigte sie auch ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt an. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin.

277. Mit ihren Angaben trug die Foffa Conrad AG wesentlich zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die Foffa Conrad AG legte den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die vorliegende Abrede vor und kooperierte ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Ihre Abredetätigkeit stellte sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Foffa Conrad AG die Sanktion zu erlassen.

278. Die Rocca + Hotz AG, P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau sowie Broggi Lenatti AG reichten keine Selbstanzeige ein.

D.1.2.5.6 Verhältnismässigkeit

279. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für die Rocca + Hotz AG, P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau sowie Broggi Lenatti AG tragbar (bezogen auf den einzelnen Verstoss; vgl. zu den Gesamtsanktionen Rz 398 ff.). Anzeichen, dass sie hierdurch in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würden, bestehen nicht.

D.1.2.5.7 Ergebnis

280. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

	Rocca + Hotz AG	Foffa Conrad AG	P. Lenatti AG / Broggi Lenatti AG
Umsatz	[...]	[...]	[...]
Basisbetrag	[...] (5 %)	[...] (2,5 %)	[...] (1,25 %)
Erschwerende oder mildernde Umstände	–	–	
Summe	[...]	[...]	[...]

²⁰² Act. IX.C.20.

²⁰³ Act. IX.C.24, pag. 19.

²⁰⁴ Act. IX.C.35, pag. 5 und 15.

²⁰⁵ Act. IX.C.61, Zeilen 295 ff.

	Rocca + Hotz AG	Foffa Conrad AG	P. Lenatti AG / Broggi Lenatti AG
100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG	–	-[...]	
Bonus gemäss Art. 12 SVKG	–	–	
Sanktion	[...]	0	[...]

Tabelle 1: Sanktionsübersicht betreffend «[...]», [...]

D.1.2.6 [...], Zuoz (2009)

D.1.2.6.1 Basisbetrag

281. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren *auf den relevanten Märkten* in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG).

282. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]» (vgl. Rz 207 hiervor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligte Rocca + Hotz AG erhielt den Zuschlag zum Preis von CHF [...] exklusive Mehrwertsteuer (Rz 104 hiervor). Keinen Umsatz im relevanten Markt erzielte die Foffa Conrad AG, da ihr die Rolle der Schutzgeberin zugeordnet war.

283. Vorliegend wird als Basisumsatz die Zuschlagssumme der Rocca + Hotz AG exklusive Mehrwertsteuer in Höhe von CHF [...] herangezogen. Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

284. Im Folgenden ist die Art und Schwere des Kartellrechtsverstosses zu würdigen (dazu auch Rz 268 hiervor).

285. Die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG beteiligten sich an einer Abrede, die den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Beim Abschluss und der Umsetzung der Abrede handelten sie vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential 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. Zu berücksichtigen ist indes, dass neben den abredebeteiligten Unternehmen ein Drittanbieter offerierte und daher nicht von einer Wettbewerbsbeseitigung, sondern von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen ist (vgl. Rz 217 ff. hiervor).

286. Insgesamt ist der Kartellrechtsverstoss im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]» dennoch als schwerwiegend zu werten.

287. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Rocca + Hotz AG als erfolgreiche Schutznehmerin der Submissionsabrede ein Basisbetrag von 8 % des erzielten Umsatzes als angemessen, d.h. CHF [...].

288. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Foffa Conrad AG als «schützendes» Unternehmen bei erfolgreicher Schutzgabe ein Basisbetrag von CHF [...] als angemessen.

D.1.2.6.2 Dauer des Verstosses

289. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht zu erhöhen.

D.1.2.6.3 Erschwerende und mildernde Umstände

290. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor (zur fehlenden passiven Rolle der Rocca + Hotz AG Rz 273 hiervor).

D.1.2.6.4 Maximalsanktion

291. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird.

D.1.2.6.5 Selbstanzeige

292. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG.

293. Die Foffa Conrad AG erstattete am 12. November 2012 Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Oberengadin.²⁰⁶ In der Folge reichte sie mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. In der Eingabe vom 30. November 2012²⁰⁷ zeigte sie auch ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt an und lieferte diesbezüglich im weiteren Verlauf des Verfahrens nähere Sachverhaltsauskünfte. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin.

294. Mit ihren Angaben trug die Foffa Conrad AG wesentlich zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die Foffa Conrad AG legte den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die vorliegende Abrede vor und kooperierte ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Ihre Abredetätigkeit stellte sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Foffa Conrad AG die Sanktion zu erlassen.

295. Die Rocca + Hotz AG reichte keine Selbstanzeige ein.

D.1.2.6.6 Verhältnismässigkeit

296. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für die Rocca + Hotz AG tragbar (bezogen auf den einzelnen Verstoss; vgl. zu den Gesamtsanktionen Rz 398 ff.). Anzeichen, dass sie hierdurch in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würde, bestehen nicht.

²⁰⁶ Act. IX.C.20.

²⁰⁷ Act. IX.C.24, pag. 30.

D.1.2.6.7 Ergebnis

297. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

	Rocca + Hotz AG	Foffa Conrad AG
Umsatz	[...]	[...]
Basisbetrag	[...] (8 %)	[...] (4 %)
Erschwerende oder mildernde Umstände	–	–
Summe	[...]	[...]
100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG	–	-[...]
Bonus gemäss Art. 12 SVKG	–	–
Sanktion	[...]	0

Tabelle 2: Sanktionsübersicht betreffend «[...]», Zuoz (2009)

D.1.2.7 [...], S-chanf (2010)

D.1.2.7.1 Basisbetrag

298. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG).

299. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», S-chanf (vgl. Rz 207 hiervor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligte Rocca + Hotz AG erhielt den Zuschlag zum Preis von CHF [...] inklusive Mehrwertsteuer (Rz 111 hiervor). Keinen Umsatz im relevanten Markt erzielte die Foffa Conrad AG, da ihr die Rolle der Schutzgeberin zugedacht war.

300. Vorliegend wird als Basisumsatz die Zuschlagssumme der Rocca + Hotz AG exklusive Mehrwertsteuer in Höhe von CHF [...] herangezogen. Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

301. Im Folgenden ist die Art und Schwere des Kartellrechtsverstosses zu würdigen (dazu auch Rz 268 hiervor).

302. Die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG beteiligten sich an einer Abrede, die den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Beim Abschluss und der Umsetzung der Abrede handelten sie vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential 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. Zu berücksichtigen ist indes, dass neben den abredebeteiligten Unternehmen zumindest ein Drittanbieter offerierte und daher nicht von einer Wettbewerbsbeseitigung, sondern von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen ist (vgl. Rz 217 ff. hiervor).

303. Insgesamt ist der Kartellrechtsverstoss im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», S-chanf, dennoch als schwerwiegend zu werten.

304. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Rocca + Hotz AG als erfolgreiche Schutznehmerin der Submissionsabrede ein Basisbetrag von 8 % des erzielten Umsatzes als angemessen, d.h. CHF [...].

305. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Foffa Conrad AG als «schützendes» Unternehmen bei erfolgreicher Schutzgabe ein Basisbetrag von CHF [...] als angemessen.

D.1.2.7.2 Dauer des Verstosses

306. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht zu erhöhen.

D.1.2.7.3 Erschwerende und mildernde Umstände

307. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor (zur fehlenden passiven Rolle der Rocca + Hotz AG Rz 273 hiavor).

D.1.2.7.4 Maximalsanktion

308. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird.

D.1.2.7.5 Selbstanzeige

309. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG.

310. Die Foffa Conrad AG erstattete am 12. November 2012 Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Oberengadin.²⁰⁸ In der Folge reichte sie mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. In der Eingabe vom 30. November 2012²⁰⁹ zeigte sie auch ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt an und lieferte diesbezüglich im weiteren Verlauf des Verfahrens nähere Sachverhaltsauskünfte. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin.

311. Mit ihren Angaben trug die Foffa Conrad AG wesentlich zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die Foffa Conrad AG legte den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die vorliegende Abrede vor und kooperierte ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Ihre Abredetätigkeit stellte sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Foffa Conrad AG die Sanktion zu erlassen.

312. Die Rocca + Hotz AG reichte keine Selbstanzeige ein.

²⁰⁸ Act. IX.C.20.

²⁰⁹ Act. IX.C.24, pag. 36.

D.1.2.7.6 Verhältnismässigkeit

313. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für die Rocca + Hotz AG tragbar (bezogen auf den einzelnen Verstoss; vgl. zu den Gesamtsanktionen Rz 398 ff.). Anzeichen, dass sie hierdurch in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würde, bestehen nicht.

D.1.2.7.7 Ergebnis

314. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

	Rocca + Hotz AG	Foffa Conrad AG
Umsatz	[...]	[...]
Basisbetrag	[...] (8 %)	[...] (4 %)
Erschwerende oder mildernde Umstände	–	–
Summe	[...]	[...]
100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG	–	-[...]
Bonus gemäss Art. 12 SVKG	–	–
Sanktion	[...]	0

Tabelle 3: Sanktionsübersicht betreffend «[...]», S-chanf

D.1.2.8 [...], Zuoz (2011)

D.1.2.8.1 Basisbetrag

315. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren *auf den relevanten Märkten* in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG).

316. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», Zuoz (vgl. Rz 207 hiervor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligten Unternehmen erzielten im relevanten Markt keinen Umsatz, da ihre Schutznahme erfolglos blieb (Rocca + Hotz AG) bzw. da ihnen lediglich die Rolle der Schutzgeberin zugedacht war (Foffa Conrad AG).

317. Vorliegend wird hilfsweise derjenige Basisumsatz herangezogen, den das (erfolglos) geschützte Unternehmen beim Bauprojekt «[...]» abredagemäss hätte erzielen sollen (vgl. zur Begründung Rz 266 f. hiervor). Konkret ist die Offertsumme der Rocca + Hotz AG als (erfolglos) schutznehmendes Unternehmen von CHF [...] exklusive Mehrwertsteuer massgebend. Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

318. Im Folgenden ist die Art und Schwere des Kartellrechtsverstosses zu würdigen (dazu auch Rz 268 hiervor).

319. Die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG beteiligten sich an einer Abrede, die den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Beim Abschluss und

der Umsetzung der Abrede handelten sie vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential 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. Zu berücksichtigen ist indes, dass die Abrede zwar umgesetzt worden ist, aber nicht zum angestrebten Ergebnis führte. Vielmehr konnte sich mit der Costa AG, Hoch- und Tiefbau eine der Aussenwettbewerberinnen durchsetzen. Daher ist nicht von einer Wettbewerbsbeseitigung, sondern von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen (vgl. Rz 217 ff. hiervor).

320. Vor diesem Hintergrund ist der von der Rocca + Hotz AG begangene Kartellrechtsverstoss im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]» als mittelschwer zu werten. In Bezug auf die Foffa Conrad AG ist von einem eher leichten Verstoss auszugehen.

321. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Rocca + Hotz AG als nicht erfolgreiche «Schutznehmerin» der Submissionsabrede ein Basisbetrag von CHF [...] (5 %) und für die Foffa Conrad AG als «schützendes» Unternehmen ein Basisbetrag von CHF [...] (2,5 %) als angemessen.

D.1.2.8.2 Dauer des Verstosses

322. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht zu erhöhen.

D.1.2.8.3 Erschwerende und mildernde Umstände

323. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor (zur fehlenden passiven Rolle der Rocca + Hotz AG Rz 273 hiervor).

D.1.2.8.4 Maximalsanktion

324. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird.

D.1.2.8.5 Selbstanzeige

325. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG.

326. Die Foffa Conrad AG erstattete am 12. November 2012 Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Oberengadin.²¹⁰ In der Folge reichte sie mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. In der Eingabe vom 30. November 2012²¹¹ zeigte sie auch ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt an und lieferte diesbezüglich im weiteren Verlauf des Verfahrens nähere Sachverhaltsauskünfte. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin.

327. Mit ihren Angaben trug die Foffa Conrad AG wesentlich zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind

²¹⁰ Act. IX.C.20.

²¹¹ Act. IX.C.24, pag. 43.

erfüllt. Die Foffa Conrad AG legte den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die vorliegende Abrede vor und kooperierte ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Ihre Abredetätigkeit stellte sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Foffa Conrad AG die Sanktion zu erlassen.

328. Die Rocca + Hotz AG reichte keine Selbstanzeige ein.

D.1.2.8.6 Verhältnismässigkeit

329. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für die Rocca + Hotz AG tragbar (bezogen auf den einzelnen Verstoss; vgl. zu den Gesamtsanktionen Rz 398 ff.). Anzeichen, dass sie hierdurch in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würde, bestehen nicht.

D.1.2.8.7 Ergebnis

330. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

	Rocca + Hotz AG	Foffa Conrad AG
Umsatz	[...]	[...]
Basisbetrag	[...] (5 %)	[...] (2,5 %)
Erschwerende oder mildernde Umstände	–	–
Summe	[...]	[...]
100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG	–	-[...]
Bonus gemäss Art. 12 SVKG	–	–
Sanktion	[...]	0

Tabelle 4: Sanktionsübersicht betreffend «[...]», Zuoz

D.1.2.9 [...] (2011)

D.1.2.9.1 Basisbetrag

331. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren *auf den relevanten Märkten* in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG).

332. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]» (vgl. Rz 207 hiervor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligten Unternehmen erzielten im relevanten Markt keinen Umsatz, da ihre Schutznahme erfolglos blieb (Rocca + Hotz AG) bzw. da ihnen lediglich die Rolle der Schutzgeberin zugedacht war (Foffa Conrad AG).

333. Vorliegend wird hilfsweise derjenige Basisumsatz herangezogen, den das (erfolglos) geschützte Unternehmen beim Bauprojekt «[...]» abredagemäss hätte erzielen sollen (vgl. zur

Begründung Rz 266 f. hiervor). Konkret ist die Offertsumme der Rocca + Hotz AG als (erfolglos) schutznehmendes Unternehmen von CHF [...] (beide Lose) exklusive Mehrwertsteuer massgebend. Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

334. Im Folgenden ist die Art und Schwere des Kartellrechtsverstosses zu würdigen (dazu auch Rz 268 hiervor).

335. Die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG beteiligten sich an einer Abrede, die den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Beim Abschluss und der Umsetzung der Abrede handelten sie vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential 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. Zu berücksichtigen ist indes, dass die Abrede zwar umgesetzt worden ist, aber nicht zum angestrebten Ergebnis führte. Vielmehr konnte sich mit der [...] eine der Aussenwettbewerberinnen durchsetzen. Daher ist nicht von einer Wettbewerbsbeseitigung, sondern von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen (vgl. Rz 217 ff. hiervor).

336. Vor diesem Hintergrund ist der von der Rocca + Hotz AG begangene Kartellrechtsverstoss im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]» als mittelschwer zu werten. In Bezug auf die Foffa Conrad AG ist von einem eher leichten Verstoss auszugehen.

337. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Rocca + Hotz AG als nicht erfolgreiche «Schutznehmerin» der Submissionsabrede ein Basisbetrag von CHF [...] (5 %) und für die Foffa Conrad AG als «schützendes» Unternehmen ein Basisbetrag von CHF [...] (2,5 %) als angemessen.

D.1.2.9.2 Dauer des Verstosses

338. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht zu erhöhen.

D.1.2.9.3 Erschwerende und mildernde Umstände

339. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor (zur fehlenden passiven Rolle der Rocca + Hotz AG Rz 273 hiervor).

D.1.2.9.4 Maximalsanktion

340. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird.

D.1.2.9.5 Selbstanzeige

341. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG.

342. Die Foffa Conrad AG erstattete am 12. November 2012 Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Oberengadin.²¹² In der Folge reichte sie mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. In der Eingabe vom 30. November 2012²¹³ zeigte sie auch ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt an und lieferte diesbezüglich im weiteren Verlauf des Verfahrens nähere Sachverhaltsauskünfte. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin.

343. Mit ihren Angaben trug die Foffa Conrad AG wesentlich zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die Foffa Conrad AG legte den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die vorliegende Abrede vor und kooperierte ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Ihre Abredetätigkeit stellte sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Foffa Conrad AG die Sanktion zu erlassen.

344. Die Rocca + Hotz AG reichte keine Selbstanzeige ein.

D.1.2.9.6 Verhältnismässigkeit

345. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für die Rocca + Hotz AG tragbar (bezogen auf den einzelnen Verstoss; vgl. zu den Gesamtsanktionen Rz 398 ff.). Anzeichen, dass sie hierdurch in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würde, bestehen nicht.

D.1.2.9.7 Ergebnis

346. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

	Rocca + Hotz AG	Foffa Conrad AG
Umsatz	[...]	[...]
Basisbetrag	[...] (5 %)	[...] (2,5 %)
Erschwerende oder mildernde Umstände	–	–
Summe	[...]	[...]
100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG	–	-[...]
Bonus gemäss Art. 12 SVKG	–	–
Sanktion	[...]	0

Tabelle 5: Sanktionsübersicht betreffend «[...]»

²¹² Act. IX.C.20.

²¹³ Act. IX.C.24, pag. 46.

D.1.2.10[...], Zuoz (2011)

D.1.2.10.1 Basisbetrag

347. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren *auf den relevanten Märkten* in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG).

348. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», Zuoz (vgl. Rz 207 hiervor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligten Unternehmen erzielten im relevanten Markt keinen Umsatz, da ihre Schutznahme erfolglos blieb (Rocca + Hotz AG) bzw. da ihnen lediglich die Rolle der Schutzgeberin zudedacht war (Foffa Conrad AG).

349. Vorliegend wird hilfsweise derjenige Basisumsatz herangezogen, den das (erfolglos) geschützte Unternehmen beim Bauprojekt «[...]», Zuoz, abredegemäss hätte erzielen sollen (vgl. zur Begründung Rz 266 f. hiervor). Konkret ist die Offertsumme der Rocca + Hotz AG als (erfolglos) schutznehmendes Unternehmen von CHF [...] exklusive Mehrwertsteuer massgebend. Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

350. Im Folgenden ist die Art und Schwere des Kartellrechtsverstosses zu würdigen (dazu auch Rz 268 hiervor).

351. Die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG beteiligten sich an einer Abrede, die den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Beim Abschluss und der Umsetzung der Abrede handelten sie vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential 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. Zu berücksichtigen ist indes, dass die Abrede zwar umgesetzt worden ist, aber nicht zum angestrebten Ergebnis führte. Vielmehr konnte sich mit der [...], Hoch- und Tiefbau, Pontresina, eine der Aussenwettbewerberinnen durchsetzen. Daher ist nicht von einer Wettbewerbsbeseitigung, sondern von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen (vgl. Rz 217 ff. hiervor).

352. Vor diesem Hintergrund ist der von der Rocca + Hotz AG begangene Kartellrechtsverstoss im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», Zuoz, als mittelschwer zu werten. In Bezug auf die Foffa Conrad AG ist von einem eher leichten Verstoss auszugehen.

353. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Rocca + Hotz AG als nicht erfolgreiche «Schutznehmerin» der Submissionsabrede ein Basisbetrag von CHF [...] (5 %) und für die Foffa Conrad AG als «schützendes» Unternehmen ein Basisbetrag von CHF [...] (2,5 %) als angemessen.

D.1.2.10.2 Dauer des Verstosses

354. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht zu erhöhen.

D.1.2.10.3 Erschwerende und mildernde Umstände

355. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor (zur fehlenden passiven Rolle der Rocca + Hotz AG Rz 273 hiervor).

D.1.2.10.4 Maximalsanktion

356. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird.

D.1.2.10.5 Selbstanzeige

357. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG.

358. Die Foffa Conrad AG erstattete am 12. November 2012 Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Oberengadin.²¹⁴ In der Folge reichte sie mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. In der Eingabe vom 12. September 2018²¹⁵ zeigte sie auch ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt an. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin.

359. Die Selbstanzeige der Foffa Conrad AG in Bezug auf das strittige Projekt erging mehr als fünf Jahre nach der Verfahrensausdehnung auf das Oberengadin und zwar, nachdem die Behörde die Foffa Conrad AG darauf aufmerksam gemacht hatte, dass diesbezüglich noch keine Selbstanzeige von ihr vorlag und sie aufforderte, zum vorgeworfenen Sachverhalt Stellung zu nehmen oder ihre Selbstanzeige zu ergänzen.²¹⁶

360. Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. b und c SVKG erlässt die Behörde einem Unternehmen die Sanktion unter anderem nur dann, wenn es der Behörde unaufgefordert sämtliche in seinem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel betreffend den Wettbewerbsverstoss vorlegt und während der gesamten Dauer des Verfahrens ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug mit der Behörde zusammenarbeitet. Die Voraussetzungen der unaufgeforderten und verzugslosen Kooperation sind vorliegend nicht gegeben. Dass die Foffa Conrad AG ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem strittigen Projekt offenbar nur aus Versehen nicht angezeigt hat²¹⁷, ist dabei nicht von Bedeutung. H. ___ wurde am 29. Oktober 2015 zum Bauprojekt «[...]», Zuoz, befragt.²¹⁸ Alle Parteien waren zur Teilnahme an dieser Einvernahme zugelassen. In der Vorladung an H. ___ vom 18. September 2015 kündigte die Behörde dieses Befragungsthema zudem explizit an.²¹⁹ Der Foffa Conrad AG wurde sowohl die Vorladung als auch das Protokoll der Einvernahme von H. ___ zeitnah zur Kenntnis gebracht. Sodann geht aus der Zwischenverfügung vom 23. November 2015 betreffend Verfahrenstrennung hervor, dass Gegenstand des vorliegenden Verfahrens auch eine allfällige Wettbewerbsabrede beim Bauprojekt «[...]», Zuoz, bildet. Vor diesem Hintergrund hätte die Foffa Conrad AG der Behörde spätestens im Herbst 2015 ihre Informationen betreffend dieses Bauprojekt offenlegen können und müssen, um ihren Obliegenheiten als Selbstanzeigerin nachzukommen. Damit scheidet ein vollständiger Sanktionserlass gemäss Art. 8 SVKG aus.

²¹⁴ Act. IX.C.20.

²¹⁵ Act. 57 (22-0459).

²¹⁶ Act. 54 (22-0459).

²¹⁷ Act. 57 (22-0459).

²¹⁸ Act. IV.026, Zeilen 584 ff.

²¹⁹ Act. I.354.

361. Daher kommt für die Foffa Conrad AG lediglich eine Sanktionsreduktion bis zu 50 % in Betracht (Art. 12 SVKG). Mit ihren Angaben trug die Foffa Conrad AG zum Nachweis des Zustandekommens und der Umsetzung der Abrede bei. Zudem stellte sie ihre Abredetätigkeit mit der Untersuchungseröffnung ein.

362. Gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG richtet sich die Höhe der Reduktion massgeblich nach der Wichtigkeit des Beitrags, den eine Selbstanzeigerin zum Verfahrenserfolg liefert. Dabei gilt, dass die Bedeutung eines möglichen Beitrags mit fortschreitendem Verfahren naturgemäss abnimmt. Vorliegend zeigte die Foffa Conrad AG ihre Beteiligung am Wettbewerbsverstoss erst zu einem späten Verfahrenszeitpunkt an. Zudem lag der Behörde zum Zeitpunkt der Selbstanzeige das zentrale Beweismittel, nämlich die E-Mail von H. ___ an I. ___ vom 18. Mai 2011 betreffend «[...]»²²⁰, bereits vor. Aus diesen Gründen erscheint der Kooperation der Foffa Conrad AG in Bezug auf die zu beurteilende Abrede eine Sanktionsreduktion von 30 % angemessen.

363. Nicht zum Tragen kommt vorliegend die Bonus Plus-Regelung gemäss Art. 12 Abs. 3 SVKG. Danach beträgt die Sanktionsreduktion bis zu 80 %, wenn ein Unternehmen unaufgefordert Informationen liefert oder Beweismittel vorlegt über weitere Wettbewerbsverstösse gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG. Zwar zeigte die Foffa Conrad AG der Behörde in der Vergangenheit andere Wettbewerbsverstösse an, wofür sie teils in den Genuss des vollständigen Sanktionserlasses, teils in den Genuss der Bonus Plus-Regelung kam. Die entsprechenden Verstösse zeigte sie aber zum einen viel früher an als denjenigen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», Zuoz. Zum anderen hatte die Behörde diese anderen Verstösse zum Zeitpunkt der vorliegenden Selbstanzeige, d.h. am 12. September 2018, allesamt bereits beurteilt und sanktioniert. Insofern liegt im Verhältnis zur vorliegenden Selbstanzeige keine Meldung «weiterer Wettbewerbsverstösse» im Sinne von Art. 12 Abs. 3 SVKG vor.

364. Die Rocca + Hotz AG reichte keine Selbstanzeige ein.

D.1.2.10.6 Verhältnismässigkeit

365. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für die Foffa Conrad AG und die Rocca + Hotz AG tragbar (bezogen auf den einzelnen Verstoss; vgl. zu den Gesamtsanktionen Rz 398 ff.). Anzeichen, dass sie hierdurch in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würden, bestehen nicht.

D.1.2.10.7 Ergebnis

366. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

	Rocca + Hotz AG	Foffa Conrad AG
Umsatz	[...]	[...]
Basisbetrag	[...] (5 %)	[...] (2,5 %)
Erschwerende oder mildernde Umstände	–	–
Summe	[...]	[...]

²²⁰ Act. III.C.102.

	Rocca + Hotz AG	Foffa Conrad AG
100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG	–	
Bonus gemäss Art. 12 SVKG	–	-[...] (-30 %)
Sanktion	[...]	[...]

Tabelle 6: Sanktionsübersicht betreffend «[...]», Zuoz

D.1.2.11 [...], Zuoz (2011)

D.1.2.11.1 Basisbetrag

367. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren *auf den relevanten Märkten* in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG).

368. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», Zuoz (vgl. Rz 207 hiervor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligten Unternehmen erzielten im relevanten Markt keinen Umsatz. Beweismässig ist unklar, ob bzw. welches Unternehmen durch die Abrede hätte «geschützt» werden sollen (vgl. Rz 171).

369. Vorliegend wird daher hilfsweise der Umsatz der [...] als Zuschlagsempfängerin herangezogen. Die [...] erhielt den Zuschlag zum Preis von CHF [...] («[...]») und von CHF [...] («[...]»). Für beide Projekte beläuft sich die Zuschlagssumme auf CHF [...] exklusive Mehrwertsteuer. Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

370. Im Folgenden ist die Art und Schwere des Kartellrechtsverstosses zu würdigen (dazu auch Rz 268 hiervor).

371. Die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG beteiligten sich an einer Abrede, die den Preis zum Gegenstand hatte (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG). Beim Abschluss und der Umsetzung der Abrede handelten sie vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential von Preisabreden unbestritten. Zu berücksichtigen ist indes, dass die Abrede zwar umgesetzt worden ist, aber unklar ist, ob bzw. welches Unternehmen hierdurch hätte geschützt werden sollen. Dies hat zur Folge, dass der Innenwettbewerb zwischen den Abredeteilnehmern infolge der Wettbewerbsabrede nicht vollständig, sondern nur weitgehend entfiel. Den Zuschlag erhielt sodann nicht eines der an der Abrede beteiligten Unternehmen, sondern die [...]. Daneben nahmen zunächst zwei weitere Unternehmen an der Ausschreibung teil, die ihre Angebote aber im weiteren Verlauf der Ausschreibung zurückzogen. Bei dieser Sachlage ist nicht von einer Wettbewerbsbeseitigung, sondern von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen (vgl. Rz 217 ff. hiervor).

372. In dieser besonderen Konstellation ist der von der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG begangene Kartellrechtsverstoss im Zusammenhang mit den Bauprojekten «[...]», Zuoz, als eher leicht zu werten. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für beide Unternehmen ein Basisbetrag von CHF [...] (2 %) als angemessen.

D.1.2.11.2 Dauer des Verstosses

373. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht zu erhöhen.

D.1.2.11.3 Erschwerende und mildernde Umstände

374. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor (zur fehlenden passiven Rolle der Rocca + Hotz AG Rz 273 hiavor).

D.1.2.11.4 Maximalsanktion

375. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird.

D.1.2.11.5 Selbstanzeige

376. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG.

377. Die Foffa Conrad AG erstattete am 12. November 2012 Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Oberengadin.²²¹ In der Folge reichte sie mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. In der Eingabe vom 30. November 2012²²² zeigte sie auch ihr Verhalten im Zusammenhang mit den zu beurteilenden Bauprojekten an und lieferte diesbezüglich im weiteren Verlauf des Verfahrens nähere Sachverhaltsauskünfte. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin.

378. Mit ihren Angaben trug die Foffa Conrad AG wesentlich zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die Foffa Conrad AG legte den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die vorliegende Abrede vor und kooperierte ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Ihre Abredetätigkeit stellte sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Foffa Conrad AG die Sanktion zu erlassen.

379. Die Rocca + Hotz AG reichte keine Selbstanzeige ein.

D.1.2.11.6 Verhältnismässigkeit

380. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für die Rocca + Hotz AG tragbar (bezogen auf den einzelnen Verstoss; vgl. zu den Gesamtsanktionen Rz 398 ff.). Anzeichen, dass sie hierdurch in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würde, bestehen nicht.

D.1.2.11.7 Ergebnis

381. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

	Rocca + Hotz AG	Foffa Conrad AG
Umsatz	[...]	[...]

²²¹ Act. IX.C.20.

²²² Act. IX.C.24, pag. 42.

	Rocca + Hotz AG	Foffa Conrad AG
Basisbetrag	[...] (2 %)	[...] (2 %)
Erschwerende oder mildernde Umstände	–	–
Summe	[...]	[...]
100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG	–	-[...]
Bonus gemäss Art. 12 SVKG	–	–
Sanktion	[...]	0

Tabelle 7: Sanktionsübersicht betreffend «[...]», Zuoz

D.1.2.12 [...], [...] (2012)

D.1.2.12.1 Basisbetrag

382. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren *auf den relevanten Märkten* in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG).

383. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», [...] (vgl. Rz 207 hiavor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligten Unternehmen erzielten im relevanten Markt keinen Umsatz, da ihre Schutznahme erfolglos blieb (Rocca + Hotz AG) bzw. da ihnen lediglich die Rolle der Schutzgeberin zugedacht war (Foffa Conrad AG).

384. Vorliegend wird hilfsweise derjenige Basisumsatz herangezogen, den das (erfolglos) geschützte Unternehmen beim Bauprojekt «[...]», [...] abredgemäß hätte erzielen sollen (vgl. zur Begründung Rz 266 f. hiavor). Konkret ist die Offertsumme der Rocca + Hotz AG als (erfolglos) schutznehmendes Unternehmen von CHF [...] exklusive Mehrwertsteuer massgebend. Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

385. Im Folgenden ist die Art und Schwere des Kartellrechtsverstosses zu würdigen (dazu auch Rz 268 hiavor).

386. Die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG beteiligten sich an einer Abrede, die den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Beim Abschluss und der Umsetzung der Abrede handelten sie vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential 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. Zu berücksichtigen ist indes, dass die Abrede zwar umgesetzt worden ist, aber nicht zum angestrebten Ergebnis führte. Vielmehr konnte sich mit der [...] eine der Aussenwettbewerberinnen durchsetzen. Daher ist nicht von einer Wettbewerbsbeseitigung, sondern von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen (vgl. Rz 217 ff. hiavor).

387. Vor diesem Hintergrund ist der von der Rocca + Hotz AG begangene Kartellrechtsverstoss im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», [...], als mittelschwer zu werten. In Bezug auf die Foffa Conrad AG ist von einem eher leichten Verstoss auszugehen.

388. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Rocca + Hotz AG als nicht erfolgreiche «Schutznehmerin» der Submissionsabrede ein Basisbetrag von CHF [...] (5 %) und für die Foffa Conrad AG als «schützendes» Unternehmen ein Basisbetrag von CHF [...] (2,5 %) als angemessen.

D.1.2.12.2 Dauer des Verstosses

389. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht zu erhöhen.

D.1.2.12.3 Erschwerende und mildernde Umstände

390. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor (zur fehlenden passiven Rolle der Rocca + Hotz AG Rz 273 hiervor).

D.1.2.12.4 Maximalsanktion

391. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird.

D.1.2.12.5 Selbstanzeige

392. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG.

393. Die Foffa Conrad AG erstattete am 12. November 2012 Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Oberengadin.²²³ In der Folge reichte sie mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. In der Eingabe vom 30. November 2012²²⁴ zeigte sie auch ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt an und lieferte diesbezüglich im weiteren Verlauf des Verfahrens nähere Sachverhaltsauskünfte. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin.

394. Mit ihren Angaben trug die Foffa Conrad AG wesentlich zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die Foffa Conrad AG legte den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die vorliegende Abrede vor und kooperierte ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Ihre Abredetätigkeit stellte sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Foffa Conrad AG die Sanktion zu erlassen.

395. Die Rocca + Hotz AG reichte keine Selbstanzeige ein.

D.1.2.12.6 Verhältnismässigkeit

396. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für die Rocca + Hotz AG tragbar (bezogen auf den einzelnen Verstoss; vgl. zu den Gesamtsanktionen Rz 398 ff.). Anzeichen, dass sie hierdurch in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würde, bestehen nicht.

²²³ Act. IX.C.20.

²²⁴ Act. IX.C.24, pag. 50.

D.1.2.12.7 Ergebnis

397. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungsanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

	Rocca + Hotz AG	Foffa Conrad AG
Umsatz	[...]	[...]
Basisbetrag	[...] (5 %)	[...] (2,5 %)
Erschwerende oder mildernde Umstände	–	–
Summe	[...]	[...]
100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG	–	-[...]
Bonus gemäss Art. 12 SVKG	–	–
Sanktion	[...]	0

Tabelle 8: Sanktionsübersicht betreffend Bauprojekt «[...]», [...]

D.1.3 Gesamtsanktionen pro Unternehmen

398. Für die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG ergeben sich zusammengefasst folgende Sanktionen:

Bauprojekt	Rocca + Hotz AG	Foffa Conrad AG
«[...]», [...] (2008)	–	–
«[...]», la Punt Chamues-ch (2008)	–	–
«[...]», [...] (2008)	[...]	0
«[...]», Zuoz (2009)	[...]	0
«[...]», S-chanf (2010)	[...]	0
«[...]», Zuoz (2011)	[...]	0
«[...]», [...] (2011)	[...]	0
«[...]», Zuoz (2011)	[...]	[...]
«[...]», Zuoz (2011)	[...]	0
«[...]», [...] (2012)	[...]	0
Total	[rund 480'000]	[11'000]

399. Die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau und die Broggi Lenatti AG werden für den Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», S-chanf (2008), solidarisch mit dem Betrag von CHF [rund 2'000] gebüsst.

D.1.4 Tragbarkeit der Gesamtsanktionen

D.1.4.1 Grundlagen

400. Das Kartellgesetz bezweckt gemäss Art. 1 KG volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern. Hierbei ist die Förderung des Wettbewerbs ein zentrales Anliegen, welches dadurch erreicht werden soll, dass Unternehmen untereinander in Wettbewerb treten. Daher ist es nicht Ziel der Wettbewerbsbehörden, an sich gesunde Wettbewerber durch überhöhte Sanktionen aus dem Markt zu drängen und damit den Wettbewerb in der Schweiz einzuschränken.

401. Eine Sanktion muss daher als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen dahingehend finanziell tragbar sein, dass diese nicht aus dem Markt ausscheiden. Dieses Kriterium wird regelmässig schwer zu beurteilen sowie in Relation zur Risikobereitschaft und Anlagestrategie der Unternehmung und ihrer Anteilseigner zu setzen sein, weshalb es nur bei drohenden Marktaustritten Berücksichtigung finden kann. Die Höhe der Busse ist dahingehend zu begrenzen, dass die Sanktion weder die Wettbewerbs- noch die Existenzfähigkeit des betroffenen Unternehmens unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände bedroht. Der Sanktionsbetrag muss zur finanziellen Leistungsfähigkeit des Unternehmens in einem angemessenen Verhältnis stehen. Zu beachten ist auch der Wille der Anteilseigner, das Unternehmen weiterzuführen. Gleichzeitig ist im Interesse der Präventivwirkung und Durchsetzbarkeit des Kartellgesetzes grundsätzlich im Minimum die infolge des Verstosses unzulässigerweise erzielte Kartellrente abzuschöpfen.²²⁵

402. Gemäss Art. 43 Abs. 1 SchKG²²⁶ ist die Konkursbetreibung für Gebühren und Bussen in jedem Fall ausgeschlossen. Es kann daher eine entsprechende Betreibung durch die WEKO alleine in keinem Fall ursächlich für die Zahlungsunfähigkeit eines Unternehmens sein. Dennoch ist die Konkursbetreibung durch einen Dritten nicht auszuschliessen, wenn durch eine Busse und/oder Gebühren die finanzielle Lage eines Unternehmens derart geschwächt wird, dass dieses einen Zahlungsausfall erleidet. Insolvenzgründe bilden Anlass zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, als solche kommen die Zahlungsunfähigkeit (also fehlende Liquidität) und die Überschuldung in Frage. Daher zielt die Analyse der Finanzlage eines Unternehmens darauf ab, ob durch eine Belastung durch die WEKO eine akute Zahlungsunfähigkeit oder eine Überschuldung eintritt, welche durch das Unternehmen selbst oder den Anteilseignern getragen werden kann, oder ob aufgrund der Belastung durch die WEKO eine Fortführung des Unternehmens nicht wahrscheinlich ist.

403. Vorliegend brachte die [...] vor, dass die vom Sekretariat beantragte Sanktionen für ihr Unternehmen nicht tragbar sei. Ob und ggf. in welchem Umfang dies zutrifft, ist im Folgenden zu prüfen.

404. Bei den übrigen Parteien bestehen keine Anzeichen, dass die auszusprechenden Gesamtsanktionen nicht tragbar wären. Dies wurde von ihnen auch nicht geltend gemacht.

²²⁵ Vgl. ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*. Vgl. des Weiteren auch RPW 2010/4, 765 Rz 432, *Baubeschläge* (Entscheid noch nicht rechtskräftig); RPW 2013/2, 142 Rz 332, *Abrede im Speditionsbereich*.

²²⁶ Bundesgesetz vom 11.4.1989 über die Schuldbetreibung und den Konkurs; SR 281.1.

D.1.4.2 [...]

405. [...] ²²⁷, [...] ²²⁸ [...] ²²⁹, [...].

D.1.4.2.1 [...]

406. [...] ²³⁰ [...].

407. [...] ²³¹.

408. [...].

409. [...].

410. [...].

D.1.4.2.2 [...]

411. [...].

412. [...].

413. [...].

D.1.4.2.3 [...]

414. [...].

²²⁷ Act. 81 (22-0459).

²²⁸ Act. 89 (22-0459).

²²⁹ Act. 93 (22-0459).

²³⁰ Act. 93 (22-0459), Rz 197 ff.

²³¹ Vgl. anstelle vieler: KLAUS DELLMANN, in: SZW 1997, 66.

E Kosten

415. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG²³² ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

416. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise unzulässigen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde²³³. Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatinnen zu bejahen. Dies gilt auch für die beiden Verstösse gegen das Kartellrecht im Zusammenhang mit den Bauprojekten «[...]», [...], und «[...]», la Punt Chamues-ch, deren Unzulässigkeit zwar festgestellt worden ist, bei denen aber in zeitlicher Hinsicht die Sanktionierungsmöglichkeit entfällt (vgl. Rz 243 hiavor). Die beiden daran beteiligten Unternehmen sind diesbezüglich als Verursacher im Sinne der GebV-KG zu betrachten.

417. Die vorliegende Untersuchung wurde mit Verfügung vom 23. November 2015 von der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden getrennt. Vom aus der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden bis dahin entstandenen Verfahrensaufwand wird ein Anteil von CHF 55'000 dem vorliegenden Verfahren zugerechnet. Insbesondere führte die Behörde vor der Verfahrenstrennung in Bezug auf die vorliegend zu beurteilenden Wettbewerbsverstösse diverse Einvernahmen und mündliche Ergänzungen der Selbstanzeigen, Amtshilfebegehren und Auskunftsbegehren durch und wertete die anlässlich der Hausdurchsuchungen beschlagnahmten physischen und elektronischen Unterlagen im Hinblick auf die vorliegenden Verstösse aus.

418. Zusätzlich entfallen auf das vorliegende Verfahren Gebühren, die auf der Grundlage der nach der Verfahrenstrennung aufgewendeten Stunden zu berechnen sind. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt dabei ein Stundenansatz von CHF 100 bis 400. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

419. Nach der Verfahrenstrennung ergeben sich folgende zusätzliche Gebühren:

- 6 Stunden zu CHF 130, ergebend CHF 780.
- 225 Stunden zu CHF 200, ergebend CHF 45'000.
- 18 Stunden zu CHF 290, ergebend CHF 5'220.

420. Die Verfahrenskosten nach Verfahrenstrennung belaufen sich demnach auf CHF 51'000. Insgesamt betragen die Verfahrenskosten damit CHF 106'000.

421. Ist wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung von Kartellen Gegenstand eines Verfahrens, so gelten grundsätzlich alle daran Beteiligten gemeinsam und in gleichem Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens. Dem entsprechend gestaltet sich die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden, gemäss welcher – in Ermangelung besonderer Umstände, die das Ergebnis als stossend erscheinen liessen – eine Pro-Kopf-

²³² Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

²³³ BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 (= RPW 2002/3, 546 f.), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario.

Verlegung der Kosten vorgenommen wird. Insbesondere Gleichheits-, aber auch Praktikabilitätsabwägungen stehen dabei im Vordergrund.²³⁴

422. Vorliegend ist jedoch zu beachten, dass die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau nur einen Wettbewerbsverstoss begangen hat, während die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG an allen zehn Wettbewerbsverstössen beteiligt waren. Vor diesem Hintergrund ist es angezeigt, bei der Verlegung der Verfahrenskosten zwischen den unterschiedlichen Beteiligungen der Parteien an den begangenen Wettbewerbsverstössen zu differenzieren. Zudem ist zu beachten, dass der von der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau begangene Verstoss infolge wirtschaftlicher Kontinuität ebenfalls der Broggi Lenatti AG zuzurechnen ist (vgl. Rz 250 ff. hier vor). Die Broggi Lenatti AG haftet daher für die der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau aufzuerlegenden Verfahrenskosten solidarisch.

423. Eine weitere Abweichung von der Pro-Kopf-Verlegung der Kosten ist vorliegend in Bezug auf den Aufwand von CHF 4'000 angezeigt, [...]. Anteilsmässig sind von den Parteien hingegen auch diejenigen Kosten zu tragen, die durch die Beurteilung der Stellungnahme der Rocca + Hotz AG zum Antrag des Sekretariats inkl. Folgemassnahmen und die Anhörung der Rocca + Hotz AG durch die WEKO entstanden sind, obwohl die Foffa Conrad AG, Broggi Lenatti AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau selber keine Stellungnahme eingereicht und auch auf eine Anhörung verzichtet haben. Diese Kosten resultierten aus einem typischen Verlauf einer kartellrechtlichen Untersuchung und gelten daher von allen Parteien als mitverursacht. Insofern ist dem Antrag der Foffa Conrad AG in ihrer Eingabe vom 25. Januar 2019²³⁵, dass ihr keine zusätzlichen Kosten aus dem Verfahren nach Antragsversand aufzuerlegen seien, nicht zu folgen.

424. Konkret sind den Parteien folgende Verfahrenskosten aufzuerlegen:

- Die Broggi Lenatti AG und die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau tragen solidarisch CHF 3'400.
- Die Foffa Conrad AG trägt CHF 49'300.
- Die Rocca + Hotz AG trägt CHF 53'300.

²³⁴ RPW 2009/3, 221 Rz 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

²³⁵ Act. 80 (22-0459).

F Ergebnis

425. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

426. Zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG kam es in den Jahren 2008 bis 2012 bei folgenden zehn Hoch- und Tiefbauprojekten im Oberengadin zu bilateralen Angebotskoordinierungen (vgl. Rz 41 ff.):

- «[...]», [...] (2008);
- «[...]», la Punt Chamues-ch (2008);
- «[...]», [...] (2008);
- «[...]», Zuoz (2009);
- «[...]», S-chanf (2010);
- «[...]», Zuoz (2011);
- «[...]», [...] (2011);
- «[...]», Zuoz (2011);
- «[...]», Zuoz (2011);
- «[...]», [...] (2012).

427. Die entsprechenden Vereinbarungen stellen *Wettbewerbsabreden* im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar. Sie sind als horizontale Geschäftspartner- und Preisabreden zu werten (die Wettbewerbsabrede betreffend die Bauprojekte «[...]» nur als Preisabrede). Als solche erfüllen sie den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG. Im Fall «[...]», [...] (2008), war an der Abstimmung des Bieterverhaltens auch die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau beteiligt. Die entsprechende Abrede zwischen ihr und der Rocca + Hotz AG ist als Geschäftspartnerabrede zu qualifizieren. Als solche erfüllt sie den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG.

428. In allen Fällen greift gemäss Art. 5 Abs. 3 KG die Vermutung, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt ist (vgl. Rz 202 f.). Im Fall «[...]», la Punt Chamues-ch (2008), lag kein hinreichender Aussen- oder Innenwettbewerb auf dem relevanten Markt vor, der wirksamen Wettbewerb hätte gewährleisten können. Die Wettbewerbsabrede im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt stellt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar (vgl. Rz 210 ff.). In den übrigen Fällen lässt sich die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zwar widerlegen. Allerdings handelt es sich nicht um Bagatellfälle. Die betreffenden Abreden sind daher als erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu werten. Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG sind nicht ersichtlich und wurden auch nicht vorgebracht. Die Abreden im Zusammenhang mit den betreffenden neun Bauprojekten sind ebenfalls als unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG zu qualifizieren (vgl. Rz 217 ff. i.V.m. 221 f.).

429. Die Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit den Bauprojekten «[...]», [...] (2008), und «[...]», la Punt Chamues-ch (2008), können nicht sanktioniert werden, da die Dauer zwischen Verfahrenseröffnung und Einstellung der Wettbewerbsbeschränkung fünf Jahre übersteigt (Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG). In den übrigen Fällen sind die Voraussetzungen für eine Sanktionierung gegeben. Der Broggi Lenatti AG ist der von der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]» begangene Verstoss gegen das Kartellgesetz infolge wirtschaftlicher Kontinuität zuzurechnen (vgl. Rz 250 ff. hiervor).

430. Unter Würdigung aller relevanten Sanktionsbemessungskriterien sind die Untersuchungsadressaten mit folgenden Bussen zu belasten:

- die Broggi Lenatti AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau solidarisch mit einem Betrag von CHF [rund 2'000];
- die Foffa Conrad AG mit einem Betrag von CHF [rund 11'000];
- die Rocca + Hotz AG mit einem Betrag von CHF [rund 480'000].

431. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Untersuchungsadressaten die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Rz 415 ff.). Bei der Verlegung der Verfahrenskosten ist der unterschiedlichen Anzahl Beteiligungen der Parteien an den begangenen Wettbewerbsverstössen Rechnung zu tragen.

G Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission (Art. 30 Abs. 1 KG):

1. Der Broggi Lenatti AG, der Foffa Conrad AG, der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau und der Rocca + Hotz AG wird untersagt:
 - 1.1. Konkurrenten und Konkurrentinnen im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;
 - 1.2. sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten und Konkurrentinnen vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Kundinnen 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.
2. Wegen Beteiligung an gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabreden mit folgenden Beträgen nach Art. 49a Abs. 1 KG belastet werden:
 - 2.1. die Broggi Lenatti AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau solidarisch mit einem Betrag von CHF [rund 2'000].
 - 2.2. die Foffa Conrad AG mit einem Betrag von CHF [rund 11'000].
 - 2.3. die Rocca + Hotz AG mit einem Betrag von CHF [rund 480'000].
3. Die Verfahrenskosten betragen CHF 106'000 und werden folgendermassen auferlegt:
 - 3.1. Die Broggi Lenatti AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau tragen solidarisch CHF 3'400.
 - 3.2. Die Foffa Conrad AG trägt CHF 49'300.
 - 3.3. Die Rocca + Hotz AG trägt CHF 53'300.

Die Verfügung ist zu eröffnen:

- **Broggi Lenatti AG**, Legs-cha Zugr 4a, 7482 Bergün/Bravuogn;
vertreten durch RA Peder Cathomen, Veia Vedem 3, 7458 Mon
- **Foffa Conrad AG**, Scheschna 294, 7530 Zernez;
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Gerald Brei, Voillat Facincani Sutter + Partner,
Fortunagasse 11-15, 8001 Zürich
- **P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau**, Via Maistra 1, 7502 Bever;
vertreten durch RBT AG, Fritz Nyffenegger, Piazza dal Mulin 6, 7500 St. Moritz
- **Rocca + Hotz AG**, Dorta 74, 7524 Zuoz
vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Seraina Denoth, Legal Partners Zurich, Selnaus-
trasse 6, 8001 Zürich

Wettbewerbskommission

Prof. Dr. Andreas Heinemann
Präsident

Prof. Dr. Patrik Ducrey
Direktor

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen.